

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
CC	:	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA SECRETARIO DE CONSEJO DIRECTIVO (E)
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR AMÉRICA MÓVIL PERU S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 095-2021-GG/OSIPTel
EXPEDIENTE	:	N° 00044-2020-GG-GSF/PAS
FECHA	:	5 de julio de 2021

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - SEGUNDA INSTANCIA	PAMELA LISETT CADILLO LA TORRE
REVISADO POR		
APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. RESUMEN:

En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMERICA MÓVIL) contra la Resolución N° 00095-2021-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 00023-2021-GG/OSIPTEL, a través de la cual se le impuso las siguientes sanciones:

Conducta	Tipificación	Sanción
Modificar unilateralmente las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios	Artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO de las Condiciones de Uso) ¹	1,9 UIT
Realizar el registro de los incrementos tarifarios como una nueva tarifa establecida respecto de dieciséis (16) planes tarifarios	Ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento del Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL - SIRT (Reglamento del SIRT) ²	51 UIT
En 193 casos el mecanismo de notificación utilizado para comunicar el incremento tarifario a sus abonados no dejó constancia de que estos últimos hayan recibido dicha información	Ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Tarifas ³	51 UIT

II. ANTECEDENTES:

2.1. Mediante Carta C.000937-GSF/2020, notificada el 10 de julio de 2020, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (actualmente Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS), toda vez que habría incurrido en las siguientes infracciones:

Conducta	Obligación	Tipificación	Infracción
Modificar unilateralmente las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios	2do párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso	Leve
Realizar el registro de los incrementos tarifarios como una nueva tarifa establecida respecto de dieciséis (16) planes tarifarios	Artículo 16 del Reglamento del SIRT	Ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento del SIRT	Grave
En 218 casos el mecanismo de notificación utilizado para comunicar el incremento tarifario a sus abonados no dejó constancia de que estos últimos hayan recibido dicha información	Artículo 12 del Reglamento General de Tarifas	Ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Tarifas	Grave
No remitió los logs que acrediten el envío de las notificaciones mediante correo electrónico a siete (7) abonados, información que fue requerida mediante carta N° 2072-GSF/2019.	Artículo 7 del Régimen de Fiscalización Infracciones y Sanciones (RFIS)	Artículo 7 del RFIS	Grave



¹ Aprobado por la Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

² Aprobado mediante Resolución N° 065-2015-CD/OSIPTEL.

³ Aprobado mediante Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL

- 2.2. Mediante la carta DMR/CE/N°1401/20 recibida el 16 de julio de 2020, AMÉRICA MÓVIL solicitó una prórroga de treinta (30) días hábiles adicionales al plazo otorgado para la presentación de sus descargos. A través de la carta C. 999-GSF/2020, notificada el 24 de julio de 2020 se le concedió 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.
- 2.3. Mediante escrito S/N recibido el 25 de agosto del 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos por escrito.
- 2.4. El 12 de diciembre de 2020, la DFI emitió el Informe N° 00023-DFI/2020 (Informe Final de Instrucción), conteniendo el análisis de los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL, concluyendo que dicha empresa es responsable por la comisión de las conductas infractoras vinculadas al incumplimiento de: i) El segundo párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso; ii) El Artículo 16 del Reglamento del SIRT, y; iii) El Artículo 12 del Reglamento General de Tarifas.

Asimismo, recomendó el archivo del PAS en el extremo referido a la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7 del RFIS.

- 2.5. Mediante la carta N° 01193-GG/2020 notificada⁵ 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.
- 2.6. A través de la Resolución N° 00023-2021-GG/OSIPTel, notificada el 18 de enero de 2021, la Gerencia General resolvió imponer a AMÉRICA MÓVIL la siguiente sanción:

Conducta	Obligación	Tipificación	Sanción
Modificar unilateralmente las condiciones contractuales de 16 planes tarifarios	2do párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso	1,9 UIT
Realizar el registro de los incrementos tarifarios como una nueva tarifa establecida respecto de 16 planes tarifarios	Artículo 16 del Reglamento del SIRT	Ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento del SIRT	51 UIT
En 193 casos el mecanismo de notificación utilizado para comunicar el incremento tarifario a sus abonados no dejó constancia de que estos últimos hayan recibido dicha información	Artículo 12 del Reglamento General de Tarifas	Ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Tarifas	51 UIT

- 2.7. El 8 de febrero de 2021, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00023-2021-GG/OSIPTel.
- 2.8. A través de la Resolución N° 00095-2021-GG/OSIPTel, de fecha 31 de marzo de 2021, se declaró infundado el recurso de reconsideración.
- 2.9. El 15 de abril de 2021, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 00095-2021-GG/OSIPTel.



- 2.10. Mediante Memorando N° 420-OAJ/2021, del 21 de mayo de 2021, se solicitó analizar si la modificación unilateral de las condiciones contractuales de los dieciséis (16) planes tarifarios, que sustentan la imputación por el incumplimiento del entonces vigente segundo párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, son más beneficiosas para los abonados.
- 2.11. A través del Memorando N° 01133-DAPU/2021, del 2 de julio de 2021, la Dirección de Atención y Protección a Usuarios (DAPU), atendió el Memorando N° 420-OAJ/2021.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LA APELACIÓN

De conformidad con lo establecido en los artículos 218.2 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General - TUO de la LPAG, el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL deviene admisible y procedente en cuanto a su tramitación, dado que concurren los siguientes requisitos:

- a) AMÉRICA MÓVIL cuestiona la Resolución N° 00095-2021-GG/OSIPTel, mediante la cual la Gerencia General declaró infundado su recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00023-2021-GG/OSIPTel, mediante la cual se le impuso tres sanciones de multa.
- b) La impugnación de AMÉRICA MÓVIL se sustenta en diferente apreciación de las pruebas y cuestiones de puro derecho.
- c) La Resolución impugnada fue válidamente notificada el 31 de marzo de 2021 y el Recurso de Apelación de AMÉRICA MÓVIL fue interpuesto el 15 de abril de 2021. En tal sentido, el Recurso de Apelación se ha interpuesto dentro del plazo establecido para dicho efecto, de quince (15) días hábiles.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

En su Recurso de Apelación AMÉRICA MÓVIL argumenta lo siguiente:

- 4.1. Se vulneró el Principio de Debido Procedimiento, su Derecho de Defensa, así como el Principio de Buena Fe Procedimental, toda vez que la Primera Instancia convalidó que dos direcciones del OSIPTel le hayan atribuido responsabilidad de manera previa al inicio del PAS.
- 4.2. Se vulneró el Principio de Tipicidad respecto a la imputación por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.
- 4.3. Se vulneraron los Principios de Legalidad y Retroactividad Benigna, al no tener en cuenta que mediante la Resolución N° 138-2020-CD/OSIPTel se modificó el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.
- 4.4. Se vulneraron los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad en la medida que no se archivó el PAS o impuso una medida menos gravosa.
- 4.5. Se vulneró el Principios de Verdad Material y Razonabilidad en la medida que se le impuso una multa por el incumplimiento del artículo 16 del Reglamento del SIRT, sin considerar que la herramienta SIRT implementada por el OSIPTel, no cuenta con una funcionalidad automatizada que permita efectuar cargas masivas cuando se requiera



ejecutar el registro de diversas modificaciones tarifarias.

- 4.6. Se vulneraron los Principios de Legalidad y Tipicidad al sancionarla con el supuesto incumplimiento del Artículo 12 del Reglamento de Tarifas, por no haber seguido el procedimiento especial de notificación previsto en el Artículo 21 del TUO de la LPAG, pese a que el incremento de tarifas aplicado, no constituye un acto administrativo.
- 4.7. Se vulneró los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud, pues se descartó la diligencia debida adoptada a fin de que treinta y ocho (38) abonados recibieran los correos electrónicos informativos acerca del incremento tarifario aplicado, desconociendo además que en la etapa de supervisión la DFI verificó la adopción de las medidas adoptadas por AMÉRICA MÓVIL para tal efecto

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Debido Procedimiento y el Principio de Buena Fe Procedimental.

AMERICA MÓVIL alega que, de manera previa al inicio del PAS, la DFI y la DAPU habían señalado que cometió las infracciones que son materia del presente PAS.

Al respecto, refiere que los hechos materia del presente PAS, se sustentan en un caso reportado por una usuaria al OSIPTTEL, quien a través de un correo electrónico habría trasladado su malestar por la actualización tarifaria de su plan de servicio móvil, que vino acompañada de una modificación de atributos y/o componentes inicialmente contratados. Alega que, en virtud a ello, la DAPU le requirió información que, según indica, fue brindada oportunamente para sustentar correspondiente sobre la mejora de los atributos otorgados en sus planes, así como la actualización tarifaria de los mismos.

No obstante, sostiene que en las comunicaciones remitidas por la DAPU, no solo se le requirió información sino que también se arribó a conclusiones sobre su responsabilidad por el incumplimiento de determinadas obligaciones, tal como sucedió en la carta C.1325-GPSU/2019 del 21 de Mayo de 2019.

Alega que situación similar se produjo con la DFI, en la medida que: i) A través de la carta C.2072-GSF/2019 del 28 de octubre de 2019, le atribuyó responsabilidad anticipada sobre determinadas obligaciones normativas, a pesar de encontrarse en el inicio de la etapa investigatoria, y; ii) En el Acta de Supervisión de fecha 06 de diciembre de 2019 se consigna que su finalidad fue verificar las acreditaciones de los descargos consignados en el Expediente N° 00048-2019-GSF, a pesar que no existía ningún descargo pues hasta ese momento no se le había imputado cargos formalmente. Sostiene que en virtud a la definición del término “descargo” este implica la defensa de acusaciones o cargos, situación que no tendría que haberse producido en etapa previa al PAS.

Para AMERICA MÓVIL estos hechos acreditan un sesgo y la determinación de culpabilidad de manera previa al inicio del PAS. Por lo tanto, en su opinión, el PAS fue



iniciado únicamente con la finalidad de cumplir con las formalidades previstas en el artículo 254 del TUO de la LPAG, no obstante, ya se habría tomado una decisión.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que no desconoce y/o cuestiona las facultades otorgadas a la DAPU - referidas a la coordinación con las operadoras la adopción de medidas para una adecuada atención de las solicitudes de los usuarios-, sin embargo, considera que ello no implica que pueda efectuar afirmaciones en las que se atribuya responsabilidad anticipada sobre el incumplimiento de determinadas obligaciones.

En virtud a ello, en el presente PAS no ha podido exponer sus argumentos bajo una expectativa real de imparcialidad, puesto que, la DAPU y la DFI ya habían emitido un análisis previo.

Al respecto, en virtud al Principio de Debido Procedimiento no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento⁴.

Dichas garantías, conforme a lo establecido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, suponen los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten⁵.

Adicionalmente, en concordancia con el numeral 254.1 del artículo 254 del TUO de la LPAG, para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por, entre otros, diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción y 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 **“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. (...)

⁵ **“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

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

(...)

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

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

(...)



Asimismo, acorde a lo establecido en el artículo 255 del TUO de la LPAG⁶, sin perjuicio que se establece que la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción, también se dispone que con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

Ahora bien, en el caso se evidencia que, en el marco de las acciones desplegadas por la DAPU - para atender un reporte de una usuaria sobre modificaciones contractuales en la prestación del servicio móvil-, a través de la carta C.1325-GPSU/2019 del 21 de mayo de 2019, se dio cuenta a AMÉRICA MÓVIL que lo informado mediante carta DMR/CE/N°750/19 respecto a la actualización tarifaria y modificación de denominación del Plan contratado por la usuaria, involucrarían modificaciones en las condiciones del plan, solicitando, por lo tanto información sobre las medidas adoptadas para otorgar solución, tal como se evidencia a continuación:

C. 01325-GPSU/2019

SEÑOR
ROBERTO ARANCIVIA VILLANUEVA
GERENTE DE REGULACIÓN DE TELEFONÍA MÓVIL
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.
AV. NICOLÁS ARRIOLA N° 480, DISTRITO DE LA VICTORIA
Lima.-

Referencia: su carta DMR/CE/N°750/19, recibido el 02.05.2019

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted con la finalidad de saludarlo y hacer mención a su comunicación de la referencia, mediante la cual su representada indica que atiende el pedido de información realizado por esta Gerencia, mediante nuestra carta C.01070-GPSU/2019¹.

Al respecto, en la comunicación de la referencia su representada informa que las modificaciones respecto al plan contratado por la señora Mejía Lopez se encontraron enmarcadas dentro de un proceso de actualización tarifaria y modificación de denominación comercial.

No obstante, se advierte que las acciones efectuadas por su representada involucrarían modificaciones en las condiciones del plan "SUPERcontrol", toda vez que el mismo permitía la acumulación de saldo, mientras que el plan "Max Internacional 59.90" no cuenta con dicha característica, tal como se detalla:

⁶ **"Artículo 255.- Procedimiento sancionador**

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

(...)

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

4. Vencido dicho plazo y con el respectivo descargo o sin él, la autoridad que instruye el procedimiento realizará de oficio todas las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

(...)"



(...)

En relación a ello, considerando el posible incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9^º del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso se solicita con carácter obligatorio que dentro del plazo perentorio de cinco (05) días hábiles³, 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.

Al respecto, se advierte que, contrario a lo afirmado por AMÉRICA MÓVIL, la DAPU no efectuó ninguna afirmación sobre la comisión de infracciones, sino que se indicó de manera condicional, que lo informado involucraría modificaciones en las condiciones contractuales y un posible incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, sin atribuir directamente responsabilidad, sino solicitar información sobre las medidas adoptadas con relación a la abonada.

Por lo tanto, las actuaciones desplegadas por la DAPU estuvieron enmarcadas en el ejercicio de sus funciones conferidas por el artículo 52 del entonces vigente Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTel.

Por otra parte, con relación a las actuaciones de la DFI (C.2072-GSF/2019 de fecha 28 de octubre de 2019 y el acta de supervisión de fecha 06 de Diciembre de 2019) es preciso resaltar que estas fueron desarrolladas en el marco del ejercicio de su función supervisora o denominada actividad de fiscalización en el TUO de la LPAG, y que, tal como se reconoce en el artículo 255 de la misma norma, se puede realizar de manera previa al inicio formal del procedimiento con el objeto de determinar con **carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación**.

Adicionalmente, cabe indicar que, contrario a lo afirmado por AMÉRICA MÓVIL, en el caso de la carta C.2072-GSF/2019 del 28 de octubre de 2019, la DFI tampoco efectuó afirmación alguna sobre la comisión de infracciones, sino que se indicó de manera condicional, que habría un posible incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, motivo por el cual solicita más información.

Con relación al Acta de Supervisión de fecha 06 de Diciembre de 2019, se advierte que se llevó a cabo a fin de para verificar la información que fuera presentada por la empresa operadora en virtud a requerimientos previos de información. Por lo que, el uso del término “descargo” no implica que se haya atribuido responsabilidad a AMÉRICA MÓVIL.

Cabe resaltar que, si bien las cartas C.1325-GPSU/2019 y C.2072-GSF/2019 y el acta de supervisión de fecha 6 de diciembre de 2019 han sido tomadas 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, no implica que se vulnere el Principio del Debido Procedimiento o que pueda existir imparcialidad por parte del órgano instructor o resolutor del procedimiento. Caso contrario el TUO de la LPAG no permitiría la realización de actividades de investigación previas al inicio de un PAS.

Finalmente, corresponde anotar que el presente PAS cumple con las exigencias establecidas en los artículos 254 y 255 del TUO de la LPAG, en tanto se ha efectuado la debida notificación de cargos, se le ha otorgado el plazo para remitir sus descargos y aportar los medios probatorios correspondientes, el informe de análisis de descargos



ha sido emitido por el órgano instructor, y es el órgano resolutor quien finalmente y de manera independiente e imparcial ha determinado la comisión o no de las infracciones imputadas.

En tal sentido, no se advierte que se haya vulnerado el Principio del Debido Procedimiento.

5.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Tipicidad por la imposición de una sanción por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de Condiciones de Uso.

AMÉRICA MÓVIL refiere que la Primera Instancia en la resolución impugnada ha sostenido que el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, vigente al momento de la presunta comisión de la infracción, establece que la empresa operadora no podía modificar el contrato de abonado, salvo que, de manera disyuntiva: i) Se trate de modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas; o.; ii) Se trate de modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado, siempre que se cuente con la aprobación de la Gerencia General del OSIPTEL.

No obstante, en su opinión, la norma establecía que únicamente se deberá contar con la aprobación previa del OSIPTEL cuando se trate de modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado.

En tal sentido, considera que, en la medida que su conducta consistió en incrementos de tarifarios y modificación de denominación comercial acompañado de una reestructuración en su oferta de planes comerciales que involucraron en todos los casos el otorgamiento de mayores beneficios a los inicialmente otorgados, se vulneró el Principio de Tipicidad, en la medida que no configura el hecho previsto en el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

Sobre el particular, en virtud al Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Asimismo, se establece que a través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

La finalidad de ello es que los administrados conozcan, sin ambigüedades, las conductas que están prohibidas de realizar y las sanciones a las que se someten en caso cometan una infracción. Esto genera, por un lado, que se protejan los derechos de los administrados al permitirles defenderse frente a imputaciones sobre infracciones no tipificadas o frente a la imposición de sanciones que no están contempladas en la norma. Pero también tiene un efecto regulador de la sociedad, pues a través de la tipicidad se desincentiva la realización de conductas que no son deseadas por el Estado.

Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde analizar si la conducta que se le imputa a AMÉRICA MÓVIL configura el incumplimiento de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.



Al respecto, el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, entonces vigente establecía 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. (...)*”

Tal como ha manifestado la Primera Instancia, de la lectura del citado dispositivo, se evidencia que la modificación unilateral de los contratos de abonado se permitía en los siguientes supuestos:

1. Modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas, o;
2. Modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado previa aprobación del OSIPTEL, previa aprobación del OSIPTEL, o;
3. Excepcionalmente, incrementos de la velocidad de navegación del servicio de acceso a Internet o de la capacidad de descarga del referido servicio.

Así, se verifica que, el hecho que una empresa operadora se encontraba habilitada para efectuar una modificación tarifaria conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas, no la eximía de la necesidad de que en caso efectúe también otras modificaciones contractuales más beneficiosas, deba contar con aprobación del OSIPTEL, justamente a fin de determinar si, en efecto, estas eran más beneficiosas.

En virtud a ello, en la medida que la conducta de AMÉRICA MÓVIL consistió efectuar en incrementos tarifarios acompañados de otras modificaciones presuntamente más beneficiosas, correspondía que cuente con la aprobación del OSIPTEL. Por lo que se advierte que si incumplió el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso entonces vigente.

En tal sentido, no se vulneró el Principio de Tipicidad.

5.3. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Legalidad y retroactividad benigna.

AMÉRICA MÓVIL refiere que a través de la Resolución N° 138-2020-CD/OSIPTEL, se modificó el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, eliminando la obligación de las empresas operadoras de contar con una aprobación previa por parte del OSIPTEL



para proceder a efectuar las modificaciones de atributos que resulten más beneficiosas para el abonado.

En este sentido, considera que en la medida que el requisito previo de aprobación que sustenta la presunta comisión de la infracción sancionada por la Primera Instancia, ya no se encuentra previsto en el nuevo texto publicado, corresponde aplicar el principio de retroactividad benigna.

Alega que si bien en la Resolución Apelada se reconoce que el nuevo texto de la norma elimina la necesidad de contar con aprobación previa del OSIPTEL, señala que este no constituye un escenario más favorable para AMÉRICA MÓVIL en la medida que el incumplimiento del segundo párrafo del Artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, se tipificó como infracción grave cuando antes estaba calificado como una infracción leve, tal como fue imputado en el presente PAS. Por lo tanto, considera que se está restringiendo la evaluación del nuevo texto de la norma únicamente respecto a los alcances de las consecuencias derivadas de su régimen sancionador.

En su opinión, se debió analizar si objetivamente la norma posterior establece condiciones más favorables en cuanto a su aplicación o establece nuevos criterios menos restrictivos que la norma previa.

Sobre el particular, en virtud al Principio de Irretroactividad, recogido en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna⁷.

La aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una norma posterior establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito o al momento de su calificación por la autoridad administrativa.

Conforme a lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, a través del cual se modificaron disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se precisó que las disposiciones sancionadoras serán retroactivas en caso favorezcan al infractor en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción, (ii) la sanción, y (iii) los plazos de prescripción.

⁷ **“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.

(...)”



En esa misma línea, la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador” emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁸, precisa que los supuestos respecto de los cuales podría aplicar la excepción al Principio de Irretroactividad son: (i) Tipificación de la infracción más favorable, (ii) Previsión de la sanción más favorable, incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva, y (iii) Plazos de prescripción más favorables; conforme se detalla a continuación:

“(…)

Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 se modificó el principio de irretroactividad a fin de precisar los supuestos respecto de los cuales se podría configurar su excepción, es decir, la aplicación retroactiva de una norma posterior más favorable. Estos supuestos son los siguientes:

- *Tipificación de la infracción más favorable.*
- *Previsión de la sanción más favorable. Incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva.*
- *Plazos de prescripción más favorables.*

Como se puede apreciar, la nueva regulación del principio de irretroactividad no hace más que detallar los alcances de la retroactividad benigna, precisando que esta podrá ser aplicada para la tipificación de la infracción, determinación de plazos de prescripción, así como para la previsión de las sanciones administrativas (incluso cuando estas se encuentren en fase de ejecución).

“(…)”

Ahora bien, en el presente caso, a AMÉRICA MÓVIL se le sancionó por modificar unilateralmente a las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios afectando a trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados, contraviniendo lo dispuesto en el entonces vigente artículo 9 del TUO de las Condiciones, que establecía la prohibición de efectuar modificaciones unilaterales de los contratos de abonados, salvo que se trate de modificaciones tarifarias conforme al Reglamento General de Tarifas o modificaciones más beneficiosas (vengan o no acompañadas de modificaciones tarifarias), en cuyo caso requerían la aprobación del OSIPTEL.

No obstante, tal como ha sido reconocido por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 00138-2020-CD/OSIPTEL se modificó el artículo 9 del TUO de las Condiciones de uso en los siguientes términos:

“Artículo 9.- Celebración del contrato de abonado

“(…)”

La empresa operadora está prohibida de modificar unilateralmente el contrato de abonado, salvo que se trate de:

- (i) *Modificaciones de Tarifas conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas, y/o*
- (ii) *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. (...)

Conforme se advierte, el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso vigente si bien prevé en principio la prohibición de modificación unilateral del contrato, efectúa modificaciones respecto a las excepciones para efectuarlas y el procedimiento o no que debe seguir la empresa operadora.

En virtud a ello, corresponde evaluar si la Tipificación de la Infracción por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso vigente es más favorable. A continuación se resumen las prohibiciones y excepciones previstas en dicha norma:

	Artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso (modificado)	Artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso (vigente)
Prohibición de modificación unilateral	Se mantiene	Se mantiene
Modificaciones permitidas	Modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas.	Modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas.
	Modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado, previamente con la aprobación de la Gerencia General del OSIPTel.	Modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado, previamente ya no requiere de la aprobación de la Gerencia General del OSIPTel.
	Modificaciones tarifarias conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas de manera conjunta con modificaciones que resulten más beneficiosas para el abonado, siempre que esta última tenga previa aprobación de la Gerencia General del OSIPTel.	Modificaciones de Tarifas conforme a lo establecido en el Reglamento General de Tarifas de manera conjunta con Modificaciones de Atributos que resulten más beneficiosas para el abonado no requiere aprobación de esto último.
No se requerirá de la aprobación previa	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.	Modificaciones de Atributos que resulten más beneficiosas para el abonado, vengan o no acompañadas de modificaciones tarifarias. 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.

Conforme se evidencia, con el vigente artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, se encuentran las siguientes condiciones más beneficiosas:

- Se permite efectuar modificaciones de atributos que resulten más beneficiosas para el abonado, vengan o no acompañadas de modificaciones tarifarias, sin la necesidad de aprobación previa del OSIPTel⁹, y,
- Se amplían los supuestos considerados como más beneficiosos (incremento de minutos, mensajes de texto, datos y/o velocidad de navegación, entre otros o

⁹ Cabe indicar que si bien se establece que puede haber una evaluación posterior para determinar si los atributos son, en efecto, beneficiosas, esto no afecta el hecho que se haya eliminado la exigencia de contar con una aprobación previa.

inclusión de nuevas prestaciones), lo cual genera mayor predictibilidad para las empresas.

En este sentido, se concluye que la tipificación de la infracción por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso vigente es más favorable. Por lo tanto, corresponde verificar si, en el caso en concreto puede ser aplicada a AMÉRICA MÓVIL.

Al respecto, en el presente caso se advierte que, conforme a lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL su conducta consistió efectuar en incrementos tarifarios acompañados de otras modificaciones en dieciséis (16) planes tarifarios, sin contar con la aprobación del OSIPTEL. En tal sentido, a fin de aplicar el Principio de Retroactividad, corresponde verificar si en efecto, las modificaciones efectuadas por AMÉRICA MÓVIL eran más beneficiosas.

Sobre el particular, conforme a lo concluido por la DAPU en el Memorando N° 01133-DAPU/2021, la modificación de los dieciséis (16) planes tarifarios efectuada por AMÉRICA MÓVIL PERÚ, contiene en todos los casos condiciones más ventajosas para sus abonados.

Plan	Denominación	Renta mensual (inc. IGV)	Minutos nacionales	Minutos internacionales	Minutos RPC	SMS	Datos
Plan modificado	Plan SUPERcontrol	S/55.00	-	-	-	-	-
Nuevo plan	Max Internacional 59.90	S/59.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	6 GB
Plan modificado	Claromax Control 45	S/45.00	25	-	-	25	-
Nuevo plan	Max internacional 49.90	S/49.90	Ilimitado	400	Ilimitado	Ilimitado	4 GB
Plan modificado	Control Increíble 55	S/55.00	-	-	-	-	-
Nuevo plan	Max internacional 59.90	S/59.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	6 GB
Plan modificado	Control 25	S/25.00	0	-	-	0	-
Nuevo plan	Max 29.90	S/29.90	200	-	-	500	500 MB
Plan modificado	Claromax Control 60	S/60.00	35	-	-	35	-
Nuevo plan	Max internacional 59.90	S/59.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	6 GB
Plan modificado	Control 35 Económico	S/35.00	90	-	-	90	-
Nuevo plan	Max Internacional 39.90	S/39.90	Ilimitado	250	Ilimitado	Ilimitado	2.5 GB
Plan modificado	Control 70	S/70.00	-	-	-	-	0
Nuevo plan	Max internacional 69.90	S/69.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	8 GB
Plan modificado	Claromax Control EG 45	S/45.00	25	-	-	25	-
Nuevo plan	Max internacional 49.90	S/49.90	Ilimitado	400	Ilimitado	Ilimitado	4 GB
Plan modificado	Control Increíble 70	S/70.00	-	-	-	-	0
Nuevo plan	Max internacional 69.90	S/69.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	8 GB
Plan modificado	Control Económico2 39	S/39.00	40	-	-	40	-
Nuevo plan	Max internacional 39.90	S/39.90	Ilimitado	250	Ilimitado	Ilimitado	2.5 GB
Plan modificado	Control Económico2 59	S/59.00	60	-	-	60	-
Nuevo plan	Max internacional 59.90	S/59.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	6 GB
Plan modificado	Control Económico2 109	S/109.00	100	-	-	100	-
Nuevo plan	Max internacional 109.90	S/109.00	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	5 GB
Plan modificado	Control Económico2 79	S/79.00	80	-	-	80	-
Nuevo plan	Max internacional 79.90	S/79.00	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	10 GB
Plan modificado	Control Increíble 100	S/100.00	-	-	-	-	-
Nuevo plan	Max Increíble 99,90	S/99.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	14 GB



Plan	Denominación	Renta mensual (inc. IGV)	Minutos nacionales	Minutos internacionales	Minutos RPC	SMS	Datos
Plan modificado	Control Económico 39	S/39.00	40	-	-	40	-
Nuevo plan	Max internacional 39.90	S/39.90	Ilimitado	250	Ilimitado	Ilimitado	2.5 GB
Plan modificado	Control Económico 59	S/59.00	60	-	-	60	-
Nuevo plan	Max Internacional 59,90	S/59.90	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	Ilimitado	6 GB

Asimismo, con relación al Plan SUPERcontrol, que permitía a los abonados la posibilidad de acumular el saldo no consumido para el próximo periodo de facturación, condición que fue retirada en la posterior modificación efectuada por la empresa operadora, la DAPU precisó lo siguiente:

“(...) no se podría afirmar que la supresión de la condición de acumulación de saldos resultaría ni más ni menos beneficiosa para el usuario, ya que a estos abonados se les brinda ahora un plan con llamadas RCP, nacionales e internacionales ilimitadas, así como mensajes de texto ilimitados. Inclusive se les brinda 6 GB de datos, lo que a comparación de lo que obtendrían con el plan inicial utilizando su saldo únicamente en navegación en Internet (550 MB), resulta una cantidad considerablemente más alta, por lo que al brindarse mensualmente este beneficio no tendría mucho sentido postergar el consumo de este atributo para meses posteriores. En ese sentido, el contar o no con la condición contractual de acumulación del saldo bajo este nuevo escenario de atributos ofrecidos resultaría irrelevante.”

En virtud a ello, en la medida que: i) la modificación de los dieciséis (16) planes tarifarios efectuada por AMÉRICA MÓVIL, contiene en todos los casos condiciones más ventajosas para sus abonados; ii) el artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso vigente, ya no requiere aprobación del OSIPTel para las modificaciones de atributos que resulten más beneficiosas para el abonado, vengán o no acompañadas de modificaciones tarifarias; corresponde aplicar el Principio de Retroactividad Benigna, revocando la sanción impuesta en este extremo.

5.4. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad con relación a la sanción por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que se le atribuye responsabilidad por haber incumplido el segundo párrafo del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que habría modificado unilateralmente las condiciones contractuales de dieciséis (16) planes tarifarios que se encontraban vinculados a trescientos cincuenta y cuatro (354) abonados.

No obstante, AMÉRICA MÓVIL alega que en el transcurso del PAS ha acreditado que efectuó mejoras respecto a los beneficios otorgados en los referidos dieciséis (16) planes tarifarios (incorporación de componentes ilimitados en minutos nacionales y/o minutos LDI y/o SMS y/o paquetes de gigabytes para la navegación por internet) y que en ningún caso se previó perjudicar a sus clientes.

En tal sentido, considera que se vulneró el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, en la medida que a pesar de haber acreditado que AMÉRICA MÓVIL aumentó significativamente los atributos de los dieciséis (16) planes tarifarios imputados a título de incumplimiento, prefirió sancionarnos en lugar de optar por el archivo del PAS



o imponer una amonestación escrita, en virtud de lo establecido en el artículo 25 de la LDFF.

Sobre el particular, en la medida que se ha concluido que, en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna, se revocaría la sanción impuesta por el incumplimiento del artículo 9 del TUO de las Condiciones de Uso vigente, carece de sentido pronunciarse sobre este extremo.

5.5. Se vulneraron los Principios de Legalidad y Tipicidad al imponerle la sanción por el incumplimiento del artículo 12 del Reglamento General de Tarifas.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la Primera Instancia resolvió sancionarla con multa de cincuenta y uno (51) UIT al haber supuestamente incumplido con lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento General de Tarifas, toda vez que el mecanismo de notificación utilizado para comunicar el incremento tarifario a ciento noventa y tres (193) abonados¹⁰, no habría dejado constancia de que éstos últimos hayan recibido dicha información.

Al respecto, refiere que la DFI, en el informe que sustentó el inicio del PAS, señaló que para realizar la notificación personal a sus abonados, informando el incremento tarifario aplicado, se debió cumplir con el procedimiento de notificación de actos administrativos previsto en el artículo 21 del TUO de la LPAG, el mismo que resultaría aplicable por contar con un Contrato de Concesión otorgado por el Estado, conforme a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo I del Título Preliminar del TUO de la LPAG.

En su opinión, la atribución de la responsabilidad por el artículo 12 del Reglamento General de Tarifas vulnera el Principio de Legalidad, en la medida que se les exige cumplir con un régimen de notificación personal que no resulta aplicable al presente caso, pues la comunicación de incrementos tarifarios no constituye un acto administrativo.

Asimismo, sostiene que la Primera Instancia, tanto en la Resolución de Multa como en la Resolución Apelada, pretendió "corregir" o "desconocer" los alcances de la imputación efectuada por la DFI, señalando que en el presente PAS no se imputó el incumplimiento del artículo 21 del TUO de la LPAG sino el incumplimiento del artículo 12 del Reglamento General de Tarifas, por lo que la invocación efectuada en el Informe que sustentó el inicio del PAS a dicho dispositivo tuvo únicamente por finalidad identificar los criterios e información mínima a ser considerada en el caso de notificaciones personales (por carta) para garantizar la eficiencia de la misma:

Por lo tanto, considera que en la medida que su conducta no se ajusta al tipo infractor imputado, dado que el artículo 12 del Reglamento General de Tarifas no exige bajo ningún supuesto la aplicación del régimen de notificación dispuesto en el TUO de la LPAG, como sustentó la imputación de cargos, se vulnera el Principio de Tipicidad.

AMÉRICA MÓVIL considera que el órgano instructor pudo solicitar en la etapa de supervisión la relación de reclamos generados por el incremento de tarifas efectuado, en vez de estar efectuando una serie de conjeturas respecto a que ningún abonado recibió la comunicación informativa remitida por AMERICA MÓVIL.

¹⁰ Ciento cincuenta y cinco (155) corresponden a cartas físicas y treinta y ocho (38) a correos electrónicos.

Al respecto, tal como se ha manifestado, en virtud al Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Asimismo, a través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

Teniendo en cuenta lo señalado, corresponde analizar si la conducta que se le imputa a AMÉRICA MÓVIL configura la infracción prevista en el ítem 9 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por el incumplimiento del artículo 12 de la misma norma. Al respecto, dichos dispositivos establecen lo siguiente:

Reglamento General de Tarifas

"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.

(...)"

Anexo N° 1

RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

(...)

9	La empresa operadora que no informe a sus abonados del aumento en el valor nominal de una Tarifa Establecida que se aplica de manera continuada y automática por periodos iguales o mayores a treinta (30) días calendario, con al menos diez (10) días calendario antes de la entrada en vigencia de la nueva tarifa, salvo para las excepciones aplicables, utilizando un mecanismo que permita dejar constancia de que cada abonado recibió la correspondiente información, incurrirá en INFRACCIÓN GRAVE. (Art. 12)	GRAVE
---	---	-------

(...)"

Conforme se evidencia, ante incrementos de tarifas establecidas que se aplican de manera continuada y automática por periodos iguales o mayores a treinta (30) días calendario, las empresas operadoras tienen la obligación de informar a sus abonados, utilizando un mecanismo que permita dejar constancia de que cada uno de éstos recibió la información.

La obligación de comunicar a los abonados los incrementos tarifarios resulta de importancia en la medida que, solo tomando conocimiento oportuno de dicha información, los abonados podrán ejercer oportunamente sus derechos a migrar de plan tarifario o resolver el contrato de abonado.

En virtud a ello es que dicha obligación establece la necesidad que esa comunicación se efectuó a través de un mecanismo que permita dejar constancia de que se recibió la información correspondiente.



Ahora bien, tal como fue manifestado por la Primera Instancia en la Resolución N° 023-2021-GG/OSIPTel, si bien el Reglamento General de Tarifas 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; debe considerarse 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.

No obstante, de la evaluación de la información remitida por AMÉRICA MÓVIL para acreditar la notificación de las cartas físicas a los abonados a los que se les aplicó el incremento tarifario (hojas de ruta), se evidencia que no existe constancia que, en efecto, la notificación se llevó a cabo, en la medida que 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.

Asimismo, en el caso las notificaciones supuestamente efectuadas por correo electrónico, se verifica que AMÉRICA MÓVIL no acreditó que dichos correos electrónicos a los que fueron remitidos a los emails, fueron proporcionados por los propios abonados.

Respecto al argumento de AMÉRICA MÓVIL por el que considera que el órgano instructor pudo solicitar la relación de reclamos generados por el incremento de tarifas efectuado para determinar si correspondía iniciar un PAS, cabe indicar que la interposición de reclamo por incrementos tarifarios no comunicados, no representa el universo de casos en los que los abonados no han tomado conocimiento oportuno de dicha información, en la medida que, pueden darse casos de abonados que no presentan reclamos.

En tal sentido, en virtud a la información recabada durante la supervisión sí quedo acreditada la comisión por parte de AMÉRICA MÓVIL de la conducta infractora prevista en el ítem 9 del Anexo 1 del Reglamento General de Tarifas, por el incumplimiento del artículo 12 de la misma norma. Por lo tanto no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad.

Con relación a lo indicado por la DFI en el Informe que sustentó el inicio del PAS, se advierte que respecto a la notificación de las cartas físicas a los abonados a los que se les aplicó el incremento tarifario, se indicó claramente que las hojas de ruta remitidas por AMÉRICA MÓVIL no representan un cargo de notificación, siendo que además en algunos casos no figuran el nombre completo del abonado, el número del documento legal de identificación y la firma del abonado o de la persona que recibe la carta dando conformidad a la recepción de la misma.

Asimismo, si bien se indicó que dichas hojas de ruta no representan cargos de notificación de acuerdo con lo establecido en el TUO de la LPAG, se precisó que “tampoco se desprende de los mismos constancia alguna de recepción de la información por parte de los usuarios, tal como lo señala el artículo 12° del Reglamento General de Tarifas”.



Justamente en virtud a ello, es que en el numeral 50 del Informe que sustentó el inicio del PAS, se indicó que “se evidencia que en ciento ochenta (180) casos, el mecanismo de notificación utilizado por CLARO para comunicar el incremento tarifario a sus usuarios, no dejó constancia de que éstos últimos hayan recibido la información relacionada a los referidos incrementos, incumplimiento de esta manera con lo establecido en el artículo 12° del Reglamento General de Tarifas”.

Por lo tanto, no se ha vulnerado el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL en la medida que el sustento de la imputación de cargos estaba vinculada al incumplimiento del artículo 12 del Reglamento General de Tarifas por no existir constancia de que sus abonados hayan recibido la información relacionada a los incrementos tarifarios.

5.6. Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud al haberla sancionado por el incumplimiento del artículo 12 del Reglamento General de Tarifas (respecto a las comunicaciones remitidas vía correo electrónico).

AMÉRICA MÓVIL señala que en el Informe que sustentó el inicio del presente PAS la DFI llega a la conclusión que los treinta y ocho (38) correos electrónicos remitidos para informar a sus abonados acerca del incremento tarifario aplicado, no habría dejado constancia de que los abonados tomaron conocimiento del mismo, en la medida que, de acuerdo a los estándares oficiales del Internet, los errores presentados son respuestas automáticas (rebotes o bounces) que devuelve una dirección de correo cuando no consigue recibir un determinado email.

Agrega a ello que sin embargo, la Resolución de Multa como la Resolución Apelada, reconocen que si bien se habría remitido los correos electrónicos a las direcciones proporcionados por los propios abonados, no se advierte medio probatorio alguno que acredite dicha afirmación o que en todo caso demuestre las medidas adoptadas a fin de ubicar a dichos abonados, siendo además que no habríamos acreditado la diligencia para cumplir.

AMÉRICA MÓVIL alega que en la etapa de supervisión la DFI verificó las tablas que contenían los referidos emails, los cuales fueron extraídos de sus sistemas internos de información del cliente a fin de informar el incremento tarifario aplicado, por lo que contrariamente a lo afirmado en la Resolución Apelada, sí cumplió con su deber de acreditación.

Considera además que en el presente caso se imputa una responsabilidad objetiva, a partir de la sola verificación de determinados casos en donde los correos electrónicos remitidos por nuestra parte 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 a la esfera de su control, lo cual vulnera los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud.

En su opinión, se debió verificar si cumplió con actuar con la diligencia debida, o si, por el contrario, incumpliendo el deber de cuidado que le era exigible. Asimismo, considera que atendiendo a las particularidades del caso, la Primera Instancia pudo optar por la aplicación de una medida correctiva, la misma que resultaba idónea, suficiente, menos gravosa e igual de eficaz que la sanción.



Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Culpabilidad, cabe señalar que, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia¹¹, dicho principio, entre otros, constituye un principio básico del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador.

Así, el Principio de Culpabilidad establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva, no siendo aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.

En tal sentido, toda vez que en el marco de la responsabilidad subjetiva, la conducta infractora es sancionable también por culpa, es necesario analizar si la referida empresa operadora infringió el deber de cuidado que le era exigible.

Al respecto, se verifica que en virtud a lo establecido en el artículo 12 del Reglamento General de Tarifas, correspondía que AMÉRICA MÓVIL cumpla con comunicar a sus abonados sobre los incrementos tarifarios a través de un mecanismo que deje constancia de haber recibido dicha información.

No obstante, de la información que obra en el expediente de supervisión y en el PAS, se verifica que si bien AMÉRICA MÓVIL envió correos electrónicos, contrario a lo manifestado por dicha empresa, no acreditó que las direcciones de correo electrónico pertenezcan a sus abonados y, aun en caso les correspondan, de los LOG de envío de los correos electrónicos tampoco existe la constancia que hayan de haber recibido dicha información.

Cabe indicar que si bien se constata el envío de correos electrónicos, al haberse advertido que no existía una constancia que los abonados hayan recibido dicha información, se rompe la presunción de licitud. Además, correspondía que AMÉRICA MÓVIL, despliegue esfuerzos para efectuar la comunicación cumpliendo con las exigencias establecidas en el artículo 12 del Reglamento General de Tarifas. No obstante, dicha empresa no ha presentado información que acredite se haya empleado un mecanismo que deje constancia que cada uno de ellos recibió la información o que según lo invocado, se hayan presentado una situación que la exima de responsabilidad.

Por lo tanto, no se han vulnerado los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud.

5.7. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Verdad Material.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la Primera Instancia le impuso una sanción de cincuenta y un (51) UIT, al haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento del SIRT, toda vez que habría realizado el registro de incrementos tarifarios como una nueva tarifa establecida respecto de 16 planes tarifarios.

No obstante, alega que la Primera Instancia no tuvo en consideración que los hechos materias del presente PAS, ocurrieron en gran medida debido a que la herramienta SIRT implementada por el OSIPTEL, no cuenta con una funcionalidad automatizada que permita a los usuarios del sistema (empresas operadoras) efectuar cargas masivas

¹¹ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los expedientes N° 2050-2002-AA/TC (fundamento N° 8) y N° 2192-2004-AA /TC

cuando requieran ejecutar el registro de diversas modificaciones tarifarias (aumento o disminución de tarifas).

Alega que esta situación, ocasiona, en la práctica, que las empresas operadoras se deba ejecutar dichas acciones de manera manual, es decir, el proceso de registro se debe llevar a cabo necesariamente uno a uno, dejando abierta la posibilidad de que se presente cualquier tipo de incidencia involuntaria que conlleve a trasladar información errónea y/o inconsistente al usuario.

Sostiene que ello fue advertido a través de la carta DMR/CE/N°1 020/20 remitida el 18 de mayo de 2020 y refiere que la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia a través de la carta C.164-GPRC/2020 de fecha 29 de julio de 2020, reconoció que el actual SIRT genera una carga operativa para las múltiples acciones que desarrollan las empresas operadoras con relación a las tarifas establecidas y promocionales, situación que viene siendo materia de múltiples mejoras a fin de contar con un sistema más eficiente para los usuarios del mismo

AMÉRICA MOVIL argumenta que en cada uno de los dieciséis (16) planes tarifarios registrados, que sirvieron de base para la imputación por el incumplimiento al artículo 16 del Reglamento del SIRT, se registró de los beneficios otorgados a sus clientes haciendo expresa mención al código de registro del plan tarifario inicialmente registrado.

Señala además que los planes tarifarios que sustenta la imputación, respecto a los que se solicita haber efectuado la modificación, eran antiguos y su inicio de vigencia ocurrió cuando aún no se había implementado el SIRT, por lo que procedió a efectuar los nuevos registros. Refiere que este argumento no ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Primera Instancia, situación que, en su opinión, vulnera el Principio de Debido Procedimiento, en lo que respecta a su derecho a la Debida Motivación de los actos administrativos.

Asimismo, en su opinión, se pudo optar por la aplicación de una medida correctiva, por ser más idónea, suficiente, menos gravosa e igual de eficaz que la sanción de multa impuesta.

Sobre el particular, el artículo 16 del Reglamento del SIRT establece que 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, asimismo, se establece, entre otros, que en ningún caso la empresa operadora puede registrar la modificación de una tarifa previamente registrada como una nueva tarifa establecida¹².

Ahora bien, en el presente caso se advierte que AMÉRICA MÓVIL registro el incremento

¹² **"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 únicamente a (iii) una modificación contractual más beneficiosa de atributos, conforme a lo establecido en la normativa vigente.

En ningún caso la empresa operadora podrá registrar la modificación de una tarifa previamente registrada como una nueva tarifa establecida."



tarifario de dieciséis (16) planes tarifarios, como nuevas tarifas establecidas.

Respecto a lo argumentado por AMÉRICA MOVIL en el sentido que la conducta infractora se habría producido porque el SIRT no permite una carga masiva en caso de modificaciones tarifarias, cabe indicar que las obligaciones vinculadas al registro de tarifas, modificaciones tarifarias u otras contempladas en el Reglamento del SIRT, han sido dispuestas considerando que las funcionalidades actuales del SIRT, las cuales permiten su cumplimiento.

Así, tanto el Reglamento del SIRT como el Manual del Usuario del SIRT, describen de manera clara el procedimiento aplicable en caso de modificaciones tarifarias, por lo que, AMERICA MÓVIL, no puede pretender eximirse de responsabilidad alegando que el SIRT no permite una carga masiva en caso de modificaciones tarifarias.

Por lo tanto, si bien el OSIPTel se encuentra constantemente perfeccionando los sistemas que pone a disposición de las empresas operadoras para el cumplimiento de sus obligaciones, tal como se señaló en la carta C.164-GPRC/2020, con relación al SIRT, ello no implica que las empresas no cumplan sus obligaciones.

En vista de ello, de la misma manera en que AMÉRICA MÓVIL efectuó los dieciséis (16) registros, como nuevas tarifas, pudo efectuar los dieciséis (16) registros como incrementos tarifarios en las tarifas previamente registradas, conforme a lo señalado en el artículo 16 del RSIRT.

Con relación al argumento referido a que los planes tarifarios eran muy antiguos y no figuraban en el SIRT, cabe indicar que acorde a la tercera disposición transitoria del Reglamento del SIRT¹³, se otorgó a las empresas un plazo de 240 días calendarios, para que procedan a registrar las tarifas establecidas o planes tarifarios que vienen aplicando a sus abonados, y cuya vigencia se inició con anterioridad al 30 de abril de 2006, salvo que dichas tarifas hayan sido modificadas y hayan cumplido con el debido registro en el SIRT.

En virtud a ello, se evidencia que existía la obligación de tener registrada las tarifas que venían aplicando a sus abonados, aun en el caso de tarifas comercializadas antes de la creación del SIRT. Por lo tanto, AMÉRICA MÓVIL debió cumplir con el registro de las modificaciones conforme a lo establecido en el artículo 16 del Reglamento General de Tarifas.

En virtud a lo expuesto, al haberse acreditado los hechos que sirven de sustento para la imposición de la sanción, no se ha vulnerado el Principio de Verdad Material.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario

¹³ **Tercera.-** Otorgar un plazo de doscientos cuarenta (240) días calendario, contados a partir de la entrada en vigencia de la presente Resolución, para que las empresas operadoras procedan a registrar las tarifas establecidas o planes tarifarios que vienen aplicando a sus abonados, y cuya vigencia se inició con anterioridad al 30 de abril de 2006; salvo que dichas tarifas hayan sido modificadas y hayan cumplido con el debido registro en el SIRT.

El incumplimiento por parte de las empresas operadoras a la obligación establecida en esta disposición transitoria, constituirá infracción leve.



Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a telefónica por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el ítem 10 del RIS del Reglamento del SIRT y el ítem 9 del RIS del Reglamento General de Tarifas, corresponderá publicar la resolución que expida dicho Colegiado.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

7.1. Corresponde declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C, contra la Resolución N° 00095-2021-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 023-2021-GG/OSIPTEL, y, en consecuencia:

- i) Revocar la sanción por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del segundo párrafo del artículo 9 de la misma norma.
- ii) Confirmar la sanción de multa de cincuenta y uno (51) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 10 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento del SIRT, por el incumplimiento del artículo 16 de la misma norma.
- iii) Confirmar la sanción de multa de cincuenta y uno (51) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 9 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Tarifas, por el incumplimiento del artículo 12 de la misma norma.

Atentamente,

