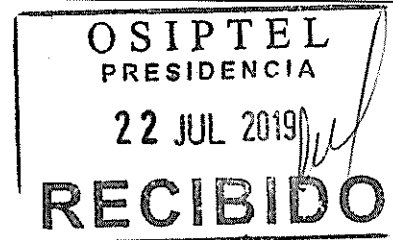
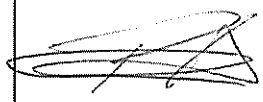



A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ Presidente del Consejo Directivo
ASUNTO	:	Recurso de Apelación presentado por la empresa América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución N° 00117-2019-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00081-2016-GG-GFS/PAS
FECHA	:	22 de julio de 2019



	CARGO	NOMBRE	FIRMA
ELABORADO POR	Abogado Especialista en Procedimientos Administrativos de Segunda Instancia	Pamela Lisett Cadillo La Torre	
REVISADO Y APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	L. Alberto Arequipeño Tamara	

I. RESUMEN:

- En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, CLARO) contra la Resolución N° 00117-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL, a través de la cual se le impuso la siguiente sanción:

Conducta	Incumplimiento	Tipificación	Sanción
No remitir el Compromiso de Mejora para el indicador de calidad de servicio público móvil Calidad de Cobertura de Servicio (en adelante, CCS), en el centro poblado de Huarmaca, provincia de Huancabamba, departamento de Piura, correspondiente al periodo de evaluación 2015-2S.	Numeral 5 del Anexo N° 9 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones ¹ (Reglamento de Calidad)	Ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad	Multa de 40.8 Unidades Impositivas Tributarias (UIT)

- Plazo para resolver: 26 de julio de 2019.

II. ANTECEDENTES:

- Mediante Carta C.02443-GFS/2016, notificada el 09 de diciembre de 2016, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (actualmente Gerencia de Supervisión y Fiscalización, en adelante, GSF) comunicó a CLARO el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la siguiente infracción:

Conducta	Incumplimiento	Tipificación	Tipo de infracción
No remitir el Compromiso de Mejora para el indicador de calidad de servicio público móvil CCS, en el centro poblado de Huarmaca, provincia de Huancabamba, departamento de Piura, correspondiente al periodo de evaluación 2015-2S.	Numeral 5 del Anexo N° 9 del Reglamento de Calidad	Ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad	Grave

- A través del escrito DMR/CE/N°2523/16, del 21 de diciembre de 2016, CLARO solicitó se amplíe por veinte (20) días hábiles adicionales, el plazo para enviar sus descargos. La ampliación de plazo fue otorgada mediante la carta C.02593-GFS/2016, notificada 27 de diciembre de 2016. El plazo venció el 20 de enero de 2017.
- El 20 de enero de 2017, CLARO presentó sus descargos.
- Mediante carta C.00468-GSF/2017, notificada el 11 de julio de 2017, se remitió a CLARO copia del expediente de supervisión, incluidos los Informes N° 00097-GFS/2016 y N° 000165-GFS/2016, que inicialmente no se encontraban archivados en el mismo.

En este sentido, a efectos de garantizar su derecho de defensa se le otorgó un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de que remita sus descargos.

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL.



5. A través del escrito DMR/CE/N°1340/17, del 13 de julio de 2017, CLARO solicitó se amplíe por diez (10) días hábiles adicionales, el plazo para enviar sus descargos. Mediante carta C.00509-GSF/2017, notificada el 18 de julio de 2017 se le concedió una prórroga del plazo. El plazo venció el 21 de julio de 2017.
6. El 21 de julio de 2017, CLARO presentó la ampliación de sus descargos.
7. Mediante Informe N° 00128-GSF/2017 (Informe Final de Instrucción), la GSF concluyó que CLARO habría incurrido en la infracción grave tipificada en el ítem 10 del Anexo 15 del Reglamento de Calidad, por no remitir el Compromiso de Mejora para el indicador CCS, correspondiente al centro poblado de Huarmaca, según lo previsto en el numeral 5 del Anexo N° 9 de la referida norma. En tal sentido, recomendó la imposición de una sanción de multa.
8. Mediante la Carta C.01170-GG/2017, notificada el 19 de octubre de 2017, se puso de conocimiento de CLARO el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días para que presente sus descargos.
9. Mediante Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL, de fecha 18 de diciembre de 2017, notificada el 19 de diciembre de 2017, la Gerencia General resolvió imponer a CLARO la siguiente sanción:

Conducta	Incumplimiento	Tipificación	Sanción
No remitir el Compromiso de Mejora para el indicador de calidad de servicio público móvil CCS, en el centro poblado de Huarmaca, provincia de Huancabamba, departamento de Piura, correspondiente al período de evaluación 2015-2S.	Numeral 5 del Anexo N° 9 del Reglamento de Calidad	Ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad	Multa de 40.8 UIT

10. El 12 de enero de 2018, CLARO presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL.
11. A través de la Resolución N° 00117-2019-GG/OSIPTEL, del 23 de mayo de 2019, notificada el 24 de mayo de 2019, se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL.
12. Mediante Resolución N° 00135-2019-GG/OSIPTEL del 24 de junio de 2019, se rectificó el error material contenido en la Resolución N° 00117-2019-GG/OSIPTEL.
13. Mediante escrito de fecha 14 de junio de 2019, ampliado con escritos de fechas 28 de junio de 2019 y 9 de julio de 2019, CLARO interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 00117-2019-GG/OSIPTEL.



III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General² (en adelante, TUO de la LPAG),

² Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por CLARO, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales argumentos de CLARO son los siguientes:

- 4.1 No le era exigible la obligación de presentar un Compromiso de Mejora con relación a la tecnología 3G en el centro poblado de Huarmaca, en la medida que no tenía cobertura móvil con dicha tecnología en dicho centro poblado.
- 4.2 Se vulneró el Principio de Razonabilidad en la medida que la primera instancia: i) no evaluó que en el presente caso no existe la necesidad de sanción; ii) no analizó debidamente los criterios de gradación para imponer la sanción de multa ii) no evaluó la posibilidad de optar por la imposición de una Medida Correctiva.
- 4.3 Se vulneró el Principio de Razonabilidad y Legalidad, toda vez que la primera instancia, en base a una interpretación inadecuada e insuficiente, desestimó la aplicación de una condición atenuante establecida en el numeral i) del artículo 18° del RFIS.

V. ANÁLISIS:

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

5.1 Sobre la exigibilidad de la obligación de entrega de un Compromiso de Mejora.

CLARO considera que no era exigible la presentación del Compromiso de Mejora para el indicador CCS, en la tecnología 3G, en el centro poblado de Huarmaca, toda vez que no había implementado dicha tecnología en el referido centro poblado, ni se encontraba a disposición de sus abonados y/o usuarios, habiendo sido declarada por un error humano involuntario.

Para CLARO el efectuar una mejora para cumplir con el indicador de CCS requería como premisa que, en un determinado centro poblado, existan necesariamente equipos instalados, disponibles y preparados para brindar el servicio de telefonía móvil en la tecnología supervisada; caso contrario, no podría exigirse la realización de una mejora en la cobertura, puesto que ello constituiría en realidad exigir una nueva instalación de equipamiento con el objeto de brindar cobertura bajo una nueva tecnología ("3G" o "4G").

Por otra parte, alega que contrario a lo señalado en la Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL, desde la etapa de supervisión, a través de la carta DMR/CE-M/N°1358/16 del 6 de julio de 2016, no solo indicó que en el centro poblado de Huarmaca únicamente ofrecía y garantizaba la cobertura bajo la tecnología "2G" para el servicio de telefonía móvil, sino que además se pusieron a disposición del OSIPTEL, a fin de que se efectuaran las verificaciones y/o pruebas que resultaran



necesarias para acreditar tal situación, sin que dicho ofrecimiento haya sido oportunamente atendido.

No obstante, refiere que ello no fue verificado, situación que no solo ocasionó una afectación directa a su derecho de petición y del debido procedimiento, sino que además la colocó en un estado de incumplimiento objetivo.

Agregan a ello que, en sus descargos también acreditaron que en su página web se encontraba publicada la relación de centros poblados que contaban con cobertura del servicio móvil 3G, verificándose que el centro poblado de Huarmaca no formaba parte de dicha relación.

Sobre el particular, a fin de determinar si la obligación cuyo incumplimiento se le imputa a CLARO (entrega de Compromiso de Mejora), le era exigible, corresponde evaluar lo establecido en el Reglamento de Calidad.

Al respecto, el artículo 5° del Reglamento de Calidad define el indicador CCS como el porcentaje de mediciones de nivel de señal que fueron superiores o iguales al valor de la intensidad de señal -95 dBm el cual garantiza el establecimiento y la retenibilidad de las llamadas que realizan los usuarios del servicio, en la zona cubierta del centro poblado, estableciéndose además en el Anexo N° 9 de la misma norma - que regula el "Procedimiento para la medición, calculo y evaluación del indicador de calidad del servicio público móvil calidad de cobertura de servicio (CCS)" -, que el **valor objetivo de dicho indicador es de ≥ 95.00 %**.

Cabe indicar que, el numeral 5 del Anexo N° 9 del Reglamento de Calidad, establece que en caso de incumplimiento del valor objetivo del indicador CCS, el OSIPTEL solicita las empresas operadoras la presentación de un Compromiso de Mejora con el fin de solucionar dicha situación.

Asimismo, el Ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad, además de tipificar como infracción el incumplimiento del Compromiso de Mejora, también tipifica la no remisión del Compromiso de Mejora solicitado, tal como se aprecia a continuación:

10	<p>La empresa operadora que no remita o no cumpla con el compromiso de mejora para el indicador CCS, previsto en el numeral 5 del Anexo N° 9.</p> <p>La evaluación de esta conducta se realizará con periodicidad semestral considerando la totalidad de los compromisos de mejora.</p>	Grave
----	---	-------

Ahora bien, debe resaltarse que el Anexo 9 del Reglamento de Calidad, establece claramente que las mediciones se realizarán en aquellos centros poblados en los cuales las empresas operadoras han declarado cobertura, y que esta ha sido previamente verificada por el OSIPTEL, precisándose más adelante que la metodología de medición a ser utilizada será mediante la ejecución de pruebas con una periodicidad semestral; realizadas sobre la base de una muestra estadística representativa, en la cual se determinarán las zonas en las que se definirán rutas representativas para las pruebas, para lo cual **se considerarán zonas donde la empresa operadora manifiesta tener cobertura**³.

³ "3.- MEDICIÓN Y DATOS



De manera complementaria y concordada, en el Anexo 17 del Reglamento de Calidad, que regula el Procedimiento de supervisión de los indicadores de calidad del servicio móvil TEMT, CCS y CV, se señala que, de acuerdo con los Anexos 8, 9 y 10 del mismo Reglamento, **el punto de observación será la red del servicio móvil, considerado la cobertura declarada por las operadoras del servicio móvil**⁴.

Por lo tanto, conforme a lo establecido en el Reglamento de Calidad, las mediciones que realiza el OSIPTEL, a fin de determinar si las empresas operadoras brindan sus servicios de acuerdo a los indicadores y parámetros establecidos, se efectúan considerando la cobertura declarada por las empresas operadoras.

Respecto a la declaración de cobertura el artículo 6 del Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico (en adelante, Reglamento de Cobertura)⁵, establece que las empresas operadoras deben remitir el 15 de enero de cada año el listado con la totalidad de centros poblados urbanos y rurales para los cuales declara tener cobertura.

Asimismo, se establece que, posteriormente, remitirán de manera periódica, a más tardar, el décimo quinto día calendario de los meses de abril, julio y octubre de cada año, las actualizaciones al listado que únicamente incluyan los centros poblados urbanos y rurales con reciente habilitación de cobertura o en su caso, cuando hayan dejado de tenerla, con relación al listado remitido en enero del mismo año y sus siguientes actualizaciones⁶.

Las mediciones se realizarán en aquellos centros poblados en los cuales las empresas operadoras han declarado cobertura y que esta ha sido previamente verificada por el OSIPTEL.

La metodología de medición a ser utilizada será mediante la ejecución de pruebas con una periodicidad semestral; realizadas sobre la base de una muestra estadística representativa, en la cual se determinarán las zonas en las que se definirán rutas representativas para la implementación de las pruebas. Para ello, se considerarán zonas donde la empresa operadora manifiesta tener cobertura.

(...)"

4 "2. PUNTO DE OBSERVACIÓN Y RECOLECCION DE INFORMACIÓN

En concordancia con los numerales 3 de los Anexos 8, 9 y 10 del presente Reglamento, el punto de observación será la red del servicio móvil, considerando la cobertura declarada por las operadoras del servicio móvil. La información de las mediciones realizadas será recolectada de los equipos y/o terminales adecuados para tal fin

(...)"

⁵ Aprobado mediante Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTEL, y sus modificatorias

6 "Artículo 6. Declaración de centros poblados con cobertura

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL, a más tardar el décimo quinto día calendario de enero de cada año el listado con la totalidad de centros poblados urbanos y rurales para los cuales declara tener cobertura, según los requisitos establecidos en el Artículo 4 del presente Reglamento.

Posteriormente, remitirá de manera periódica, a más tardar, el décimo quinto día calendario de los meses de abril, julio y octubre de cada año, las actualizaciones al listado que únicamente incluyan los centros poblados urbanos y rurales con reciente habilitación de cobertura o en su caso, cuando hayan dejado de tenerla, con relación al listado remitido en enero del mismo año y sus siguientes actualizaciones. La información antes señalada será remitida conforme a lo dispuesto en los Anexos 5-A, 5-B y 5-C del presente Reglamento.

En los casos de los Centros Poblados con reciente habilitación de cobertura se deberá incluir en la actualización la fecha de inicio del servicio y presentar los documentos que acrediten dicha situación. Asimismo, en los casos de Centros Poblados previamente declarados con cobertura que hayan dejado de tenerla, se deberá incluir el motivo de dicha situación, y presentarse la documentación que acredite ello.

La habilitación de cobertura en un centro poblado, producida con posterioridad a la declaración realizada al OSIPTEL en los periodos antes señalados, será comunicada por escrito por la empresa operadora a más tardar al día hábil siguiente de presentada esta situación.
(Sin subrayado en original)



Ahora bien, en el presente caso se advierte que las mediciones del indicador CCS en el centro poblado de Huarmaca, se efectuaron en el segundo semestre de 2015⁷, toda vez que CLARO consignó dicho centro poblado con cobertura 2G y 3G, en el listado de la totalidad de centros poblados urbanos y rurales para los cuales declaró tener cobertura en enero de 2015⁸, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de Cobertura.

Corresponde mencionar que, si bien CLARO refiere que dicha declaración de cobertura se debió a un error voluntario, no ha acreditado que se trate de un error y que, en efecto, no contaba con cobertura.

Además, cabe resaltar que ni en las rectificaciones a dicho listado, ni en las actualizaciones presentadas en los meses de abril, julio y octubre de 2015, se advierte que CLARO haya eliminado la cobertura 3G del centro poblado de Huarmaca. Por lo tanto, el OSIPTEL se encontraba facultado a supervisar durante el segundo semestre del 2015, el indicador CCS, con la tecnología 3G, en el centro poblado de Huarmaca, acorde a lo establecido en el Reglamento de Calidad.

En tal sentido, toda vez que en las supervisiones efectuadas en el segundo semestre del año 2015, se verificó que en el centro poblado de Huarmaca, el valor objetivo del indicador CCS fue de 17.63%, el OSIPTEL se encontraba facultado a solicitar el Compromiso de Mejora.

Así, toda vez que el OSIPTEL a través de la carta C.01046-GFS/2016, notificada el 13 de mayo de 2016, solicitó a CLARO remita un Compromiso de Mejora con el objetivo de que cumpla con el valor objetivo del indicador CCS, con la tecnología 3G, en el centro poblado de Huarmaca y dicha empresa no cumplió con remitirlo⁹, se configuró la infracción tipificada en el Ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad.

Respecto a lo argumentado por CLARO, en el sentido que el 6 de julio de 2016 solicitó al OSIPTEL verifique que no contaba con cobertura 3G en dicho centro poblado, debe precisarse que cualquier supervisión que el OSIPTEL haya podido efectuar solo corroboraría que en un periodo posterior al segundo semestre del 2016, dicha empresa no contaría con cobertura del servicio de telefonía móvil con la tecnología 3G. Lo cual no la exime de responsabilidad por hechos cometidos con anterioridad. Por lo tanto, dicha actuación probatoria resultaba innecesaria.

⁷ Específicamente el 19 de noviembre de 2015.

⁸ De acuerdo al Informe N° 00092-GFS/2017, del 24 de febrero de 2017, en el que se supervisó el cumplimiento de las obligaciones establecidas, entre otros, en el artículos 6 del Reglamento de Cobertura, aplicables a CLARO, durante el año 2015, la referida empresa presentó las siguientes declaraciones.

N° de Entrega	Tipo	Centros Poblados	Documento de Entrega	Fecha de Entrega
Primera (1E)	Primer Listado	18 590	DMR/CE/N°109/15	15-01-15
	Rectificación 1	18 590	DMR/CE/N°222/15	30-01-15
	Rectificación 2	18 590	DMR/CE/N°437/15	26-01-15
	Rectificación 3	18 590	DMR/CE/N°508/15	09-03-15
	Rectificación 4	19 347	DMR/CE/N°641/15	23-03-15
Segunda (2E)	Actualización	622	DMR/CE/N°786/15	15-04-15
	Adicional	104	DMR/CE/N°1010/15	18-05-15
Tercera (3E)	Actualización	181	DMR/CE/N°1417/15	15-07-15
Cuarta (4E)	Actualización	9	DMR/CE/N°2061/15	15-10-15

Fuente: Informe 00092-GFS/2017

⁹ A pesar del requerimiento adicional formulado a través de la carta C.01290-GFS/2016.



En efecto, tal como se ha mencionado, CLARO declaró contar con cobertura del servicio móvil con tecnología 3G en el centro poblado de Huarmaca, en el año 2015, inclusive declaró lo mismo en el listado de centros poblados con cobertura de enero de 2016 y la actualización de abril de 2016.

Así, se advierte que recién en la actualización de centros poblados de julio de 2016, excluyó de la cobertura móvil 3G al centro poblado de Huarmaca, lo cual es posible de efectuar en función a lo establecido en el artículo 6° del Reglamento de Cobertura.

No obstante, si bien es posible que un centro poblado sea excluido de los centros poblados con cobertura, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Reglamento de Cobertura, ello no lo excluye del cumplimiento de las obligaciones que le eran exigibles durante el periodo que declaró que sí contaba con cobertura.

Finalmente, con relación a la información obrante en la web de CLARO respecto a los centros poblados con cobertura 2G y 3G, cabe reiterar lo indicado por la primera instancia, en el sentido que dicha información demostraría que en un periodo posterior al evaluado en la etapa de supervisión (15 de noviembre de 2016), dicha empresa no incluía -en la información disponible a sus usuarios- al centro poblado Huarmaca como una localidad con cobertura 3G. Lo cual no demostraría que se encontraba excluida de la obligación de cumplir con el indicador CCS y en caso de incumplimiento, remitir su Compromiso de Mejora.

5.2 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.

CLARO considera que se vulneró el Principio de Razonabilidad, en la medida que la primera instancia no ha considerado que la imposición de una sanción es la última ratio, y que en el presente caso no existe la necesidad de sanción y, en todo caso, pudo optarse por una medida menos gravosa.

Consideran que, en virtud al test de razonabilidad, se debió evaluar si una sanción era la medida más idónea, necesaria y proporcional, ante el supuesto incumplimiento atribuido, dada las particularidades del caso. Al respecto, refiere que la primera instancia no ha considerado debidamente que durante la tramitación del PAS, acreditó lo siguiente:

- i) Únicamente se garantizaba la prestación del servicio de telefonía móvil con 2G en el centro poblado de Huarmaca.
- ii) A mediados del mes de Julio 2016, dispuso la ejecución de labores de implementación y despliegue de una nueva óptica dorsal en de Piura, las mismas que culminaron a fines del año 2016.
- iii) Instaló el equipamiento necesario a fin de cumplir con el valor del indicador CCS en el centro poblado de Huarmaca, con la tecnología 3G, de acuerdo al Reglamento de Calidad. Indican que adjuntaron en su recurso de reconsideración un reporte fotográfico del equipamiento instalado, además ofrecieron un correo electrónico de fecha 19 de enero de 2017, a través del cual su área de red informó:
 - Que el inicio de la ejecución del proyecto de fibra óptica empezó en el mes de julio de 2016 y culminó en el mes de diciembre de 2016.



- Que el plazo de ejecución de las acciones adoptadas por su representada a fin de que el indicador CCS cumpla con el valor establecido en el Reglamento de Calidad, sería de tres (3) meses, por lo que ello podría ser verificado en el mes de abril de 2017.
- iv) Entre marzo y abril del año 2017, se presentaron fenómenos naturales y eventos climatológicos, que generaron complicaciones en la implementación de la cobertura 3G en el centro poblado de Huarmaca
- v) En el mes de junio de 2017 cumplió con el valor objetivo del indicador CCS en el centro poblado de Huarmaca, con la tecnología 3G (100%, de acuerdo a la acción de supervisión de fecha 27 de junio de 2017).

CLARO considera que, si bien la sanción de multa impuesta es menor al límite mínimo fijado para las infracciones calificadas como graves, ello no implica que la misma haya sido graduada conforme a los criterios que rigen la cuantificación de las sanciones administrativas, y por ende se configure como una medida razonable y proporcional. Con relación a los criterios de graduación señala lo siguiente:

- a. **Beneficio ilícito:** Considera que no existe un beneficio ilícito en la medida que en todo momento cumplió su obligación de remitir los Compromisos de Mejora de los indicadores de calidad CCS, CV y TEMT, correspondiente a los centros poblados observados con valores por debajo del valor objetivo. Refiere que, de los 390 Compromisos de Mejora solicitados para los semestres 2015-2S, 2016-1S, 2016-2S, 2017-1S y 2017-2S, cumplió con remitir 389 Compromisos de Mejora (99.74% de cumplimiento), existiendo un (1) único caso (materia del presente PAS) en el que no remitió el Compromiso de Mejora solicitado.

Asimismo, considera que si bien no remitió el Compromiso de Mejora, antes de la emisión de la Resolución N° 290-2017-GG/OSIPTEL, informó y acreditó el despliegue de inversiones económicas a fin de implementar no solo la cobertura "3G" en el centro poblado de Huarmaca, sino también la tecnología "4G, para cumplir con el indicador CCS.

- b. **Probabilidad de detección:** Señala que la primera instancia reconoció que se trata de una infracción cuya probabilidad de detección es muy alta.
- c. **Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:** Señala que en la medida que ha cumplido con remitir los Compromisos de Mejora en el 99.74% de los casos en los que le fueron solicitados, no puede afirmarse que tenga una política orientada a incumplir dicha obligación.

Asimismo, considera que la función supervisora del OSIPTEL, no se ha visto afectada en la medida que las acciones de supervisión constituyen funciones propias del órgano instructor (GSF), que ha podido efectuar.

- d. **Perjuicio económico causado.** Refiere que la primera instancia ha reconocido que no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico.



- e. **Reincidencia en la comisión de la infracción.** Sostiene que no se ha configurado reincidencia.
- f. **Circunstancias de la comisión de la infracción:** Aduce que no ha desconocido el incumplimiento, sino que solo alegó que no les correspondía presentar el Compromiso de Mejora. Considera que la primera instancia no debió descartar que acreditó un comportamiento posterior orientado a adecuar su conducta a lo establecido en el Reglamento de Calidad. Refiere además que, desde el inicio del PAS, puso a disposición del regulador la información correspondiente a las acciones que desplegarían para cumplir con el valor objetivo del indicador CCS, en la tecnología 3G, en el centro poblado de Huarmaca. Inclusive, señalan que su comportamiento fue más allá y de forma voluntaria y proactiva, implementaron la tecnología 4G en dicha localidad.
- g. **Intencionalidad en la conducta del infractor:** Refiere que la primera instancia ha reconocido que no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la Infracción.

En virtud a ello, CLARO considera que la primera instancia debió optar por la imposición de una medida menos gravosa como lo es la medida correctiva, toda vez que, si bien no remitió un Compromiso de Mejora dentro del plazo requerido por la GSF, antes de la emisión de la resolución de sanción, implementaron el servicio 3G en la localidad de Huarmaca, cumpliendo con el valor objetivo del indicador CCS, y, por ende, con la finalidad de la presentación del Compromiso de Mejora.

En tal sentido, CLARO solicita que en aplicación del RFIS y conforme al criterio contenido en la Resolución N° 087-2019-CD/OSIPTEL, se aplique una medida correctiva en la medida que concurren los siguientes supuestos: i) se trata de un reducido beneficio ilícito; ii) la probabilidad de detección es elevada; iii) no existen factores agravantes, y; iv) no se trata de una infracción muy grave.

Por lo tanto, considera que la primera instancia vulneró el Principio de Legalidad, al establecer exclusiones donde la norma no lo hace, en la medida que señaló que no correspondía aplicar una Medida Correctiva, toda vez que el incumplimiento configurado se ejecutó en el marco de un Compromiso de Mejora. Para CLARO el "Compromiso de Mejora" y la "Medida Correctiva" son figuras administrativas distintas y, por lo tanto, una no excluye a la otra, pues ello no ha sido expresamente exceptuado en el Artículo 23 del RFIS.

Finalmente, CLARO refiere que la primera instancia, vulneró su deber de debida motivación, en la medida que desestimó su recurso de reconsideración con argumentos sumamente escuetos y limitados sobre este extremo.

Sobre el particular, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, establece que 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.

Asimismo, el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. No obstante, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Adicionalmente, cabe tener en consideración que el Tribunal Constitucional ⁽¹⁰⁾ ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: (i) Idoneidad o de adecuación; (ii) Necesidad, y; (iii) Proporcionalidad en sentido estricto.

En virtud a ello, corresponde evaluar si la primera instancia aplicó debidamente los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), a efectos de determinar la sanción administrativa.

Asimismo, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad - asociado al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto -, corresponde analizar si la sanción administrativa, por el incumplimiento del envío del Compromiso de Mejora, conforme a lo previsto en el numeral 5 del Anexo 9 del Reglamento de Calidad, fue impuesta considerando en los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG.

Ahora bien, de la revisión de la Resolución N° 290-2017-GG/OSIPTEL, y del Informe N° 00150-PIA/2017 (numeral 1.5 de ambos documentos), que la sustenta, se advierte que la primera instancia sí efectuó una evaluación de los criterios del test de razonabilidad y la correspondiente observancia de sus tres dimensiones: adecuación, necesidad y proporcionalidad. Así:

1. **Con relación al juicio de idoneidad.** La primera instancia precisó que estamos frente a una infracción que no habría permitido obtener información relevante en el ejercicio y desarrollo de las funciones del OSIPTEL, con la finalidad de realizar una adecuada supervisión del servicio que brinda el concesionario conforme las obligaciones establecidas en su contrato de concesión.

¹⁰ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N° 00535-2009-PA/TC, N° 00034-2004-AI/TC y N° 045-2004-PI/TC.



Asimismo, que pesar de haberse utilizado un mecanismo de enforcement persuasivo con la finalidad de lograr el ajuste de su conducta, a efectos que brinde un servicio dentro de los parámetros de calidad establecidos por el Reglamento de Calidad, CLARO no remitió el Compromiso de Mejora correspondiente; por lo que, corresponde la adopción de una medida lo suficientemente disuasiva que permita que en el futuro, CLARO cumpla con su obligación.

A ello cabe agregar que se trata de una infracción que también incide directamente en la calidad de la prestación del servicio público móvil, toda vez que al no cumplirse con la programación oportuna de acciones de mejora, ello repercute en el incumplimiento del valor objetivo del indicador CCS, en el centro poblado de Huarmaca.

En efecto, se tiene que la presentación del Compromiso de Mejora hubiera conllevado a la oportuna programación de las acciones de mejora, conforme a lo establecido en el Reglamento de Calidad, que a su vez hubiera implicado que CLARO implemente sus acciones, como máximo, durante el segundo semestre del año 2016, y no en abril de 2017. Por lo tanto, existe un periodo en el cual los abonados y/o usuarios del centro poblado de Huarmaca se han continuado viendo afectados por la deficiente CCS 3G.

En tal sentido, si bien CLARO desplegó acciones posteriores para mejorar la CCS, en la tecnología 3G, en el centro poblado de Huarmaca, ello no ha conllevado a que se cumpla la finalidad de la presentación del Compromiso de Mejora, en la medida que a través de dicha obligación se persigue una oportuna implementación de las medidas destinadas a mejorar la CCS, en beneficio de los abonados y/o usuarios.

Cabe resaltar que el Compromiso de Mejora es una forma rápida reestablecer la observancia normativa en el menor tiempo posible. Así, pese a la oportunidad que reconoce el Reglamento de Calidad para que CLARO haya adoptado acciones oportunas y necesarias para brindar el servicio con la calidad que exige la normativa vigente, dicha empresa no cumplió con adecuar su conducta y asumir dicho compromiso.

Por lo tanto, se cumple el juicio de adecuación, para lograr un efecto disuasivo con la finalidad de que CLARO adelante asuma un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que sean necesarias para dar oportuno cumplimiento a sus obligaciones.

Cabe mencionar que el hecho que CLARO haya presentado Compromisos de Mejora en otros casos en los que le fueron solicitados, no la exime de responsabilidad en el presente PAS, en la medida que la obligación de presentar un Compromiso de Mejora es con relación a cada centro poblado en el que se detecta un deficiente cumplimiento del indicador CCS.

2. **Con relación al juicio de necesidad.** Se advierte que la primera instancia sí evaluó la posibilidad de imponer otras medidas, no obstante, ello fue descartado.



Así, se concluyó que no correspondía aplicar una comunicación preventiva en la medida que, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento General de Supervisión¹¹, éstas son emitidas en el marco de monitoreos respecto de determinada obligación, con la finalidad que adopte acciones para solucionar problemas detectados. No obstante, en el presente caso, no se han evidenciado problemas sino una infracción.

Por otra parte, se precisó que no correspondía la aplicación de una medida de advertencia, toda vez que el artículo 30 del Reglamento General de Supervisión, expresamente excluye su aplicación cuando la comisión del incumplimiento hubiera sido contemplada como parte de un Compromiso de Mejora contenido en la norma.

Asimismo, la primera instancia descartó la posibilidad de imponer una medida correctiva, en la medida que CLARO incumplió con su obligación a pesar de haberse utilizado un mecanismo de *enforcement* persuasivo con la finalidad de lograr el ajuste de su conducta, a efectos que brinde un servicio dentro de los parámetros establecidos en el Reglamento de Calidad.

Así, la primera instancia consideró que la sanción resultaba necesaria como mecanismo de disuasión, con la finalidad de que, a futuro, CLARO sea más cautelosa en el cumplimiento de sus obligaciones contempladas en el Reglamento de Calidad, en la medida que el aplicar otro mecanismo generaría un marco de impunidad que no sería saludable para el resguardo de la legalidad del marco normativo de telecomunicaciones.

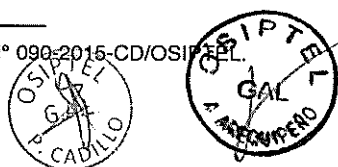
Sobre dicho extremo, esta Gerencia considera que, en efecto, toda vez que el mismo Reglamento de Calidad, regula la presentación de Compromisos de Mejora, como un mecanismo de *enforcement* previo a la imputación de la comisión de una infracción administrativa por el incumplimiento del valor de un indicador de calidad, corresponde recurrir a mecanismos más disuasivos.

En este contexto, debe resaltarse que si bien en el presente caso la probabilidad de detección es muy alta, sí existe un beneficio ilícito representado por los costos evitados por la empresa operadora para dar oportuno cumplimiento a su obligación para mejorar la CCS en el centro Poblado de Huarmaca, lo cual perjudicó a sus abonados y/o usuarios y existen otros elementos, por los que razonablemente, resulta necesario imponer una sanción y no una medida correctiva.

En tal sentido, debe resaltarse que la aplicación de una medida correctiva es una facultad discrecional del OSIPTEL, que debe ser evaluada en el caso en concreto. Por lo tanto, el hecho que el OSIPTEL haya aplicado en otros PAS una medida correctiva, en vez de una sanción, no conlleva a que en todos los casos dicha situación proceda, más aun considerando que a diferencia de los otros casos, en el presente PAS se ha evidenciado que:

- a) Se aplicó un mecanismo de *enforcement* previo;
- b) Ante el incumplimiento por parte de CLARO de remitir el Compromiso de Mejora para el indicador CCS, en la tecnología 3G, en el centro poblado

¹¹ Aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.



de Huarmaca, solicitado a través de la carta C.01046-GFS/2016, el OSIPTEL reiteró a dicha empresa que remita el Compromiso de Mejora, dada la importancia de que adecue oportunamente su conducta a lo establecido en el Reglamento de Calidad. No obstante, CLARO reitero su incumplimiento indicando que ello no correspondía, lo cual evidencia que más allá de buscar adecuar oportunamente su conducta, busco la manera de evadir su responsabilidad aduciendo que no contaba con cobertura 3G en dicho centro poblado, lo cual no ha sido acreditado¹².

- c) Se han visto afectados abonados y/o usuarios por la no entrega del Compromiso de Mejora que conlleve al oportuno desarrollo de acciones destinadas cumplir con el valor objetivo del indicador CCS.

En tal sentido, se cumple con el juicio de necesidad.

3. **Con relación al juicio de proporcionalidad.** Se advierte que la primera instancia evaluó los criterios establecidos en la normativa vigente a efectos de determinar la sanción a imponer.

Cabe indicar que, habiéndose descartado la imposición de otras medidas correspondía a la primera instancia tener en consideración que, acorde con lo establecido en el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), ante la comisión de una infracción grave corresponde imponer una multa de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT¹³.

Ahora bien, en el presente caso, se advierte que la primera instancia estableció el monto de la multa en el límite mínimo previsto, este es, cincuenta y uno (51) UIT, justamente teniendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG.

Debe resaltarse que, en aplicación del Principio de Legalidad, acorde a lo establecido en el referido artículo 25 de la LDFF, no es posible imponer una sanción de multa menor a cincuenta y uno (51) UIT, ante la comisión de una infracción grave, a menos que corresponda la aplicación de un factor atenuante.

Adicionalmente, se advierte que la primera instancia evaluó el comportamiento posterior desplegado por CLARO a efectos de determinar si correspondía aplicar

¹² Debe reiterarse que CLARO no ha presentado ni ofrecido medios probatorios que acrediten que durante el segundo semestre del 2015, no contaba con cobertura 3G en el centro poblado de Huarmaca. Así, las pruebas ofrecidas solo acreditarían que a partir del mes de julio del 2016, ya no habría contado con cobertura 3G en dicho centro poblado. Lo cual, reiteramos, no lo exime de responsabilidad por la comisión de infracciones que se hayan producido con anterioridad.

¹³ "Artículo 25.- **Calificación de infracciones y niveles de multa**

25.1 Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites mínimos y máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa mínima	Multa máxima
Leve	0.5 UIT	50 UIT
Grave	51 UIT	150 UIT
Muy Grave	151 UIT	350 UIT

(...)"



algún factor atenuante de responsabilidad, lo cual se será analizado en el siguiente numeral.

Por otra parte, cabe señalar que, el hecho que CLARO no se encuentre de acuerdo con los argumentos vertidos por la primera instancia, en la Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL y la Resolución Impugnada, no implica que esta haya sido indebidamente motivada.

De conformidad con los fundamentos expuestos, se considera que no se ha vulnerado los Principios de Razonabilidad ni Proporcionalidad.

5.3 Sobre la supuesta vulneración del principio de legalidad al no aplicar una condición atenuante establecida en el artículo 18 del RFIS.

CLARO alega que la primera instancia desestimó la aplicación del factor atenuante de responsabilidad previsto en el numeral i) del artículo 18° del RFIS, vinculado al cese de la conducta infractora, a pesar que sí reconoció que se produjo la reversión de los efectos derivados de la infracción imputada, situación que conllevó a que se reduzca la sanción de cincuenta y uno (51) UIT, en un 20%.

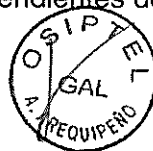
Refiere así que la primera instancia omitió valorar que a través de su escrito de descargos de fecha 20 de enero de 2017, acreditaron el cese de los actos que constituyeron infracción administrativa, toda vez que trasladaron a la GSF la siguiente información:

- i) El detalle de las acciones y/o actividades que había adoptado antes del inicio del PAS a fin de que el indicador del servicio móvil CCS en Huarmaca cumpla con los indicadores del Reglamento de Calidad, y;
- ii) El plazo de ejecución que les tomaría el despliegue de los mismos.

Agregan a ello que conforme a lo corroborado por la GSF, a través del informe N° 128-GSF/2017 de fecha 10 de agosto de 2017, ha confirmado que al 27 de junio de 2017, el servicio de cobertura móvil 3G brindado en el centro poblado de Huarmaca, cumple con el valor objetivo del indicador CCS, en tanto que llegó al 100%.

CLARO cuestiona que la primera instancia haya considerado que no es posible cesar la conducta infractora cuando las infracciones que se imputan son instantáneas, es decir, que se agotan en la mera realización de la conducta, por lo cual dicha situación no varía (cesa) por algún posible cumplimiento posterior por parte de la empresa operadora.

Al respecto, alega que dicha posición se contrapone con el pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo, en la Resolución N° 027-2018-CD/OSIPTEL (tramitada en el expediente N° 00003-2014-GG-GFS/PAS), en cuyo caso se redujo un 10% a la multa impuesta, al haberse configurado el atenuante de responsabilidad consistente en el cese de los actos u omisión que constituyeron infracción administrativa, toda vez que luego de transcurridos 421 y 521 días del plazo establecido por la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL, se remitieron los reportes de información periódica pendientes de entrega.



Considera que en el presente caso, así como en el tramitado en el expediente N° 00003-2014-GG-GFS/PAS, están relacionados a la entrega de información, razón por la cual resulta ilegal que se desestime la aplicación de la condición atenuante de responsabilidad prevista en el artículo 18 del RFIS, vinculada al cese de la conducta infractora.

Agrega a ello que un cambio de criterio vulnera el Principio de Buena Fe Procedimental y de Predictibilidad.

Sobre el particular, cabe precisar que el artículo 18° del RFIS¹⁴, modificado través de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 20 de abril de 2017 prevé como factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad 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.

Ahora bien, esta Gerencia advierte que en el presente caso, la infracción se encuentra vinculada a la obligación de remitir un Compromiso de Mejora con la finalidad de mejorar la CCS en el centro poblado de Huarmaca.

Así, la infracción se configuró ante la omisión de CLARO de entregar oportunamente, conforme le fue requerido por la GSF, el referido Compromiso de Mejora.

Ahora bien, si bien la infracción se ha configurado de manera instantánea, en la medida que la no entrega de dicho Compromiso de Mejora tendrá efectos que se mantendrán en el tiempo, es posible que el administrado cese su conducta, remitiendo el Compromiso de Mejora y desplegando las acciones necesarias que conlleven al cumplimiento del indicador CCS.

En este sentido, esta Gerencia considera que sí corresponde la aplicación del factor atenuante de responsabilidad por cese de la conducta infractora, toda vez que CLARO comunicó, en su escrito de descargos, las acciones que desplegarían para cumplir con el valor objetivo del indicador CCS en la tecnología 3G en el centro poblado de Huarmaca, así como las fechas de su implementación, lo cual fue verificado en la acción de supervisión de fecha 27 de junio de 2017 (cumplía al 100% con el valor objetivo del indicador CCS).

Cabe indicar que, atendiendo a la oportunidad del cese de la conducta, efectuado en mérito al inicio del PAS, corresponde reducir la sanción de multa inicialmente determinada en cincuenta y uno (51) UIT, en un diez por ciento (10%) adicional.

¹⁴ **Artículo 18°.- Graduación de las Sanciones y Beneficios por Pronto Pago.**

1) Son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de 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.

Los factores mencionados se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...)"



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 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 CLARO por la comisión de la infracción grave tipificada en el ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad, corresponderá publicar la resolución que expida dicho Colegiado.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación presentado por AMERICA MÓVIL PERÚ S.A.C, y, en consecuencia, modificar sanción de multa impuesta en la Resolución N° 00290-2017-GG/OSIPTEL, de cuarenta punto ocho (40.8) UIT, a treinta y cinco punto siete (35.7) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 10 del Anexo N° 15 del Reglamento de Calidad, al no haber remitido el Compromiso de Mejora para el indicador de calidad de servicio público móvil Calidad de Cobertura de Servicio (CCS), correspondiente al periodo de evaluación 2015-2S en el centro poblado de Huarmaca.

