



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
Nº 00113-2019-GG/OSIPTEL**

Lima, 14 de mayo de 2019

EXPEDIENTE N°	:	00101-2018-GG-GSF/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO: El Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF) N° 00025-GSF/2018 (Informe Final de Instrucción); por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL), por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL (TUO de las Condiciones de Uso), por cuanto habría incumplido lo dispuesto por el artículo 45° de la referida norma. Al respecto, cabe indicar lo siguiente:

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- Mediante el Informe de Supervisión N° 00191-GSF/SSDU/2018 (Informe de Supervisión) emitido el 25 de octubre de 2018, en el expediente de supervisión N° 00110-2018-GSF (Expediente de Supervisión), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) verificó el cumplimiento de las obligaciones por parte de AMÉRICA MÓVIL, de efectuar las devoluciones y/o descuentos a sus abonados por las interrupciones correspondientes al primer semestre del año 2017. Al respecto, concluyó lo siguiente:

“V. CONCLUSIONES

39. AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. no ha cumplido lo dispuesto en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, al no haber efectuado, dentro del plazo establecido el total de devoluciones, que le correspondía realizar respecto de las interrupciones de servicio ocurridas en el primer semestre de 2017, lo cual se evidenció, toda vez que:

- A los abonados de 6391 líneas (1,03% del total de 620 189 líneas activas), CLARO les devolvió menos de lo que les corresponde por un monto total de S/. 5 435,67 (0,94 % del total de S/. 575 856,16 que corresponde devolver por las 620 189 líneas activas).
- Las devoluciones efectuadas por CLARO respecto de 233 588 líneas activas se realizaron fuera del plazo (38,1 % del total de 613 798 líneas activas con devolución completa).

Las referidas conductas constituyen una infracción tipificada como leve de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Capítulo II del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por lo que corresponde a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador en este extremo”.

- Mediante carta N° C.01823-GSF/2018 notificada el 6 de noviembre de 2018, se comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS por presuntamente haber





incurrido en la infracción tipificada en el artículo 2 del Capítulo II del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido lo dispuesto el artículo 45° de la referida norma.

3. Mediante carta DMR/CE/N°1813/18 recibida el 9 de noviembre de 2018, AMÉRICA MÓVIL solicitó copia simple del íntegro del Expediente de Supervisión y el Expediente PAS, la cual fue atendida mediante carta C. 01877-GSF/2018, siendo que lo solicitado fue recibido el 14 de noviembre de 2018, tal como consta en el “Acta de entrega de copias” a folios 11 de los actuados.
4. A través del escrito N° DMR/CE/N°1829/18, recibido el 14 de noviembre de 2018, la empresa operadora solicitó una ampliación de veinte (20) días para la presentación de sus descargos. Dicho pedido fue concedido mediante carta N° C.01955-GSF/2018 notificada el 22 de noviembre de 2018, indicando expresamente que el plazo para presentar sus descargos vencía indefectiblemente el 11 de diciembre de 2018.
5. A través de la carta S/N, recibida el 11 de diciembre de 2018, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos (**Descargos 1**), solicitando la conclusión anticipada del PAS.
6. A través de la carta S/N, recibida el 18 de diciembre de 2018, AMÉRICA MÓVIL presentó acreditaciones de sus descargos 1. (**Descargos 2**)
7. Mediante la carta C. 02170-GSF/2018 notificada el 20 de diciembre de 2018, la GSF comunicó a AMÉRICA MÓVIL la realización de una acción de supervisión a llevarse a cabo el 26 de diciembre de 2018, con relación a las devoluciones efectuadas alegadas en sus descargos, cuya acta obra a folios 58 y 59 del expediente PAS.
8. Con carta C. 02239-GSF/2018 notificada el 2 de enero de 2019, la GSF requirió información a AMÉRICA MÓVIL respecto a 3 685 notas de crédito presentadas a fin de acreditar que cumplió con efectuar las devoluciones imputadas.
9. A través del escrito N° DMR/CE/N°026/19, recibido el 7 de enero de 2019, la empresa operadora solicitó una ampliación de tres (3) días para la presentación de la información requerida. Dicha solicitud fue concedida a través de la carta N° C.00090-GSF/2019 notificada el 11 de enero de 2019, indicando expresamente que el plazo para presentar sus descargos vencía perentoriamente el 10 de enero de 2019, fecha en la cual AMÉRICA MÓVIL remitió la información solicitada respecto a la aplicación de notas de crédito presentadas en sus descargos, a través de la carta DMR/CE/N°049/19.
10. A través del Informe N° 00013-GSF/SSDU/2019 de fecha 1 de febrero de 2019, la GSF verificó las devoluciones efectuadas por AMÉRICA MÓVIL por las interrupciones ocurridas en el primer semestre de 2017.
11. Con fecha 28 de febrero de 2019, la GSF remitió a la Gerencia General el Informe N° 00025-GSF/2019 (Informe Final de Instrucción), mediante el cual realizó el análisis de los descargos del PAS.
12. A través de la carta N° C.00256-GG/2019, notificada el 22 de marzo de 2019, se puso en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos, siendo que





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

a la fecha de emisión del presente Informe, AMÉRICA MÓVIL no ha presentado descargos al Informe Final de Instrucción.

13. Mediante Memorando N° 00341-GSF/2019 de fecha 15 de abril de 2019, la GSF remitió a la Gerencia General, modificaciones respecto a la información contenida en el INFORME 13 y en el Informe Final de Instrucción.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

De conformidad con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 2 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

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

El presente PAS se inició contra AMÉRICA MÓVIL al imputársele la presunta comisión de la Infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido lo dispuesto al artículo 45° de la misma norma- toda vez que no realizó las devoluciones correspondientes a interrupciones de servicios ocurridas - durante el primer semestre 2017.

Cabe señalar que el detalle de la casuística antes señalada -tickets y montos a devolverse encuentra en el Anexo 1 del Informe de Supervisión, el mismo que - conforme se ha indicado- fue notificado conjuntamente con la comunicación de imputación de cargos N° 01823-GSF/2018 notificada el 6 de noviembre de 2018.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado¹, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO, fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se

¹ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a AMÉRICA MÓVIL, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito y tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente PAS.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos de defensa presentados por AMÉRICA MÓVIL a través de sus Descargos 1 y 2 (descargos), respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

1. Análisis de los descargos.-

El artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso vigente —norma vigente al momento de comisión de la infracción, establece lo siguiente:

“Artículo 45°.- Interrupción del servicio por causas no atribuibles al abonado

Salvo las excepciones contenidas en la presente norma, en caso de interrupción del servicio debido a causas no atribuibles al abonado o usuario, la empresa operadora no podrá efectuar cobros correspondientes al período de duración de la interrupción, debiendo sujetarse a las siguientes reglas:

(i) Cuando la tarifa o renta fija correspondiente haya sido pagada en forma adelantada, la empresa operadora deberá devolver o compensar al abonado la parte proporcional al tiempo de interrupción del servicio, incluyendo el respectivo interés. En todos los casos, la devolución o compensación al abonado de las sumas que correspondan por dichos conceptos se realizará en la misma moneda en que se facturó el servicio, encontrándose la empresa operadora impedida de realizar dicha devolución o compensación a través de una forma de pago distinta.

En caso se trate de servicios que utilizan sistemas de tarjeta de pago, la empresa operadora deberá informar a OSIPTEL los mecanismos y metodología que utilizará para realizar la devolución o compensación a los abonados y usuarios.

La devolución o compensación se realizará conforme a los plazos establecidos en el artículo 40. (...).

(Sin subrayado el original)

Cabe indicar que, de acuerdo a la normativa vigente, para los eventos ocurridos a partir del 1 de octubre de 2015, ya no se requiere el análisis de causa para efectuar las devoluciones, dado que el origen de la interrupción es atribuible a las empresas operadoras, lo cual ha sido reconocido en el reporte de interrupciones que realiza en el Sistema de Reportes de Interrupciones del OSIPTEL (SISREP), el cómputo del plazo se iniciará a partir de la fecha del reporte en el SISREP, siempre que las interrupciones superen los sesenta (60) minutos. En el presente PAS, de acuerdo a lo señalado por la GSF en su Informe de Supervisión, el primer plazo venció el 3 de marzo de 2017.

A manera de antecedente, corresponde indicar que de acuerdo a lo señalado en el Informe Final de Instrucción, las interrupciones reportadas correspondientes al primer semestre de 2017, afectaron 624 017 líneas, sobre las cuales correspondía que AMÉRICA MÓVIL efectúe las devoluciones correspondientes. De la acción de supervisión llevada a cabo el 3 de octubre de 2018, se verificó lo siguiente:





- A los abonados de 6 391 líneas (1.03 % del total de 620 189 líneas activas), se devolvió menos de lo que les corresponde por un monto total de S/. 5 435, 67. (0.94% del total de S/. 575 856,16 que corresponde devolver por las 620 189 líneas).
- Las devoluciones efectuadas respecto de 233 588 líneas activas se realizaron fuera de plazo (38,1 % del total de 613 798 líneas activas con devolución completa).

AMÉRICA MÓVIL invoca a través de sus descargos la conclusión anticipada del PAS, en aplicación del atenuante de responsabilidad por reconocimiento de los hechos imputados en la notificación de cargos, para lo cual debemos remitirnos al análisis efectuado en el numeral 3.2 del acápite III del presente Informe.

1.1 Sobre las devoluciones efectuadas de forma parcial.-

En este extremo, se advierte que en el caso de 6 391² líneas activas, AMÉRICA MÓVIL procedió a efectuar devoluciones parciales, encontrándose pendiente de devolver la suma de S/. 5 435,67 soles, por lo que habría incumplido lo dispuesto por el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, al haber realizado devoluciones de forma parcial, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 1

Líneas	Devolución Parcial	Monto
Prepago	401	S/. 5 210,67
Postpago	5 990	S/. 225,00
Total	6 391	S/ 5 435,67

AMÉRICA MÓVIL a través de sus descargos, señala que las devoluciones efectuadas por un monto menor, se produjeron como consecuencia de una incorrecta determinación de los montos de devolución, situación que fue corregida de manera inmediata a la remisión de la notificación de cargos.

Así, alega haber realizado la totalidad de devoluciones, luego de la notificación de cargos, los días 12 y 28 de noviembre, así como 10 de diciembre de 2018, señalando que habría devuelto un monto total de S/. 12 974,90 (incluyendo intereses) y por tanto se habría configurado el cese y la reversión de la conducta infractora, adjuntado como acreditación un archivo excel en sus descargos 2, donde detalla las devoluciones efectuadas.

Del citado archivo excel, se ha verificado que respecto de las 5 990 líneas postpago del total de 6 391 líneas imputadas, 5 618 líneas estaban activas y 372 estaban inactivas.

Asimismo, de la revisión efectuada por la GSF a través del Informe N° 0013-GSF/SSDU/2019 (INFORME 13) y el Memorando N° 00341-GSF/2019³, se advierte que a la fecha, AMÉRICA MÓVIL mantiene el incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso; toda vez que de las 3 685 notas de

² Que corresponden a interrupciones que afectaron a los departamentos Moquegua, Amazonas, Cajamarca, Lima, Arequipa, Piura, Ancash, Tumbes, Ayacucho, La Libertad, Ica, Cusco, Lambayeque, Huánuco, Junín, Cajamarca, Ucayali, Madre De Dios y Pasco
³ Mediante el cual la GSF realiza una Fe de Erratas de información señalada en el INFORME 13 y en el Informe Final de Instrucción.





crédito que remitió a dicho órgano instructor a efectos de acreditar que cumplió con devolver el monto pendiente de pago a las líneas activas, solo ha emitido y ejecutado 2 913 notas de crédito correspondiente a 4584 líneas, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 2: Estado del incumplimiento al 10 de enero de 2019

	Devolución aplicada ²	Nota de crédito con aplicación pendiente ³	Líneas inactivas (devolución pendiente) ⁴	Total
N° de líneas	4 584	1 435	372	6 391
Monto devuelto (S/)	10 789,16	0,00	0,00	10 789,16
Monto por devolver (S/)	0	783,49	98,64	882,13

Fuente: Memorando N° 00341-GSF/2019

Como puede apreciarse, atendiendo a la información presentada mediante sus **Descargos 2**, la acción de supervisión llevada a cabo el 26 de diciembre de 2018 y lo verificado a través del INFORME 13, se tiene que a la fecha, si bien AMÉRICA MÓVIL efectuó devoluciones respecto de 4 584⁴ líneas; aún mantiene pendiente efectuar devoluciones respecto de 1 435 líneas activas postpago y 372 líneas desactivas postpago (1 807 líneas en total), de acuerdo al anexo 1 del presente pronunciamiento.

Corresponde señalar, que AMÉRICA MÓVIL tenía conocimiento de las obligaciones que como empresa operadora se encuentra obligada a cumplir, en el presente caso, específicamente a la obligación establecida en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, razón por la cual debió realizar todas las acciones necesarias para cumplir con ejecutar las devoluciones a los abonados afectados por la interrupciones **dentro del plazo establecido**; más aún cuando el deber de diligencia exigido a las empresas operadoras es superior al común exigido, ello en función a su grado de especialidad o porque desarrollan actividades en virtud de una concesión, motivo por el cual se le exige un óptimo nivel de diligencia.

En tal sentido, esta instancia verifica que se mantiene el incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a las devoluciones efectuadas de forma parcial, sin perjuicio de considerar las devoluciones efectuadas respecto a dicho extremo, en lo correspondiente a la graduación de la sanción.

En virtud de lo expuesto, corresponde desestimar lo alegado por la empresa operadora en este extremo.

1.2 **Sobre las devoluciones realizadas fuera de plazo.-**

De la revisión de los actuados, AMÉRICA MÓVIL tenía la obligación de realizar las devoluciones por las interrupciones de sus servicios a los dos (2) meses desde que se reportaron las interrupciones en el Sistema de Reporte de Interrupciones de Servicios Públicos (SISREP), las cuales se originaron entre el 9 de marzo de 2017 y el 22 de enero de 2018, según información proporcionada en el Anexo adjunto al Informe de Supervisión.

⁴ Comprende 401 líneas prepago y 4183 líneas postpago.





Al respecto, cabe precisar que el numeral 147.1 del artículo 147° del TUO de la LPAG dispone que, los plazos fijados por norma expresa, como es el caso de los plazos fijados en el TUO de las Condiciones de Uso son impostergables, salvo disposición habilitante en contrario.

Conviene advertir que respecto a las devoluciones extemporáneas, AMÉRICA MÓVIL no ha negado tal situación en sus descargos, verificándose que a manera de ejemplo, en el caso de mil trescientos cuarenta y cuatro (1 344) líneas activas, las devoluciones de produjeron incluso después de quinientos (500) días.

Cuadro N° 3

Líneas	Fuera de Plazo	Monto	Promedio de días en exceso
Prepago	221 721	S/. 304 349.17	37
Postpago	11 867	S/. 2 231,39	
Total	233 588	S/. 306 580,56	

Fuente: Expediente de Supervisión

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL no ha efectuado descargo alguno. No obstante, de la información que obra en el expediente de supervisión, se encuentra acreditado que dicha empresa operadora efectuó devoluciones fuera de plazo respecto de 233 588⁵ líneas por un monto total devuelto de S/. 306 580,56, tal como se detalla en el Anexo 2 del presente pronunciamiento.

2. Evaluación de eximentes de responsabilidad.-

Una vez determinada la comisión de la infracción en el presente caso; corresponde que esta instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RFIS.

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se produjeron como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Con relación a este eximente, se debe entender que por su propia naturaleza esta condición es aplicable en supuestos donde el administrado infractor es una persona natural respecto de la cual, se deberá

⁵ Correspondiente a interrupciones que afectaron a los departamentos Cajamarca, Junín, Pasco, Moquegua, Arequipa, Amazonas, Lima, Madre De Dios, Ancash, Piura, Tumbes, Ayacucho, La Libertad, Lambayeque, Cusco, Huánuco, Ica, Ucayali, Arequipa, Tacna, Puno.





acreditar el estado de incapacidad mental. Por tanto, no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.

- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debió al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a la que se refiere el inciso 3) del artículo 255° del TUO de la LPAG: A efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
 - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
 - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
 - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

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

En esa línea, Nieto⁶ - haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español - señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

En el presente caso, atendiendo a la información presentada por AMÉRICA MÓVIL y las supervisiones efectuadas por la GSF, se tiene que a la fecha, dicha empresa operadora realizó devoluciones fuera de plazo respecto de doscientos treinta y tres mil quinientos ochenta y ocho (233 588) líneas y respecto de 6 391 líneas a las cuales devolvió menos de lo que les correspondía, está pendiente de devolución lo que corresponde a mil cuatrocientos treinta y cinco líneas postpago activas (1 435) y trescientos setenta y dos (372) líneas postpago desactivas por un monto de S/. 783.49 y S/. 98.64, respectivamente (1 807 líneas en total, por un monto de S/. 882, 13).

⁶ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.





En ese sentido, siguiendo el análisis efectuado por la GSF en el Informe Final de Instrucción, AMÉRICA MÓVIL no habría cesado, a la fecha del presente informe, la totalidad de la conducta infractora tal como lo menciona en sus descargos, dado que mantiene devoluciones pendientes, asimismo las devoluciones parciales efectuadas fueron realizadas con posterioridad al inicio del presente PAS⁷.

De esta manera, para que proceda la subsanación de la conducta infractora, ésta debería haberse realizado con las devoluciones a la totalidad de afectados de las líneas imputadas, considerando que se trata de una única infracción (artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso).

Siendo así, contrario a lo señalado por la empresa operadora, no se ha producido el cese de la conducta, ni tampoco podría considerarse el resarcimiento o reversión del daño ocasionado y la disminución o desaparición de las consecuencias de la infracción, al mantenerse un saldo pendiente de devolución. Ello, sin perjuicio de considerar tales devoluciones parciales efectuadas en lo correspondiente a la graduación de la sanción.

Al respecto, el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 056-2018-CD/OSIPTEL, estableció que el cese de la conducta infractora así como la reversión de los efectos derivados de la infracción, deben verificarse respecto de todos los actos u omisiones por las que se atribuye responsabilidad a la empresa operadora. Por lo tanto, en el caso que respecto de algún acto u omisión constitutivo de la infracción no se verifique el cese de la conducta infractora o la reversión de los efectos derivados de dicha infracción, no corresponderá la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

Por tanto, esta instancia considera que no corresponde la aplicación del eximente de responsabilidad, establecido en el literal f) del artículo 257° del TUO de la LPAG.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.-

A fin de determinar la graduación de las sanciones a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

- i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:** Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30° de la LDFF (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

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

⁷ El 12 y 28 de noviembre de 2018 y, el 10 de diciembre de 2018.





beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, los casos de interrupciones de los servicios suscitadas por causas que no les resulten atribuibles, la empresa operadora no puede efectuar cobros correspondientes al período de duración de la interrupción.

En dicho contexto, el beneficio ilícito obtenido por AMÉRICA MÓVIL está representado por los montos que la empresa operadora no procedió a devolver o por realizar devoluciones en forma extemporánea, a favor de sus abonados afectados por las interrupciones reportadas durante el primer semestre del año 2017.

Finalmente, en el presente caso, el beneficio resultante de la comisión de las infracciones, se encuentra representado también por los costos evitados por la empresa operadora respecto a la contratación de personal que mantenga la información de abonados afectados (cuidado de la información) y/o la programación de las devoluciones en las facturas (programación de devoluciones), así como los costos necesarios para la adecuación y/o mantenimiento del sistema, con el fin de que se puedan realizar las devoluciones en forma adecuada.

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

En el caso de la verificación de las devoluciones efectuadas en el marco de lo dispuesto en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, cabe resaltar que, el OSIPTEL requiere, previo a la verificación de las devoluciones realizadas, contar con toda la información sobre la cantidad de afectados y los montos correspondientes a devolver, los cuales deben ser proporcionados por la propia empresa operadora.

Si bien la información enviada por las empresas operadoras no siempre es correcta ni completa; la GSF realiza supervisiones de las devoluciones de manera periódica (semestralmente), motivo por el cual, a diferencia de lo señalado por el órgano instructor, esta Instancia considera que su probabilidad de detección es alta.

- iii. **Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:**

Este criterio está contemplado también en los literales a y b) del artículo 30° de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

Con relación a este extremo, tal como se ha indicado previamente, de lo actuado se verifica que AMÉRICA MÓVIL afectó el derecho de los abonados de recibir oportunamente las devoluciones por cobros efectuados por interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones ocurridas en el primer semestre del año 2017, así como de recibir devoluciones completas, cuyas causas no les resultaban atribuibles; dado que efectuó devoluciones fuera de plazo respecto de 233 588 líneas





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

y asimismo de un total de 6 391 líneas a las cuales les había devuelto un monto menor a lo que les correspondía por un monto ascendente a S/. 5 435, 67, a la fecha solo ha devuelto lo que corresponde a 4 584 líneas, estando pendiente de devolución lo correspondiente a 1 807 líneas (1 435 activas y 372 desactivas) por un monto de S/. 882,13.

De esta manera, AMÉRICA MÓVIL habría incurrido en una infracción leve, con lo cual, correspondería la aplicación de una multa de entre 0.5 y 50 UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 25° de la LDFF.

- iv. **Perjuicio económico causado:** Este criterio hace referencia al daño de tipo pecuniario que pudiesen sufrir los administrados frente a comportamientos antijurídicos por parte de las empresas concesionarias.

En el presente caso, si bien no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico causado por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2, Capítulo II del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso; ello no significa que este no se haya producido, toda vez que conforme ha sido expuesto en el punto anterior, existe un perjuicio derivado de haber devuelto en forma parcial, así como no devolver oportunamente, lo que corresponde a los abonados por las interrupciones ocurridas.

En tal sentido, debe valorarse el hecho que aún existe mil ochocientos siete líneas (1 807) líneas pendientes de devolución (1 435 líneas postpago activas, por un monto de S/. 783.49 y 372 líneas postpago inactivas por un monto de S/. 98.64), haciendo un monto total de S/. 882,13 soles, cuyos abonados a la fecha no han recuperado lo indebidamente cobrado por parte de AMÉRICA MÓVIL. Esta situación podría haber generado un grave perjuicio a los afectados que aún no han recobrado el pago por un servicio que sin ser su responsabilidad fue interrumpido.

- v. **Reincidencia en la comisión de la infracción:** En este caso en particular, no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.
- vi. **Circunstancias de la comisión de la infracción:** En el presente PAS se advierte que AMÉRICA MÓVIL no tuvo una conducta diligente que de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido.

Si bien durante el trámite del presente PAS, AMÉRICA MÓVIL ha efectuado algunas devoluciones en relación a las 6 391 líneas a las cuales no les devolvió lo que correspondía por un monto de S/. 5 435,67, debe tenerse en cuenta que aún mantiene pendiente la devolución lo que corresponde a **1 435 líneas postpago activas**⁸, **por un monto de S/. 783,49** y **372 líneas postpago inactivas**⁹, **por un monto de S/. 98,64**. En tal sentido, solo ha devuelto lo que corresponde a 4 584 líneas activas, de las cuales 401 son prepago y 4183 son postpago), estando pendiente de devolución lo que corresponde a 1 807 líneas por un total de S/. 882,13 soles.

⁸ Dichas líneas corresponden a servicios de acceso dedicado a internet, cable, Comunicaciones Personales (PCS) y telefonía

fija, cuyos abonados pertenecen a los departamentos de Amazonas, Ancash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura y Ucayali (17 departamentos).

⁹ Dichas líneas corresponden a servicios de acceso dedicado a internet y telefonía fija, cuyos abonados se ubican en los departamentos de Arequipa, Cajamarca, Cusco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima y Piura (9 departamentos).





Asimismo, las devoluciones completas correspondientes a **233 588 líneas activas** (38, 1% del total) se efectuaron fuera de plazo con un promedio en exceso de 37 días (Ver cuadro N° 3).

Por tanto, aun cuando dicha empresa señala que sus Descargos 1 que a consecuencia de una incorrecta determinación e identificación de montos, las devoluciones no se realizaron de manera oportuna, cabe indicar que la implementación de procesos internos, es un hecho programado, cuyas especificaciones de requerimiento, diseño, desarrollo, y producción se encuentran bajo el control de quien ha tomado la decisión de implementarlo, por consiguiente, las medidas adoptadas por la empresa operadora para mitigar posibles problemas, debieron ser lo suficientemente idóneas para hacer frente a situaciones que ya habían sido identificadas¹⁰.

Por ende, si el argumento de AMÉRICA MÓVIL era excluirse de responsabilidad, debió haber sustentado que los hechos que ocasionaron su incumplimiento se debieron a una fuerza extraordinaria¹¹, así como que haya actuado con la diligencia ordinaria requerida, situación que no ha ocurrido en el presente caso, máxime cuando la supuesta incorrecta determinación e identificación de montos, ya había sido detectado por la propia empresa operadora desde las devoluciones del primer y segundo semestre del año 2016, por lo que dicha empresa debió implementar las medidas necesarias para que las devoluciones posteriores, como en este caso, el primer semestre del año 2017 se realizara oportunamente y sin contratiempos, lo cual no ocurrió.

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

En el presente PAS, no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones por el incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso.

En atención a los hechos acreditados, los criterios establecidos de graduación establecidos en el TUO de la LPAG, principalmente, el beneficio ilícito, probabilidad de detección y la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; y tomando en cuenta que el incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, afecta directamente el derecho de los abonados de recibir las devoluciones por cobros efectuados por interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones del primer semestre del año 2017, cuyas causas no les resultaban atribuibles; esta instancia considera que corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL con una multa de DOCE PUNTO CINCO (12.5) UIT por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso.

3.2 Respecto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257 del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

¹⁰ Cabe indicar que en sus Descargos del segundo semestre de 2016, AMÉRICA MÓVIL indicó lo mismo, esto es que se trató de una incorrecta determinación e identificación de los montos a devolver.

¹¹ Código Civil.

Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor.

Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario.





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

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

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

Siendo que en el presente caso -de acuerdo a lo señalado en este Informe- no han concurrido los supuestos antes mencionados, no podría ser aplicado el beneficio señalado; sin embargo, procederemos a analizar si se han configurado los factores atenuantes de responsabilidad establecidos por el artículo 18° del RFIS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL (que modificó el texto original del RFIS), por corresponder a una norma más beneficiosa y vigente a la fecha de imposición de la sanción:

- **Reconocimiento de responsabilidad:** AMÉRICA MÓVIL, alega en sus **descargos 1 y 2**, que reconoce de manera expresa su responsabilidad por el incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, habiendo expresado lo siguiente en sus descargos 1:

*“20. Al respecto, tenemos a bien hacer de vuestro conocimiento que nuestra representada ha considerado pertinente **el reconocimiento de los hechos imputados a través de la Notificación de Cargos.** (...)” (Lo subrayado es nuestro).*

Sobre el particular, corresponde señalar que, dicha condición atenuante de responsabilidad se encuentra regulada por el literal a) numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG y el literal i) del artículo 18° del RFIS, entendiéndose a la misma como un reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de “forma expresa y por escrito”.

Al respecto, el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL, estableció que el reconocimiento de responsabilidad tiene como uno de sus fines que el procedimiento administrativo sancionador pueda finalizar de manera rápida y efectiva, debido a que el infractor está reconociendo que cometió la infracción; debiendo efectuarse de forma precisa y clara, y no debe contener expresiones ambiguas, poco claras o contradictorias al reconocimiento mismo. En esa línea, la aplicación de este supuesto atenuante no puede darse de manera subordinada ante la





denegatoria de su pretensión principal, referida a que se le exonere de responsabilidad.

Así pues, de la evaluación de los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL de manera posterior al inicio del presente PAS, (descargos 1 y 2) se advierte que dicho reconocimiento se habría efectuado de manera expresa y por escrito.

En tal sentido, esta Instancia considera que en el presente caso, resulta aplicable dicho factor atenuante de la responsabilidad establecida en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RFIS, por lo tanto correspondería realizar un descuento en el *quantum* de la multa base en un 20%¹².

- **Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa:**

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL alega en sus descargos que se ha configurado el cese y la reversión de los efectos de la conducta infractora dado que habría cumplido con devolver lo correspondiente a las 6 391 líneas a las cuales devolvió de forma parcial, en la medida que habría devuelto S/ 12 974,90 soles (que incluye intereses), que representa un 231% en exceso al monto que correspondía devolver (S/. 5 435,67).

Sin embargo, de acuerdo al cuadro N° 2 y tal como ha sido analizado de manera previa se verifica que AMÉRICA MÓVIL no ha cesado la totalidad de los actos y omisiones constitutivos de la infracción imputada (Artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso), en tanto mantiene pendiente un saldo a devolver, por lo que esta Instancia considera que no hay cese de los actos u omisiones que constituyen la infracción administrativa imputada.

- **Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa:**

Sobre el particular, es preciso indicar que a la fecha del presente informe no se han revertido los efectos de la conducta infractora, puesto que no se ha efectuado el cese de las conductas imputadas.

- **En cuanto a la implementación de medidas, alegada por AMÉRICA MÓVIL:**

AMÉRICA MÓVIL señala en sus descargos 2 que desde el mes de julio de 2018 ha implementado el área Gestión de Información – adscrita a la Dirección de Tecnología de la Información - TI, encargada de ejecutar los procesos de devoluciones por las interrupciones ocurridas en los servicios públicos de telecomunicaciones, adjuntando un *print* de correo remitido a sus colaboradores sobre la implementación de dicho sistema, señalando el equipo a cargo de dicha área y señalando el responsable de la misma.

Asimismo, manifiesta que se viene culminando las labores técnicas necesarias para automatizar el procedimiento de devoluciones a través de un sistema cuyo alcance será: *i) registrar documentación, ii) generar la base afectada, iii) generar el monto a devolver, iv) controlar la calidad de la data para asegurar el monto a devolver, v) un workflow de aprobaciones, y, vi) la emisión del reporte final de la devolución.*

En tal sentido, alega que a fin de no reincidir en la conducta imputada, su

¹² En la medida que el reconocimiento se efectuó en la primera oportunidad que tuvo la empresa para efectuar el reconocimiento, esto es a través de sus descargos a la imputación de cargos (descargos 1).





representada viene desplegando los mayores esfuerzos para dar estricto cumplimiento a las obligaciones dispuestas en el TUO de las Condiciones de Uso, específicamente el artículo 45°.

Sobre el particular, corresponde señalar que si bien AMÉRICA MÓVIL señala que se ha implementado un área a cargo de realizar las devoluciones por interrupciones en los servicios de telecomunicaciones a través de un sistema, adjuntando un correo, diagramas de estructura y conformación del mismo.

No obstante, se verifica que dicha empresa no ha aportado documentación adicional que demuestre la funcionalidad de dicho sistema teniendo en cuenta que desde julio a diciembre de 2018, mes de presentación de sus descargos ha transcurrido casi medio año, lo cual evidenciaría que no se ha adoptado medidas para evitar incumplir el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, dado que si bien se ha señalado las acciones que realizaría dicho sistema no se muestra resultados del mismo.

Por último, se debe tener en cuenta que AMÉRICA MÓVIL usó los mismos argumentos en sus descargos respecto a las supuestas medidas implementadas con relación al incumplimiento de devoluciones por interrupciones ocurridas en el segundo semestre 2016 (Expediente 51-2018-GG-GSF/PAS); no obstante que pese a ello, se advirtió el incumplimiento que es materia del presente PAS.

3.3 Capacidad económica del sancionado

El artículo 25° de la LDFP establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2018, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por AMÉRICA MÓVIL en el año 2017.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C con una con una **MULTA de DIEZ (10) UIT** por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012- CD/OSIPTEL, al haber incumplido con lo dispuesto en artículo 45° de la referida norma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- La multas que se cancelen íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL, la notificación de la presente resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C, la copia del Memorando N° 00341-GSF/2019 de fecha 15 de abril de 2019, conjuntamente





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

con los anexos 1 y 2 contenido en un (1) DISCO COMPACTO (CD) y las Resoluciones N° 092-2017-CD/OSIPTTEL y N° 056-2018-CD/OSIPTTEL del Consejo Directivo.

Artículo 4º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTTEL, la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTTEL (www.osiptel.gob.pe), en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

