

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 063-2012-GG/OSIPTEL**

Lima, 20 de febrero de 2012

EXPEDIENTE N°	:	00004-2011-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO el Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión del OSIPTEL (GFS) N° 725-GFS/2011, por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento previo de determinación de infracción iniciado a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL), por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (Condiciones de Uso), al haber incumplido con lo dispuesto por el artículo 6° de la referida norma.

I. ANTECEDENTES

1. El OSIPTEL es un organismo de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, creado y regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285 y por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
2. 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 (Reglamento del OSIPTEL), dicho 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.
3. En ejercicio de sus competencias y atribuciones, el Consejo Directivo del OSIPTEL expidió el 11 de febrero de 1999 el Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), publicado el 14 de febrero de 1999, que recoge las conductas u omisiones calificadas como infracciones administrativas en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, y en el que se establece un régimen de sanciones aplicable a las empresas operadoras infractoras. El 7 de setiembre de 2001 y el 1 de octubre de 2005

se publicaron las Resoluciones números 048-2001-CD/OSIPTEL y 058-2005-CD/OSIPTEL respectivamente que modifican diversos artículos del RGIS.

4. AMÉRICA MÓVIL es una empresa concesionaria para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, y como tal está obligada a cumplir las disposiciones establecidas en el marco normativo vigente y en sus respectivos contratos, encontrándose dentro del ámbito de la función supervisora del OSIPTEL.

II. HECHOS

1. El 21 de enero de 2011, la GFS emitió el Informe de Supervisión N° 059-GFS/2011 (Informe de Supervisión), en el cual concluyó lo siguiente:

IV.- CONCLUSIÓN y RECOMENDACIÓN

4.1 CONCLUSIÓN

La empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. ha proporcionado a los usuarios información contraria a lo dispuesto en la normativa vigente (específicamente, a las disposiciones contenidas en el “Reglamento de Portabilidad Numérica en los Servicios Públicos Móviles”); por lo tanto, ha vulnerado el derecho de toda persona de recibir la información necesaria para tomar una decisión o elección adecuadamente informada en la contratación de un servicio público de telecomunicaciones, así como ha incumplido su deber de brindar información veraz y precisa conforme a lo dispuesto por el artículo 6° de las Condiciones de Uso.

Dado que el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, corresponde proceder a iniciar un procedimiento administrativo sancionador en tal extremo. Por lo expuesto, corresponde dar por concluida la presente supervisión y proceder al cierre del expediente.

2. Mediante carta C.181-GFS/2011, notificada el 14 de febrero de 2011, se comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° de la norma mencionada, al brindar a sus usuarios información que no era veraz, ni precisa de acuerdo a lo dispuesto en la normativa vigente, específicamente en lo referido a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Portabilidad Numérica en los Servicios Públicos Móviles (Reglamento de Portabilidad), aprobado mediante Resolución N° 044-2008-CD/OSIPTEL.
3. AMÉRICA MÓVIL a través de la carta DMR/CE/N° 171/11, recibida el 21 de febrero de 2011, solicitó un plazo adicional de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos. La GFS mediante correo electrónico de fecha 22 de febrero de 2011,

concedió la ampliación de plazo solicitada, estableciendo como fecha máxima de presentación de los descargos el 14 de marzo de 2011.

4. Mediante carta DMR/CE/N° 254/11, recibida con fecha 14 de marzo de 2011, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.
5. Mediante carta C.484-GFS/2011, notificada el 13 de abril de 2011, se comunicó a AMÉRICA MÓVIL la variación de los hechos que calificarían como infracción administrativa y en virtud de los cuales se inició el presente PAS. Asimismo, se rectificó de oficio el error material incurrido en el informe N° 059-GFS/2011.
6. Mediante Carta DMR/CE/N°465/11, recibida el 29 de abril de 2011, AMÉRICA MÓVIL presentó la ampliación de sus descargos.
7. Mediante Informe N° 725-GFS/2011, la GFS concluyó y recomendó lo siguiente:

VI. CONCLUSIONES

110. AMÉRICA MÓVIL PERU S.A.C. incurrió en la conducta tipificada en el artículo 3° del Anexo 5, Régimen de Infracciones y Sanciones, de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y su modificatorias, al haber incumplido lo dispuesto por el artículo 6° de la referida norma.

VII. RECOMENDACIONES

111. Se recomienda sancionar a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con una multa equivalente a 130 UIT por haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 3° del Anexo 5, Régimen de Infracciones y Sanciones, de las Condiciones de Uso.

III. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El presente PAS se inició contra AMÉRICA MÓVIL al imputársele el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, norma que establece lo siguiente:

Artículo 6°.- Información básica a ser proporcionada por la empresa operadora

Toda persona tiene derecho a recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información, clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo sobre:

(...)

(Sin subrayado en el original)

De acuerdo al Informe de Supervisión que sustenta el inicio del presente PAS, AMÉRICA MÓVIL habría incumplido lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, al brindar a sus usuarios información que no era veraz, ni precisa en lo referido a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Portabilidad, lo que habría vulnerado el derecho de toda persona de recibir la información necesaria para tomar una decisión o elección adecuadamente informada con relación a la portabilidad numérica.

En tal sentido, la GFS consideró que AMÉRICA MÓVIL no cumplió con lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, incumplimiento que se encuentra tipificado como infracción grave en el artículo 3º del Anexo 5 de dicha norma⁽¹⁾.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), Ley N° 27444, 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 perjudicado⁽²⁾, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Por consiguiente, prosigue analizar los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL respecto a la imputación de cargos formulada por la GFS.

1. Análisis de los descargos

1.1. Sobre la llamada del 26 de mayo de 2010

De los hechos acontecidos en relación al presente PAS, se advierte que en la carta C.484-GFS/2011 recibida por AMÉRICA MÓVIL el 13 de abril de 2011, la GFS procedió a la variación de los hechos que califican como infracción administrativa –entre otros– respecto de la llamada efectuada el 26 de mayo de 2010 en la ciudad de Arequipa, sustentando dicha variación en que en la comunicación de intento de sanción –carta C.181-GFS/2011– se consignó una transcripción que no era la que pertenecía a dicha ciudad.

Al respecto, el artículo 20º de la Ley del Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (LDFF) dispone lo siguiente:

Artículo 20.- Transcripción de las grabaciones

21.1 Las transcripciones de las grabaciones de las declaraciones realizadas durante una acción de supervisión requiere ser certificada por un funcionario de OSIPTEL para ser considerados instrumentos públicos.

¹ Así, se observa que el artículo 3 del Anexo 5 de las Condiciones de Uso establece que, constituye infracción grave los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: 3 (segundo párrafo), 4 (primer y tercer párrafo), 6, 8, 10, 17, 27, 30, 31, 32, 56, 57, 58, 63, 68, 73, 78 (tercer párrafo), 79, Sexta Disposición Final y Séptima Disposición Final.

² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Lima: ARA Editores, 2003. 1ª ed., Pág. 539.

21.2 Los interesados podrán solicitar el cotejo de la transcripción con la versión grabada, a fin de comprobar su exactitud. Para tales efectos, las grabaciones deberán estar a disposición de las entidades supervisadas involucradas.

No obstante lo señalado, la transcripción de la mencionada llamada del 26 de mayo de 2010, no obra en el presente expediente ni el expediente de supervisión N° 0090-2010-GG-GFS, por tal motivo no puede considerarse dicha llamada a efectos del análisis de la comisión de la infracción; por tanto, y en observancia del Principio del Debido Procedimiento, corresponde archivar este extremo del presente PAS.

1.2. Sobre la competencia de la GFS como Órgano Instructor del presente PAS

AMÉRICA MÓVIL en sus descargos cuestiona la competencia de la GFS respecto al inicio y tramitación del presente procedimiento sancionador, sosteniendo que según es posible verificar de los discos compactos que contienen las llamadas de prueba realizadas a su servicio de atención al cliente (123), los funcionarios que realizaron tales acciones de supervisión son los señores Jorge Luis Murillo Herrera y Luis Alberto Saavedra Machaca, ambos funcionarios de las Oficinas Desconcentradas del OSIPTEL, quienes forman parte de la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, y no de la GFS. En base a ello, AMÉRICA MÓVIL afirma que el inicio del presente procedimiento, sancionador contraviene de manera objetiva y directa lo establecido en el artículo 54° del RGIS, puesto que la gerencia del OSIPTEL que detectó la posible infracción no fue la GFS.

Sobre el particular, la LPAG⁽³⁾ prescribe que el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto. Asimismo, el artículo 234° de la LPAG, y de manera específica el artículo 27° de la LDFP establecen la exigencia de diferenciar el órgano instructor del órgano resolutorio, dentro de los procedimientos administrativos sancionadores. En esta línea, conforme al Principio del Debido Procedimiento, la competencia de los órganos de instrucción de un procedimiento administrativo sancionador debe estar **predeterminada** a nivel normativo, no pudiendo desviarse de la autoridad competente de manera arbitraria.

En el caso del OSIPTEL, el artículo 54° del RGIS dispone que en los casos de infracciones cuya sanción sea de competencia de la Gerencia General, resultará competente para el inicio del procedimiento administrativo sancionador la Gerencia del OSIPTEL que “detecte la infracción”. No obstante, debe considerarse que el 3 de diciembre de 2010 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, norma que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, designándose a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión como órgano de instrucción en los procedimientos sancionadores, cuya competencia sea de la Gerencia General. Para tal efecto, dicha norma dispuso la creación de la Subgerencia de Prevención, Instrucción y Asuntos Normativos, la misma que tendría a su cargo el desarrollo de la etapa instructiva de los procedimientos administrativos sancionadores que se iniciaran a partir de la fecha antes referida.

³ **Artículo 231.- Estabilidad de la competencia para la potestad sancionadora**

El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria, sin que pueda asumirla o delegarse en órgano distinto.

En esa línea, si bien las acciones de supervisión que motivan el inicio del presente PAS fueron efectuadas durante la vigencia de lo dispuesto en el artículo 54° del RGIS, el inicio del PAS se efectuó una vez aprobado el nuevo régimen de competencia establecido en el Decreto Supremo N° 104-2010- PCM⁽⁴⁾.

Resulta necesario mencionar que la Constitución Política del Perú de 1993 prevé de manera general la regla de la aplicación de la ley en el tiempo, estableciendo que las normas nuevas resultan de aplicación desde su entrada en vigencia e incluso a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. En tal sentido, la aplicación de la norma en el tiempo se sujeta a la denominada “teoría de los hechos cumplidos”, según la cual, la normativa se aplica de manera inmediata a toda circunstancia⁽⁵⁾, entendiéndose por tal a aquella relación o situación jurídica subsumible en el supuesto de hecho de la nueva norma⁽⁶⁾.

Cabe señalar que en el caso del PAS, la relación jurídico-procedimental se inicia formalmente con la comunicación de cargos efectuada al administrado, siendo que de manera previa a dicho acto no existe una relación jurídica, en la medida que no se ha dado inicio al procedimiento administrativo. Siendo así, no forman parte de la relación jurídico-procedimental las actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección efectuadas en el marco de lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 235°⁽⁷⁾ de la LPAG, con

⁴ (...)

SUB CAPITULO II
Gerencia de Fiscalización y Supervisión

Artículo 39°.- Finalidad

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión es el órgano de línea que supervisa y promueve el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL a nivel nacional.

Asimismo, se encarga de emitir medidas preventivas, recomienda la imposición de medidas correctivas y cautelares, así como, realiza la labor de órgano instructor en los procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General, en primera instancia administrativa.

(...)

6.2.3 Subgerencia Prevención, Instrucción y Asuntos Normativos

Artículo 45°.- Finalidad

La Subgerencia de Prevención, Instrucción y Asuntos Normativos depende de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión. Esta encargada de verificar el cumplimiento de la normativa vigente por parte de las empresas operadoras. Asimismo, establece acciones de prevención y aplica las medidas y/o procedimientos administrativos que correspondan ante los posibles incumplimientos detectados a la normativa vigente por parte de las empresas operadoras.

Art. 46°.- Funciones

(...)

g. Desarrollar la etapa instructiva de los procedimientos administrativos sancionadores (PAS).

(...)

(Sin subrayado en el original).

⁵ RUBIO CORREA, Marcial. Título Preliminar. Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. III. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1993. P. 63.

⁶ Véase al respecto la STC de fecha 16 de mayo de 2007 (Expediente N° 002-2006-PI/TC).

⁷ Artículo 235°.- Procedimiento sancionador
Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación del respectivo procedimiento sancionador. En ese sentido, en el caso en particular, la relación jurídico-procedimental entre AMÉRICA MÓVIL y el OSIPTEL se inicia el 11 de febrero de 2011, mediante la notificación de la carta N° C.181-GFS/2011, a través de la cual se da inicio al procedimiento administrativo sancionador.

Como se advierte, nos encontramos frente a la aplicación inmediata de una norma, entendiéndose por tal “(...) *aquella que se hace a los hechos, relaciones y situaciones que ocurren mientras tiene vigencia, es decir, entre el momento en que entra en vigencia y aquél en que es derogada o modificada*”⁽⁸⁾. Efectivamente, en la medida que la relación jurídico-procedimental no existía a la fecha de entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 104-2010-PCM, la determinación del órgano instructor se rige por la regla vigente al momento en que dicha relación jurídica se instaura, es decir al momento en que se efectúa la notificación de cargos a AMÉRICA MÓVIL, lo cual ocurre el 11 de febrero de 2011, fecha en la que se encontraba vigente el referido Decreto Supremo.

De acuerdo a lo expuesto, queda acreditada que la GFS es el órgano competente para efectos de la instrucción del presente procedimiento sancionador por los hechos acontecidos durante las acciones de supervisión referidas a las llamadas de prueba efectuadas en los meses de mayo y julio de 2010, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 104-2010-PCM.

1.3. Sobre la incorporación de las llamadas de prueba en el expediente de supervisión N° 0090-2010-GG-GFS

De otro lado, AMÉRICA MÓVIL en sus descargos señala que todas las llamadas de prueba realizadas a su servicio de atención al cliente, e incorporadas en el expediente de supervisión N° 0090-2010-GG-GFS que sustenta el PAS devienen en nulas, lo cual configura a su vez la nulidad del presente procedimiento.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que en el expediente de supervisión N° 0090-2010-GG-GFS la Gerencia General habría autorizado a la GFS únicamente a realizar acciones con aviso previo, sin embargo las llamadas incorporadas constituyen acciones sin aviso previo, no existiendo ningún documento que modifique sus alcances, lo cual supone la vulneración del debido procedimiento administrativo, causándole indefensión.

Sobre el particular, es preciso indicar que el expediente de supervisión N° 0090-2010-GFS no se inició con la única finalidad de atender el requerimiento realizado, a través del Memorandum N° 435-GG/2009, referido a verificar la información de los argumentarios o instructivos que utilizan las empresa operadoras para atender a sus usuarios. En efecto, tal y como se indica en el Plan de Supervisión del citado expediente, el objetivo de las acciones

(...)

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

⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. P. 57.

de supervisión a ser tramitadas comprendía la verificación del cumplimiento por parte de AMÉRICA MÓVIL de lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso de manera general, dejándose abierta la posibilidad de que la supervisión pueda comprender la verificación del cumplimiento de obligaciones previstas en otra norma⁽⁹⁾.

En esa línea, no puede considerarse que las acciones de supervisión comprendidas en el expediente se encontraban limitadas a lo previsto en el aludido memorándum, referido a la verificación de los instructivos utilizados por los asesores comerciales de las empresas operadoras mediante una acción con aviso previo en sus oficinas de atención al cliente; puesto que, tal y como se ha señalado, el objetivo del Plan de Supervisión era verificar, de manera genérica, el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, encontrándose facultada la GFS para utilizar cualquiera de las acciones previstas por la normativa para cumplir con su objetivo. Así, el artículo 12º de la LDFF prevé que las acciones de supervisión puedan desarrollarse indistintamente dentro de tres categorías, no excluyentes entre sí: a) de oficio o a pedido de parte; b) con o sin citación previa y; c) en las oficinas del OSIPTEL, las instalaciones de la empresa supervisada u otros lugares.

En atención a lo indicado, el requerimiento específico efectuado por la Gerencia General del OSIPTEL si bien se encuadra dentro del objeto de supervisión del referido artículo, no determina los alcances ni la modalidad a emplear para su supervisión.

De otro lado, es preciso dilucidar las afirmaciones de AMÉRICA MÓVIL, las mismas que conllevarían a concluir que la GFS en cada actuación que realice, con ocasión a un determinado expediente de supervisión, debe contar con una autorización previa y específica por parte de la Gerencia General, caso contrario sus actuaciones incurrirían en causal de nulidad. Sobre el particular, el artículo 37º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, estipula que para el desarrollo de sus funciones, la Gerencia General contará con el apoyo de una o más Gerencias de línea, las que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis que correspondan. Cabe señalar que en tal contexto, la GFS es el órgano de línea del OSIPTEL que tiene por finalidad y funciones, entre otras, la de supervisar el cumplimiento de la normativa del sector, conforme lo dispone el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL⁽¹⁰⁾.

⁹ Tal y como se indica en el Objetivo del Plan de Supervisión respecto de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6º de las Condiciones de Uso, por parte de la empresa operadora AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.:

I. OBJETIVO

Verificar el cumplimiento por parte de la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. de lo dispuesto por el artículo 6º de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Condiciones de Uso) respecto a su obligación a cargo de las empresas operadoras de brindar previamente a la contratación y en cualquier momento en que sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa.

Asimismo, es oportuno señalar que el desarrollo de la presente supervisión podrá comprender la verificación del cumplimiento de obligaciones adicionales contenidas en el marco legal vigente, de acuerdo a los resultados obtenidos en cada acción específica. (...)

¹⁰ El Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 032-2002-CD/OSIPTEL, disponía lo siguiente:

8.6. Gerencia de Fiscalización

8.6.1. Finalidad

De lo antes señalado, se concluye que la Gerencia General es la titular de la función supervisora y para ello cuenta con el apoyo de la GFS, quien es el órgano de línea en el cual reposa el ejercicio de dicha función. En tal sentido, no resulta necesario que la GFS cuente en cada acción de supervisión que lleve a cabo, de alguna competencia o autorización específica que determine los alcances de los planes y/o métodos de supervisión, puesto que por la naturaleza de la labor que realiza, dicha gerencia goza de las facultades de supervisión, las cuales le son inherentes a todos sus funcionarios.

Adicionalmente, corresponde destacar la vinculación existente entre la “competencia u autorización” y la “designación” para la realización de las acciones de supervisión. Efectivamente, al tratarse del ejercicio de la función supervisora, la misma que se desarrolla mediante una serie de actividades que incluyen la realización de acciones de supervisión, la competencia de la GFS está dada por su designación como órgano de apoyo de la Gerencia General para el desarrollo de dicha función supervisora. No obstante, dicha designación se extiende para otras gerencias o funcionarios del OSIPTEL designados para tales efectos, como ocurre en el caso del Memorándum N° 209-GG/2099 de fecha 5 de junio de 2009, mediante el cual la Gerencia General encarga las funciones de supervisión a los supervisores de las Oficinas Desconcentradas:

Es el órgano de línea encargado de ejecutar supervisiones a las operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y a quienes realizan actividades sujetas a la competencia de OSIPTEL, tendientes a cautelar el cumplimiento de las normas, dispositivos, reglamentos y compromisos contractuales suscritos, así como otros aspectos previstos por la legislación.

8.6.2 Funciones

Entre sus funciones se encuentran las siguientes:

Supervisar el cumplimiento, por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a la competencia de OSIPTEL, de sus obligaciones legales, contractuales o de aquellas dictadas por OSIPTEL en ejercicio de sus funciones. (...)

De igual forma, en el actual Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL actualmente vigente, aprobado mediante Decreto Supremo N° 104-2010- PCM se dispone:

(...)

SUB CAPITULO II Gerencia de Fiscalización y Supervisión

Artículo 39º.- Finalidad

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión es el órgano de línea que supervisa y promueve el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL a nivel nacional.

Asimismo, se encarga de emitir medidas preventivas, recomienda la imposición de medidas correctivas y cautelares, así como, realiza la labor de órgano instructor en los procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General, en primera instancia administrativa.

Artículo 40º.- Funciones

a. Supervisar el cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales a cargo de las empresas operadoras o de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional, con el apoyo de las oficinas desconcentradas. (...)

(Sin subrayado en el original)

Hora: Reg:
MEMORANDO N°209-GG/2009
 Responsable: *J. FUNC. GF*
 Acciones a tomar:
 Preparar respuesta
 Conversar
 Traer Expediente
 Abrir Expediente
 Conocimiento
 Archivo
 Nota:

A : HUMBERTO SHEPUT
 Gerente de Usuarios
cc : Santiago Rojas Tuya
 Gerente de Fiscalización
ASUNTO : Encargo de funciones de supervisión
FECHA : 05 de junio de 2009

Habiéndose implementado las oficinas regionales y siendo necesario desconcentrar la función de supervisión, la misma que es ejercida en primera instancia por esta Gerencia General, se encarga a su Gerencia, la realización de las acciones de supervisión en el interior del país, específicamente a los supervisores asignados a las Oficinas Desconcentradas del OSIPTEL. Dichas acciones de supervisión estarán enmarcadas en la verificación del cumplimiento del Marco Normativo de Usuarios, Planes Mínimos de Expansión, Cobertura, Telefonía Rural y otras que le sean requeridas por el Gerente de Fiscalización.

Al respecto las acciones de supervisión que se requieran deberán ser previamente coordinadas y autorizadas por la Gerencia de Fiscalización, la cual se encargará de la capacitación de los referidos profesionales, a efectos de que cuenten con la información necesaria para el desempeño de su labor. Los supervisores de las Oficinas Desconcentradas contribuirán con información regional que ayude a elaborar los planes de supervisión de la Gerencia de Fiscalización, según corresponda.

Los encargados de la realización de la acción de supervisión deben guardar absoluta reserva sobre el contenido y alcance de la actividad a ser realizada, a efectos de garantizar el cumplimiento del objetivo de la supervisión. Sin perjuicio de ello, deberán reportar a los Jefes de las Oficinas la información que permita mantener el control necesario de sus actividades laborales en dichas Oficinas.

Finalmente, se debe precisar que el presente encargo no excluye la posibilidad de que profesionales de la Gerencia de Fiscalización realicen directamente o de manera conjunta, acciones de supervisión en el interior del país.

Atentamente,

ALEJANDRO JIMÉNEZ MORALES
 GERENTE GENERAL

De acuerdo a lo señalado, las acciones de supervisión que se realicen para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas pueden ser ejecutadas por los funcionarios competentes que forman parte de la GFS, siendo todos estos, en consecuencia, funcionarios específicamente designados para la realización de cualquier acción de supervisión específica que se determine, como ocurrió durante la tramitación del expediente N° 00090-2010-GG-GFS.

Lo indicado guarda relación con lo dispuesto en el artículo 10° de la LDFF⁽¹¹⁾, el mismo que no hace referencia a “competencia u autorización” o “designación”, sino que señala únicamente que serán considerados “funcionarios autorizados” para la realización de las acciones de supervisión aquellos que pertenezcan a las gerencias o instancias competentes de este Organismo.

En ese sentido, puede concluirse que el desarrollo de la acción de supervisión por parte de la GFS no ha lesionado las garantías del debido proceso y mucho menos el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL, toda vez que el resultado de la supervisión fue debidamente comunicado al inicio del PAS, habiéndose notificado correctamente la infracción que se le imputa, así como facilitado el acceso a los expedientes de supervisión y expediente sancionador.

¹¹ Artículo 10.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados
 10.1 La acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo.
 10.2 Para realizar una acción de supervisión, los funcionarios presentarán la identificación que los acredite como tales, salvo que se trate de una solicitud de información formulada por una gerencia o instancia competente de OSIPTEL, o de los casos previstos en el Artículo 14”. (el subrayado es nuestro).

En cuanto a la derivación de los actuados vinculados a las llamadas de prueba realizadas a su servicio de información y asistencia, al expediente de supervisión N° 0090-2010-GG-GFS, AMÉRICA MÓVIL señala que ello contraviene lo dispuesto en el artículo 8° del Reglamento de Supervisión, toda vez que tal actuación se realizó sin contar con la autorización del Gerente General a que refiere dicho artículo, lo cual generaría una evidente nulidad de las actuaciones realizadas y en esa medida correspondería el archivo del presente PAS.

Sobre el particular, no resulta inválida la incorporación de las acciones de supervisión realizadas en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS al expediente N° 0090-2010-GG-GFS, puesto que en dichas acciones de supervisión se corroboró que la empresa operadora no estaría brindando información conforme a lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, sobre el procedimiento de Portabilidad Numérica, siendo que en el expediente N° 0090-2010-GG-GFS, el objeto de supervisión era precisamente el de verificar el cumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso por parte de AMÉRICA MÓVIL.

Al respecto, tal y como lo ha venido señalando esta instancia⁽¹²⁾, resulta poco razonable que detectado el incumplimiento de una obligación distinta a la cual motiva la supervisión, se haga caso omiso a dicha circunstancia que contraviene el ordenamiento, máxime si el OSIPTEL tiene como misión velar por el cumplimiento de la normativa de telecomunicaciones.

En ese sentido, resulta válida la incorporación de las acciones de supervisión realizadas en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS al expediente N° 0090-2010-GG-GFS, máxime si resulta más eficiente a nivel procedimental y de mayor garantía para el administrado el reunir todas las actuaciones vinculadas a la verificación de un único objeto en el mismo expediente, en aplicación del Principio de Eficiencia y Efectividad⁽¹³⁾, así como el de Celeridad⁽¹⁴⁾ dispuesto en el Reglamento General del OSIPTEL.

¹² Así mediante Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTEL, la cual fue Confirmada mediante Resolución N° 025-2008-PD/OSIPTEL, la Gerencia General indicó lo siguiente:

De otro lado, indica TELEFÓNICA que el supuesto incumplimiento al artículo 6° de las Condiciones de Uso se refiere a una obligación distinta a la que era materia de la supervisión iniciada con acta del 17 de abril de 2007 por lo que considera que el objeto de la supervisión es inconsistente y por tanto nulo, puesto que los supervisores terminaron supervisando conductas distintas a las contempladas en el objeto señalado en el acta.

Al respecto, debe indicarse que resulta poco razonable, por decir lo menos, pretender que si iniciada una acción de supervisión con el objeto de supervisar el cumplimiento de determinada obligación y se constata, en el proceso de la supervisión, el incumplimiento de una obligación distinta; se haga caso omiso a dicha circunstancia, más aún cuando las obligaciones establecidas en el artículo 36° del Reglamento de Preselección se encuentran estrechamente ligadas a las obligaciones establecidas en el artículo 6° de las Condiciones de Uso que se encuentra referido a la información que deben brindar las empresas operadoras. De cualquier modo, lo señalado por TELEFÓNICA no es de modo alguno causal de nulidad del acto de supervisión. (Sin subrayado en el original)

¹³ Artículo 14.- Principio de Eficiencia y Efectividad
La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto.

¹⁴ Artículo 15.- Principio de Celeridad
La actuación administrativa de OSIPTEL deberá orientarse a resolver los temas y controversias que se susciten de manera oportuna y en el menor tiempo posible.

1.4. Sobre la información que brindó AMÉRICA MÓVIL en las acciones de supervisión

AMÉRICA MÓVIL indica que la obligación que corresponde a la empresa operadora es brindar información básica a la persona que lo solicite, a efectos de que tome una decisión adecuada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Asimismo, sostiene que durante las acciones de supervisión llevadas a cabo los días 12, 13 y 14 de mayo de 2010, brindó información básica respecto de la Portabilidad Numérica, dando alcances respecto al derecho de toda persona a solicitar la portabilidad numérica, la oportunidad en la que podría ser solicitada, la gratuidad de la misma, las modalidades de servicios que podrían acceder a dicho procedimiento, así como el periodo mínimo que debe existir entre cada solicitud de portabilidad, conforme a lo señalado en el Reglamento de Portabilidad; por lo que no existiría vulneración del artículo 6º de las Condiciones de Uso.

Al respecto, como es de conocimiento de AMÉRICA MÓVIL, el presente PAS se basa en el incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso, al haber brindado información no veraz, ni precisa sobre el periodo en que sería interrumpido el servicio al efectuarse la portabilidad en las acciones de supervisión realizadas los días 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo de 2010, así como, sobre el plazo para interponer un reclamo y el plazo de duración del trámite de la portabilidad numérica, en las acciones de supervisión efectuadas el 22 de julio de 2010. Por tanto, el hecho que durante algunas de las llamadas realizadas el asesor de AMÉRICA MÓVIL previamente haya brindado información correcta, no la exime de la infracción cometida al haber brindado información no veraz, ni precisa respecto de otros aspectos, igualmente importantes, sobre la portabilidad numérica.

De otro lado, AMÉRICA MÓVIL sostiene que las transcripciones que obran en la notificación de cargos y que sirven de sustento para el inicio del presente procedimiento sancionador no se encuentran referidas a información básica conforme a los alcances del artículo 6º de las Condiciones de Uso, sino más bien a aspectos de orden técnico que forman parte del procedimiento de portabilidad y que se encuentran relacionadas a la interrupción de servicio a efectos de realizar la portación de un número. Así, AMÉRICA MÓVIL señala que la interrupción del servicio por un máximo de tres (3) horas tiene evidentemente una explicación y/o respaldo regulatorio que se sustenta en la experiencia internacional recogida en diversos países, por lo que la misma no podría ser considerada información básica que sea determinante para la contratación de un servicio o el uso o consumo adecuado del mismo.

Al respecto, debemos precisar que en las acciones de supervisión de fecha 12, 13, 19 y 25 de mayo de 2010 los asesores comerciales de AMÉRICA MÓVIL indicaron que el periodo de interrupción del servicio sería de nueve (9) días, no obstante que conforme a lo dispuesto en el artículo 10º⁽¹⁵⁾ del Reglamento de Portabilidad, dicho periodo es máximo de tres (3) horas, siendo la ventana de cambio entre las 00:00 y las 06:00 horas.

¹⁵ **Artículo 10º.- Continuidad del servicio**

La realización de la portabilidad podrá implicar la interrupción del servicio por un periodo máximo de tres (03) horas en todos los casos, entre la deshabilitación del número móvil por el Concesionario Cedente y la habilitación del número móvil por el Concesionario Receptor.
La ventana de cambio será entre las 00:00 y las 06:00 horas.

Sobre ello, la Exposición de Motivos del Reglamento de Portabilidad⁽¹⁶⁾ resalta la importancia respecto a que el tiempo que el abonado se quede sin servicio sea el menor posible al realizar la portabilidad, por ello se establece la ventana de cambio en horas de la madrugada, en la que existe menor tráfico, y por ello menor impacto al abonado. Esto, considerando que si el tiempo de interrupción del servicio fuera elevado y en un horario de mayor tráfico existiría un desincentivo para ejercer el derecho a la portabilidad numérica por parte de los abonados.

En ese sentido, no es correcto lo afirmado por AMÉRICA MÓVIL respecto a que el plazo de interrupción del servicio al momento de realizar la portabilidad numérica no constituye información determinante para tomar la decisión de ejercer el derecho a la portabilidad numérica; toda vez que, de acuerdo a lo antes expuesto, esta información resulta relevante para que un abonado decida portar o no su número telefónico móvil. Efectivamente, brindar información no veraz respecto al periodo máximo de duración de la interrupción, señalando que este puede durar hasta nueve (9) días en vez de un máximo de tres (3) horas, representa un desincentivo para el abonado que desea cambiarse a una empresa distinta, constituyéndose en información determinante para efectuar su elección.

Adicionalmente, AMÉRICA MÓVIL afirma que de la revisión de la llamada de prueba realizada el 14 de mayo de 2010, se aprecia que su asesor comercial informó al supervisor encubierto que no se quedaría sin servicio durante el procedimiento de portabilidad numérica salvo el día que se realice efectivamente dicho proceso. La empresa señala que si bien no se especifica las horas en las que el referido servicio quedaría interrumpido, su asesor cumple con brindar información general respecto a todo el procedimiento de portabilidad, motivo por el cual no se podría suponer que por este hecho se esté incumpliendo el artículo 6º de las Condiciones de Uso.

En relación a lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL, es preciso indicar que si bien en un primer momento el asesor señaló que la línea se cortaría el día en que se realizaría el cambio de empresa operadora, luego manifestó que el usuario nunca se quedaría sin servicio toda vez que mantendría la línea de la empresa a la cual solicitó la portabilidad, posición que fue confirmada ante las reiteradas preguntas del supervisor encubierto⁽¹⁷⁾; por

¹⁶ La exposición de motivos señala lo siguiente:

3.4.6 Continuidad del servicio

Es importante que el abonado del servicio público móvil como producto de la realización del procedimiento de portabilidad quede el menor tiempo posible sin servicio. Al respecto, basados en la experiencia internacional, en la norma se está considerando que la ejecución de la portabilidad podrá implicar la interrupción del servicio móvil por un periodo máximo de tres (03) horas en todos los casos y durante la ventana de cambio que se ha delimitado entre las 00:00 y las 06:00 horas.

(Sin subrayado en el original)

¹⁷ A continuación se presenta la transcripción de la llamada del 14 de mayo de 2010, en la parte pertinente: (...)

USUARIO: (...) El servicio no se va a interrumpir en ningún momento?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: No.

USUARIO: o sea, el servicio va a ser continuo siempre. ¿Nunca se va a cortar?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: sí

USUARIO: ¿aló?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: sí señor.

USUARIO: perdón, no la escuche, ¿cómo me dijo?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: sí señor.

tanto, no se brindó información veraz, ni precisa sobre el procedimiento de portabilidad numérica, considerando lo dispuesto por el artículo 10º del Reglamento de Portabilidad.

Cabe señalar en relación a lo anterior, que el período máximo de la interrupción del servicio y el horario en que se produciría se encuentra consignada en el listado de preguntas y respuestas sobre la Portabilidad Numérica, información que, conforme a lo dispuesto en la Octava Disposición Final⁽¹⁸⁾ del Reglamento de Portabilidad, las empresas móviles debían utilizar en sus servicios de información y asistencia, así como en las oficinas o centros de atención y puntos de ventas, así como publicar en su página web; siendo que en el caso en particular, los supervisores encubiertos del OSIPTEL, hicieron una pregunta similar a la prevista en el listado de preguntas, conforme se puede apreciar a continuación:

(...)

15. ¿Me quedará sin servicio mientras dure el trámite de la portabilidad numérica?

El abonado que solicita la portabilidad siempre tendrá habilitado el servicio, salvo en el momento en que se produzca el cambio. Este período sin servicio durará como máximo 3 horas, entre las 0:00 hrs y las 6:00 hrs de la fecha programada para la ejecución de la portabilidad numérica.

(...)

USUARIO: (...) En ningún momento se va a cortar la línea, ¿no?, ya

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: no, sólo el día en que se realice este proceso para que Usted cambie de empresa operadora a la empresa que va a pertenecer.

USUARIO: (...) ¿ahí si se corta?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: sí, ya que es un proceso que se está realizando.

USUARIO: (...) ¿qué tiempo se corta?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: bueno, en este caso se cortaría, en este caso se cortaría la línea de la empresa operadora que ya no, ya no piensa permanecer. Ya tendría la línea de la otra empresa a la que solicitó la portabilidad.

USUARIO: AMÉRICA MÓVIL, pero en ningún momento me voy a quedar sin servicio, ¿no es así?

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: no

USUARIO: el servicio va a ser continuo, en otras palabras.

TRABAJADOR DE LA EMPRESA OPERADORA: sí. (...)

¹⁸ **RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 028-2009-CD/OSIPTEL**

Artículo Segundo.- Incorporar la Octava Disposición Final al Reglamento de Portabilidad Numérica en los Servicios Públicos Móviles aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 044-2008-CD/OSIPTEL, con el siguiente texto: “**Octava.-** En cumplimiento de lo establecido en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, las obligaciones de información establecidas en los artículos 7°, 8° y 9° del Anexo 3 continuarán siendo aplicadas con posterioridad al 31 de enero de 2010. Estas obligaciones no incluyen las señaladas en los numerales (i) al (iii) del artículo 9° del referido anexo. Adicionalmente, a fines de agosto de 2009, el OSIPTEL pondrá a disposición de los concesionarios móviles un listado de preguntas y respuestas sobre la portabilidad numérica el cual deberá ser obligatoriamente: (i) utilizado en los servicios de información y asistencia, (ii) utilizado en las oficinas o centros de atención y puntos de venta, y (iii) ubicado en la página web de los concesionarios móviles.

Listado de Preguntas y Respuestas sobre la Portabilidad Numérica en los Servicios Públicos Móviles www.claro.com.pe **Claro**

Pre-Registro | Alcance | Trámite | Condiciones | Consideraciones | Sobre Inconvenientes

10) ¿En caso decida cambiar de operador móvil, donde y ante quién presento mi solicitud de portabilidad?
 11) ¿Quién puede solicitar la portabilidad del número telefónico?
 12) ¿Cuál será el costo para el abonado por ejercer el derecho a la portabilidad de su número telefónico?
 13) ¿Cuál es el trámite a seguir y los requisitos que debo presentar?
 14) ¿Cuánto dura el trámite de portabilidad numérica?
 15) ¿Me quedará sin servicio mientras dure el trámite de la portabilidad numérica?

El abonado que solicita la portabilidad siempre tendrá habilitado el servicio, salvo en el momento en que se produzca el cambio. Este periodo sin servicio durará como máximo 3 horas, entre las 0:00 hrs. y las 6:00 hrs. de la fecha programada para la ejecución de la portabilidad numérica.

16) ¿Cómo voy a saber que mi número ya fue portado a la nueva empresa?
 17) ¿La solicitud de portabilidad puede ser rechazada?
 18) ¿Cuándo la empresa operadora puede negarse a aceptar la solicitud de portabilidad numérica?
 19) ¿Puedo requerir una fecha especial para que se habilite la portabilidad de mi número móvil?
 20) ¿El usuario puede desistir del pedido de portabilidad?
 21) ¿Qué función cumple el OSIPTEL con relación a la portabilidad numérica?

Si quieres conocer el estado de tu solicitud de Portabilidad infórmate al 0-800-007-30 o al 610-0730

¿Quieres cambiarte a Claro?

Fuente: <http://www.AMÉRICA MÓVILenlinea.com.pe/PortabilidadRegistro/tramite.html>

De otro lado, AMÉRICA MÓVIL manifiesta que de las transcripciones de las llamadas de prueba que obran en la notificación de cargos y que corresponden al extremo relacionado con la interrupción del servicio, se desprende que durante la referida acción se condicionan en casi todas las oportunidades, la respuesta de sus asesores, generando las condiciones necesarias para que puedan responder afirmativamente las preguntas realizadas y de este modo imputársele el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente. Asimismo, AMÉRICA MÓVIL sostiene que dicho condicionamiento realizado vulnera el principio de imparcialidad, uno de los principios básicos de todo procedimiento administrativo.

Al respecto, las llamadas de prueba en las cuales se consulta sobre el periodo que sería interrumpido el servicio al realizarse la portabilidad corresponden a las acciones de supervisión realizadas los días 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo de 2010. A excepción de la llamada de prueba del 14 de mayo de 2010, en todas estas acciones de supervisión el supervisor encubierto parte de una pregunta objetiva relacionada al tiempo que dura el trámite de portabilidad, y posterior a ello realiza otra pregunta igual de objetiva, sin condicionamiento alguno, de manera similar a la que un usuario común podría realizar, respecto a que si durante los nueve días que dura el trámite de portabilidad va a dejar de contar con el servicio telefónico si decide portarse. Asimismo, en dicha acción de supervisión del 14 de mayo se consulta de manera clara y objetiva si el servicio no se va a interrumpir durante el proceso de portabilidad, por lo que tampoco se puede advertir que exista algún condicionamiento para una respuesta afirmativa o negativa sobre el particular.

Como se puede observar, en las referidas acciones de supervisión no se realizó ningún condicionamiento al asesor comercial de AMÉRICA MÓVIL, por el contrario, se verifica que el supervisor encubierto reitera las preguntas y cuestiona las respuestas erradas, dando al asesor la posibilidad de rectificarse. En tal sentido, carecen de sustento las consideraciones expuestas por AMÉRICA MÓVIL con relación al deber de información así como las afirmaciones respecto de las acciones de supervisión y las preguntas de los supervisores

del OSIPTEL, más aún cuando en el artículo 10º del Reglamento de Portabilidad se establece claramente el periodo máximo de la interrupción del servicio y el horario en que ésta se produciría.

1.5. Sobre el deber de información previsto por el artículo 6º de las Condiciones de Uso

AMÉRICA MÓVIL sostiene que en aplicación del Principio de Tipicidad, el Consejo Directivo del OSIPTEL en la Resolución N° 011-2008-CD/OSIPTEL ha señalado que, a efectos de una eventual sanción administrativa, la información a que se refiere el artículo 6º de las Condiciones de Uso es aquella incluida en la lista de su segundo párrafo. En tal virtud, la empresa operadora señala que en ninguno de los supuestos del segundo párrafo del artículo 6º de las Condiciones de Uso se puede incluir la información relacionada a la interrupción del servicio en los procedimientos de portabilidad como información básica a proporcionar al usuario; puesto que dicha información no constituye una restricción, tampoco una característica del servicio, ni mucho menos una penalidad, sino una necesidad obligatoria de orden técnico.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que en el sector de las telecomunicaciones se ha desarrollado con mayor especificidad la obligación de informar estableciéndose de manera “ex ante” cuál es exactamente la información relevante que debe ser puesta a disposición de los usuarios de manera previa a la contratación, la misma que, a criterio de la empresa operadora, se encuentra definida por el segundo párrafo del artículo 6º de las Condiciones de Uso.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL señala que para determinar si una empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones cumplió o no con su obligación de informar adecuadamente a sus usuarios, resulta necesario analizar si dicha empresa cumplió con proporcionar la información que la normativa vigente ha calificado previamente como relevante y obligatoria, es decir, si la empresa cumplió con proporcionar a sus usuarios la información prevista en los numerales del (i) al (xi) del segundo párrafo del artículo 6º de las Condiciones de Uso.

Con relación a lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL, es preciso indicar que el Consejo Directivo en la citada Resolución N° 011-2008-CD/OSIPTEL se refirió a la información necesaria y mínima que las empresas se encuentran obligadas a brindar a toda persona, en virtud de lo dispuesto por artículo 6º, no habiéndose señalado que dicha lista sea taxativa o cerrada; tan es así que, en posteriores resoluciones, el Consejo Directivo ha manifestado expresamente que los supuestos previstos en los numerales (i) a (ix) del segundo párrafo del artículo 6º de las Condiciones de Uso constituyen una lista meramente enunciativa, que no comprende todos los casos en los que la empresa debe brindar información clara, veraz, precisa y detallada; tal y como se puede verificar de lo expuesto en el Informe N° 070-GL/2009, parte integrante de la Resolución de Consejo Directivo N° 015-2009-CD/OSIPTEL.

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 015-2009-CD/OSIPTEL
(...)

4.5 Por lo anterior, no media causal para declarar la nulidad la Resolución N° 459-2008-GG/OSIPTEL ni de los actos realizados con posterioridad, en vista que dicho acto administrativo no adolece de vicio alguno al expedirse dentro un procedimiento regular. Del mismo modo, se encuentra debidamente motivado y no contraviene los Principios de Legalidad ni de Debido Procedimiento.

Asimismo, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos que anteceden, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 070-GL/2009 del 25 de marzo de 2009, emitido por la Gerencia Legal, el cual –de conformidad con el artículo 6º, numeral 6.2 de la LPAG- constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

(...)

INFORME N° 070-GL/2009

(...)

4.2. De la contravención del Principio de Tipicidad.-

(...)

Sobre el particular, el hecho que el artículo 6º de las Condiciones de Uso haya realizado una expresa mención al procedimiento para dar de baja al servicio prepago, no quiere decir que los operadores del servicio público de telefonía móvil, como sucede con Telefónica Móviles, se encuentren exoneradas de proporcionar información clara, veraz, detallada y precisa en lo que concierne al procedimiento para dar de baja a una línea con contrato a plazo forzoso. Entonces, debe entenderse que el listado contenido en el artículo 6º de las Condiciones de Uso es sólo referencial, esto es, no se trata de una relación cerrada. Tan es así que dicho artículo deja sentado en forma expresa que los aspectos acerca de los cuales el prestador del servicio está obligado a brindar información clara, veraz, detallada y precisa, constituyen sólo un contenido “mínimo”.

Tal premisa tiene un sustento, y es que siendo el sector de las telecomunicaciones uno de connotación dinámica como consecuencia de la demanda de los consumidores por nuevos servicios de telecomunicaciones y nuevas características de los mismos y del desarrollo permanente de mejoras tecnológicas, no puede pretenderse que una norma, como el artículo 6º de las Condiciones de Uso, especifique mediante una lista cerrada la información que obligatoriamente debe proveer cualquier operador de servicios públicos de telecomunicaciones, puesto que en atención al aludido dinamismo el tipo de información a ser proporcionado tenderá a variar, pudiendo devenir en obsoletos algunos aspectos regulados con el transcurso del tiempo, inclusive⁽²⁰⁾. Esa es, por tanto, una de las razones por las que el artículo 6º se titula como “información básica a ser proporcionada por la empresa operadora.

20 Es más, si se tratase de una lista cerrada y en virtud del desarrollo del sector telecomunicaciones surgiese la necesidad de incorporar un nuevo concepto respecto del cual el operador del servicio público tendría que proporcionar información, las Condiciones de Uso tendrían que modificarse. Dicho procedimiento no es inmediato en vista que, en principio, media la obligación de publicar el proyecto de modificación y revisar los comentarios formulados por los interesados en forma previa a la aprobación final, de acuerdo al artículo 27º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM. Se aprecia, por tanto, que durante dicho lapso los usuarios y demás interesados quedarían en indefensión; motivo por el cual se deduce que mantener

una lista cerrada no se constituye como un mecanismo eficaz para garantizar en forma plena el ejercicio del derecho a la información. Esto se condice con lo señalado en la Exposición de Motivos de las Condiciones de Uso, cuando establece: "Es importante mencionar que, el alcance de esta norma no se limita a las modalidades de servicios existentes e identificables, sino establece reglas mínimas para la prestación de los servicios, sin crear barreras para el desarrollo del mercado.

(...)

En esa línea, es posible concluir que el artículo 6° de las Condiciones de Uso hace referencia a la información que como mínimo debe ser proporcionada por la empresa operadora, más no toda la información que se encuentra obligada a proporcionar. En tal sentido, se establece como obligación de la empresa operadora brindar al abonado o usuario la información necesaria que le permita tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios, debiendo ser dicha información en todos los casos, clara, veraz, detallada y precisa.

Pese a lo señalado, del análisis de las transcripciones que soportan las acciones de supervisión que motivan el presente PAS, se evidencia que AMÉRICA MÓVIL no brindó información que califique como veraz ni precisa sobre el procedimiento de portabilidad. Por tanto, resulta evidente que la conducta tipificada como infracción administrativa corresponde al incumplimiento del deber de brindar información bajo las características que prevé el artículo 6° de las Condiciones de Uso.

Adicionalmente, AMÉRICA MÓVIL manifiesta que las llamadas de prueba sustento del presente procedimiento sancionador no constituyen una muestra representativa frente al total de las llamadas o consultas que recibe su centro de atención al cliente (123) en relación al sistema de Portabilidad, puesto que, por ejemplo, el total de llamadas recibidas en su Call Center durante el mes de enero de 2011 asciende a 1971 llamadas y durante el mes de febrero de 2011 a 1142. Asimismo, la empresa solicita se tenga en consideración que a la fecha de la presentación de sus descargos existen aproximadamente 65 000 portaciones efectuadas de manera exitosa hacia su empresa, lo que podría inferir que AMÉRICA MÓVIL ha cumplido con brindar toda la información necesaria a los usuarios sobre las condiciones para portar su número móvil.

Al respecto, debe tenerse presente que el caso materia del presente procedimiento administrativo sancionador involucra la existencia de una etapa de supervisión, no pudiendo determinarse a ciencia cierta si es que fuera de los casos que llegaron a conocimiento de la GFS, han existido conductas adicionales por parte de la empresa operadora que configuren el tipo administrativo materia del presente procedimiento sancionador. Lo cierto es, en todo caso, que las llamadas fueron efectuadas sin conocimiento de AMÉRICA MÓVIL, a fin de recoger el comportamiento espontáneo de los asesores de atención al cliente de dicha empresa. Asimismo, el hecho que se haya realizado un gran número de portaciones hacia AMÉRICA MÓVIL no acredita que efectivamente en todos los casos se haya cumplido con brindar información veraz y precisa respecto al procedimiento de portabilidad numérica, conforme lo dispuesto por la normativa.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que aún cuando AMÉRICA MÓVIL haya brindado información veraz sobre algunos aspectos vinculados a la portabilidad numérica, ello no la exime de la infracción cometida al haber brindado información no veraz, ni precisa respecto de otros aspectos –igual de importantes– sobre la portabilidad numérica, en las acciones de supervisión del 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo de 2010, así como, del 22 de julio de 2010.

1.6. Sobre los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la intención del OSIPTEL de imponerle una sanción por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, resulta desproporcionada y vulnera el Principio de Razonabilidad, toda vez que se ha acreditado que en todo momento ha brindado información básica respecto a la portabilidad numérica, la cual permitiría conocer al usuario las condiciones para portar su número móvil, todo lo cual habría conllevado a que AMÉRICA MÓVIL registre mayores portaciones exitosas durante el año 2010.

La empresa señala que el ordenamiento jurídico reconoce a todos los administrados el derecho a que las actuaciones de las entidades que les afecten sean llevadas en la forma menos gravosa posible a efectos de evitar cualquier exceso de punición, motivo por el cual solicita que se analicen los argumentos expuestos en sus descargos y se pondere la necesidad de imponérsele una sanción administrativa.

AMÉRICA MÓVIL reitera que ha cumplido con brindar información básica sobre la portabilidad numérica conforme a los alcances del artículo 6º de las Condiciones de Uso, por tal motivo, señala que el supuesto incumplimiento imputado no respondería a un análisis razonable de los hechos ya que no se ajustan a la *ratio legis* contemplada en el artículo en mención, así como tampoco se condice con los alcances contenidos en el Reglamento de Portabilidad.

Al respecto, cabe precisar que de las transcripciones de las llamadas de prueba efectuadas los días 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo de 2010, así como, las del 22 de julio de 2010 (las cuales conforme al artículo 21º de la LDFF constituyen instrumento público) ha quedado demostrado que AMÉRICA MÓVIL ha incumplido con la obligación prevista en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, al no haber brindado información veraz, ni precisa, sobre el periodo que sería interrumpido el servicio al realizarse la portabilidad, así como, sobre el plazo para interponer un reclamo y el plazo de trámite de la portabilidad numérica. Si bien, durante dichas llamadas previamente AMÉRICA MÓVIL brindó información veraz respecto a parte del procedimiento de portabilidad, ello no la exime de la infracción incurrida al haber brindado información inexacta sobre otros aspectos del procedimiento de portabilidad numérica.

Asimismo, es posible afirmar que en aplicación del Principio de Razonabilidad⁽¹⁹⁾, la actuación de la Administración en el caso en particular, se enmarca dentro de las facultades

¹⁹ MORON URBINA, Juan Carlos, “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Octava Edición, Lima, División de Estudios Administrativos, Gaceta Jurídica, 2001, pág. 32.

que le han sido atribuidas en la normativa vigente, en particular, lo dispuesto en las Condiciones de Uso y el RGIS. Asimismo, se ha mantenido la debida proporción entre el medio empleado –esto es el inicio del procedimiento administrativo– y los fines públicos que debe tutelar, a fin de responder a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, es decir, que las empresas operadoras cumplan con brindar información veraz y precisa respecto al procedimiento de portabilidad numérica; habiéndose podido verificar que AMÉRICA MÓVIL incumplió lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, con lo cual, incurrió en la infracción tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso.

1.7. Sobre el Principio de *Non Bis in Idem*

AMÉRICA MÓVIL indica que en la notificación de cargos del presente PAS se le imputa el incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso, en lo referido al artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, no obstante, existe un pronunciamiento anterior por parte del OSIPTEL sobre los mismos hechos en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS, a través del cual se reconoce expresamente el debido cumplimiento del artículo 8º del Reglamento de Portabilidad. En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL sostiene que se está vulnerando el Principio de *Non Bis in Idem Procesal*, al haberse iniciado un segundo procedimiento en el cual se verifica la presencia de la triple identidad subjetiva, objetiva y causal, tal y como se advertiría en el siguiente cuadro:

	Expediente N° 87-2010-GG-GFS	Expediente N° 004-2011-GG-GFS/PAS
Identidad Subjetiva	El presente expediente tuvo como propósito iniciar un proceso de supervisión en relación a AMÉRICA MÓVIL.	El presente expediente tiene como propósito sancionar a AMÉRICA MÓVIL.
Identidad Objetiva	Los hechos que dieron lugar al archivo del expediente fueron la verificación de las llamadas de los días 12, 13, 14, 17, 19, 25, y 26, de mayo y los días 21 y 22 de julio de 2010.	Los hechos que dieron lugar son las llamadas de los días 12, 13, 14, 17, 19, 25, y 26, de mayo, y los días 21 y 22 de julio de 2010.
Identidad Causal	El expediente tuvo por objeto supervisar el cumplimiento por parte de AMÉRICA MÓVIL del anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, entre ellos del artículo 8, el cual tutela que los servicios de información y asistencia de los operadores de telecomunicaciones proporcionen información sobre la portabilidad numérica a todos los usuarios que lo soliciten.	El expediente tiene por objeto sancionar a AMÉRICA MÓVIL por un supuesto incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso en relación al artículo 8 del anexo 3 del Reglamento de Portabilidad.

(...) La norma contempla que para cumplir con el principio de razonabilidad una disposición de gravamen, debe cumplir con:

- Adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida. Esto es, cumplir y no desnaturalizar la finalidad para la cual fue acordada la competencia de emitir el acto de gravamen.
- Mantener la proporción entre los medios y fines. Quiere decir que la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir o entre los diversos grados que una misma acción puede conllevar, no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal. (...)

Al respecto, cabe precisar que el presente PAS se inició contra AMÉRICA MÓVIL por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, al verificarse que AMÉRICA MÓVIL brindó información no veraz, ni precisa, sobre el periodo que sería interrumpido el servicio al realizarse la portabilidad⁽²⁰⁾, sobre el plazo para interponer un reclamo por falta de consentimiento del abonado para la portabilidad⁽²¹⁾ y sobre el plazo de trámite de la portabilidad numérica⁽²²⁾; y no por el incumplimiento del artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, el cual se encuentra referido a la obligación de las empresas operadoras a fin que a partir del 15 de octubre de 2009, a través de su servicio de información y asistencia proporcionen información sobre la portabilidad numérica a los usuarios que lo soliciten, no pudiendo utilizar para ello una locución automática⁽²³⁾.

Teniendo en cuenta lo indicado, se colige que el análisis efectuado en los expedientes N° 87-2010-GG-GFS y N° 004-2011-GG-GFS/PAS corresponde a normas que regulan supuestos de hecho totalmente distintos, siendo que en el caso del primero se verificó el cumplimiento por parte de la empresa operadora del proceso de portabilidad numérica a través de su servicio de información y asistencia, no habiéndose analizado el contenido de la información proporcionada, sino, únicamente, la difusión de dicho procedimiento a través del servicio de información y asistencia por un asesor comercial.

En efecto, el artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad establece la obligación respecto a que a partir de una fecha establecida la empresa operadora implemente un determinado mecanismo de difusión, siendo que el incumplimiento de dicha obligación implicaría que la empresa no difunda el proceso de portabilidad numérica a través de su servicio de información y asistencia por un asesor comercial o agente telefónico, esto es que no cumpla con brindar información mediante dicho canal; sin que, en virtud de dicha norma, corresponda analizar el contenido de la información, puesto que ello debe ser analizado en estricta aplicación del artículo 6º de las Condiciones de Uso, el cual establece obligaciones referidas al contenido y características de la información que debe ser proporcionada a la persona que lo solicite, estableciéndose el derecho que tiene toda persona de recibir de la empresa operadora la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios, y la obligación específica de toda empresa operadora a brindar información clara,

²⁰ Acciones de supervisión del 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo de 2010.

²¹ Acción de supervisión del 22 de julio de 2010.

²² Acción de supervisión 22 de julio de 2010.

²³ El artículo 8º dispone:

Artículo 8º.- Información a través de los servicios de información y asistencia

A partir del 15 de octubre de 2009 los servicios de información y asistencia de los concesionarios móviles deberán proporcionar información sobre la portabilidad numérica a todos los usuarios que lo soliciten. Para dar respuesta a las consultas realizadas por los usuarios, los concesionarios móviles no podrán utilizar una locución automática.

(El subrayado no es original)

veraz, detallada y precisa, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada.

Sin perjuicio de lo indicado, si bien en el expediente N° 0087-2011-GG-GFS se determinó que AMÉRICA MÓVIL cumplió con lo dispuesto en el artículo 8° del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad Numérica, dicha situación no fue obstáculo para que en el expediente N° 00090-2010-GG-GFS se verificara el incumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso. Efectivamente, en el Informe N° 030-GFS/2011 de fecha 11 de enero de 2011, emitido en el expediente N° 0087-2011-GG-GFS, se señaló lo siguiente:

3.4 Del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 8° de las Reglas de Difusión

(...)

Dentro de este marco, se realizaron llamadas de prueba a los servicios de información y asistencia de AMÉRICA MÓVIL durante los meses de mayo (días 12, 13, 14, 17, 19, 25 y 26) y julio (días 21 y 22) del año 2010, pudiendo corroborar que la atención era brindada por operadores humanos y no por locuciones automáticas, los cuales otorgaban respuestas a las preguntas formuladas sobre portabilidad numérica.

En tal sentido, de acuerdo a la información recabada durante el desarrollo de la presente supervisión, se debe proceder al archivo del presente expediente correspondiente a AMÉRICA MÓVIL, en dicho extremo.

No obstante lo señalado anteriormente, es oportuno referir que durante el desarrollo de las acciones de supervisión tendientes a verificar el cumplimiento del artículo 8° de las Reglas de Difusión, particularmente en las citadas llamadas de prueba efectuadas durante los meses de mayo (días 12, 13, 14, 17, 19, 25 y 26) y julio (días 21 y 22) del año 2010, se pudo corroborar que los asesores comerciales de AMÉRICA MÓVIL no estarían proporcionando información que cumpla con las características requeridas por el artículo 6° de las Condiciones de Uso (ser clara, veraz, detallada y precisa) en cuanto a que ésta no se ajustaría a lo dispuesto por el Reglamento de Portabilidad.

Dentro de este marco, teniendo en consideración que en la GFS se viene tramitando el Expediente N° 00090-2010-GG-GFS en el cual se pretende verificar el cumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso por parte de AMÉRICA MÓVIL, corresponde trasladar los actuados a dicho expediente a efectos de que se pueda efectuar una evaluación integral de las pruebas recabadas en el presente expediente y las contenidas en el mencionado expediente de supervisión. (...)

De otro lado, es preciso señalar que la garantía del *Non Bis in Idem Procesal* se aplica respecto de dos procedimientos que, sea en sede administrativa o penal, buscan sancionar a una persona natural o jurídica, situación que no acontece en los expedientes referidos por AMÉRICA MÓVIL; toda vez que en el expediente N° 004-GG-GFS/PAS se sigue un PAS contra AMÉRICA MÓVIL, sin embargo, en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS se refiere a la supervisión de un determinado aspecto normativo vinculado a la portabilidad numérica, el cual, por enmarcarse dentro de la denominada actividad administrativa de inspección no busca, en esta etapa, ejercer el *ius puniendi* del Estado.

En efecto, el fundamento del principio del *Non Bis in Idem* es limitar la acción persecutoria y sancionatoria del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su *ius puniendi*. Así lo señala MORÓN URBINA⁽²⁴⁾, quien haciendo referencia a la dimensión procesal indica que en virtud de dicho principio no se podrá ser objeto de dos procesos distintos sobre un mismo hecho.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, aún en el supuesto negado que dicha garantía pueda ser aplicada, no se verifica que entre el presente expediente, N° 004-GG-GFS/PAS, y el expediente N° 0087-2010-GG-GFS exista identidad de fundamento⁽²⁵⁾, toda vez que como se ha señalado, en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS se verificó el cumplimiento del artículo 8 del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, conforme al cual se busca determinar si los servicios de información y asistencia de AMÉRICA MÓVIL cumplían con brindar información sobre la portabilidad numérica; en tanto, que en el presente expediente se busca tutelar el cumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso, analizando para ello el contenido de la información ofrecida por los asesores de AMÉRICA MÓVIL.

1.8. Sobre el Principio de Tipicidad

AMÉRICA MÓVIL sostiene que se ha pretendido incluir el artículo 8° del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad dentro de los alcances del artículo 6° de las Condiciones de Uso, a fin de poder atribuir a AMÉRICA MÓVIL un supuesto incumplimiento de este artículo. En ese sentido, a través de la referida imputación se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, al atribuirle una infracción que no se encuentra tipificada en el artículo supuestamente infringido.

Refiere AMÉRICA MÓVIL que en el Informe de Supervisión, el mismo que forma parte integrante de la carta que comunica el inicio del presente procedimiento sancionador, se alega que habría infringido lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, debido

²⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Óp. cit., pág. 728.

(...) El principio non bis in idem constituye la garantía a favor del administrado que por un mismo hecho no podrá ser sancionado dos veces (dimensión material), ni podrá ser objeto de dos procesos distintos (dimensión procesal), operando como un límite a la acción persecutoria y sancionatoria propia del Estado de modo que tenga una sola oportunidad para ejercer su *ius puniendi*. Proscribe la duplicidad sucesiva o simultánea de imputaciones, procesamientos y sanciones para todo el Estado integralmente considerado, (...) (Sin subrayado en el original)

²⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos, Óp. cit., pág. 724.

La identidad subjetiva o de persona (*eadem personae*) consistente en que ambas pretensiones punitivas sean ejercidas contra el mismo administrado, independientemente de cómo cada una de ellas valore su grado de participación o forma de culpabilidad imputable. (...)

La identidad de hecho u objetiva (*eadem rea*) consiste en que el hecho o conducta incurridas por el administrado deba ser la misma en ambas pretensiones punitivas, sin importar la calificación jurídica que las normas le asignen o el presupuesto de hecho que la normas contengan. No es relevante el *nomen juris* o como el legislador haya denominado a la infracción o título de imputación que se le denomine, sino la perspectiva fáctica de los hechos u omisiones realizados.

La identidad causal o de fundamento (*eadem causa petendi*) consiste en la identidad en ambas imputaciones esto es, que exista superposición exacta entre bienes jurídicos protegidos y los intereses tutelados por las distintas normas sancionadoras, de suerte tal que si los bienes jurídicos que se persiguen resultan ser heterogéneos existirá diversidad de fundamento, mientras que si son iguales, no procederá la doble punición. (...)

al supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, es decir, por haber supuestamente incumplido el deber de los operadores de telecomunicaciones de proporcionar información sobre la portabilidad numérica a todos los usuarios que lo soliciten.

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que los extremos supuestamente infringidos del artículo 6º no se encuentran en relación con la obligación de informar sobre la portabilidad numérica a través de los servicios de información y asistencia de los operadores de telecomunicaciones, sino, más bien se encuentran en relación con la información que debe brindar el operador de telecomunicaciones sobre su servicio de telecomunicaciones. A decir de la empresa, la redacción del primer párrafo del artículo 6º es insuficiente por sí sola para generar un incumplimiento susceptible de una sanción administrativa, precisamente en aplicación del Principio de Tipicidad y, asimismo, indica que los hechos que se le imputan tampoco se encuentran previstos en ninguno de los supuestos del segundo párrafo del artículo 6º de las Condiciones de Uso, puesto que no se puede considerar como información básica la que no se relaciona con el servicio que brinda; en tal sentido, la información relativa a la interrupción del servicio móvil –necesaria y obligatoria en los procedimientos de portabilidad– no forman parte de los alcances del mencionado artículo 6º.

Agrega AMÉRICA MÓVIL que si bien el artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad señala la obligación por parte del operador de brindar información sobre la portabilidad numérica, no por ello dicha obligación se encuentra recogida dentro de los alcances del artículo 6º de las Condiciones de Uso, como materia susceptible de infracción; por tal motivo, según refiere la empresa operadora, se habría vulnerado el Principio de Tipicidad al pretender imputársele una infracción al mencionado artículo 6º por un supuesto incumplimiento del artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, cuando el artículo 6º no hace referencia alguna a los temas vinculados a la portabilidad; peor aún, existiendo de por medio un pronunciamiento por parte del OSIPTEL, a través del cual declara el cumplimiento del referido artículo 8º, respecto de los mismos hechos investigados.

Al respecto, cabe precisar que en el Informe de Supervisión no se ha referido que el incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso deviene de una vulneración del artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad; sino que la imputación se refiere únicamente al incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso, al haberse brindado a los usuarios información no veraz, ni precisa respecto a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Portabilidad.

En efecto, corresponde reiterar que las normas mencionadas regulan supuestos de hecho totalmente distintos, puesto que el artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad dispone la obligación a cargo de la empresa operadora para difundir el proceso de portabilidad numérica a través de su servicio de información y asistencia por un asesor comercial; siendo que el contenido de la información proporcionada debe ser evaluado conforme a lo dispuesto por el artículo 6º de las Condiciones de Uso.

De esta manera, en el pronunciamiento anterior aludido por AMÉRICA MÓVIL, en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS, se verificó el cumplimiento del artículo 8 del anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, sin que se haya analizado el contenido de la información

proporcionada a los abonados y usuarios por los asesores comerciales de la empresa operadora, lo cual es materia del presente expediente.

De otro lado, en cuanto a la información que corresponde brindar a la empresa operadora a través de su servicio de información y asistencia, tal y como se ha señalado, el artículo 6° de las Condiciones de Uso hace referencia a la información que como mínimo debe proporcionar la empresa operadora a fin de brindar al abonado o usuario la información necesaria que le permita tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios, debiendo ser dicha información en todos los casos, clara, veraz, detallada y precisa; habiéndose evidenciado en el presente caso que AMÉRICA MÓVIL no brindó información que califique como veraz ni precisa sobre el procedimiento de portabilidad.

En atención a lo señalado, es posible concluir que en modo alguno se ha afectado el Principio de Legalidad y Tipicidad en el presente procedimiento sancionador, puesto que si bien conforme lo señala AMÉRICA MOVIL en sus descargos, el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 8° del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad Numérica no se encuentra tipificado como una infracción pasible de sanción; debe reiterarse que el inicio del presente PAS no es por el incumplimiento de dicha norma sino por el incumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso, el cual se encuentra tipificado como una infracción grave en el artículo 3° del Anexo 5 de la misma norma.

2. Determinación de la sanción.

A fin de determinar la gradación de la multa a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), Ley N° 27336, así como el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impone sanciones a los administrados, deben adoptarse 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⁽²⁶⁾.

Con relación a este principio, el artículo 230° de la LPAG establece que 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 la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción, el beneficio ilegalmente

²⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.
(...) **1.4 Principio de razonabilidad.**- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

obtenido y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Así, se procede al siguiente análisis:

- (i) Naturaleza y gravedad de la infracción, daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

El artículo 6º de las Condiciones de Uso establece que incurrirá en infracción grave, la empresa operadora que no brinde información necesaria a cualquier persona para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

Asimismo, incurrirá en infracción la empresa operadora que no brinde, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa.

En el presente caso, la empresa AMÉRICA MÓVIL no otorgó información correcta a sus usuarios sobre la portabilidad numérica.

En consecuencia, la citada empresa ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, por lo que, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFP, corresponde la aplicación de una multa entre cincuenta y un (51) y ciento cincuenta (150) UIT.

- (ii) Magnitud del daño causado, perjuicio económico:

Si bien en casos como el presente no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico; es evidente que existe un perjuicio para aquellos abonados que no recibieron información correcta de AMÉRICA MÓVIL sobre la portabilidad numérica, lo cual podría haber generado un desincentivo en tales abonados para ejercer su derecho a la portabilidad numérica.

- (iii) Reincidencia, repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se han configurado las figuras de reincidencia y/o repetición. No obstante, se aprecia que la infracción se ha producido de manera continua, toda vez que, la conducta de AMÉRICA MÓVIL se detectó en las acciones de supervisión efectuadas por la GFS a través de las llamadas de prueba realizadas los días 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo y 21 y 22 de julio de 2010.

- (iv) Circunstancias de la comisión de la infracción, comportamiento posterior del sancionado, atenuantes de responsabilidad:

Es preciso referir que AMÉRICA MÓVIL conoce la importancia de garantizar el derecho a los usuarios a contar con información necesaria para tomar una decisión, toda vez que este Organismo en diversas oportunidades se ha manifestado sobre la necesidad de que las personas, en general, cuenten con la información idónea para tomar decisiones adecuadas de consumo. Asimismo, tal y como se ha indicado, el

accionar de AMÉRICA MÓVIL pudo haber conllevado a un desincentivo respecto al proceso de portabilidad.

Sin perjuicio de lo señalado, durante el desarrollo de las acciones de supervisión, se pudo advertir que AMÉRICA MÓVIL cumplió con brindar información correcta respecto a otros aspectos vinculados al proceso de portabilidad numérica.

(v) Beneficio obtenido por la comisión de la infracción:

No existen elementos objetivos para determinar el beneficio obtenido por AMÉRICA MÓVIL en el presente caso; no obstante, debe indicarse que éste se encuentra representado por los costos involucrados en todas aquellas actividades que debió realizar AMÉRICA MÓVIL, dirigidas a cumplir con brindar información de manera clara, veraz, detallada y precisa, como lo establece la normativa vigente.

Asimismo, es de destacar la vinculación existente entre el cumplimiento de esta obligación y la salvaguarda del ejercicio de la portabilidad numérica, existiendo incentivos importantes para que las empresas operadoras móviles no desplieguen las actuaciones necesarias o suficientes a efectos de que el proceso de portabilidad se desarrolle adecuadamente, dado que la permanencia de los abonados que se desisten de ejercer su derecho a portar les representa ingresos, ya sea por el tráfico que generen, como por el cargo de terminación de las llamadas entrantes que se efectúen hacia sus redes.

(vi) Intencionalidad en la comisión de la infracción:

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

(vii) Capacidad económica:

La LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, las acciones de supervisión que dieron lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador se realizaron en el año 2010, en tal sentido, la multa a imponerse a AMÉRICA MÓVIL no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2009.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFF y al principio de razonabilidad, corresponde sancionar a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A. con una multa de SETENTA Y CINCO (75) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6º de la misma norma respecto de la información brindada a los abonados en relación al Reglamento de Portabilidad, en las llamadas de prueba realizadas los días 12, 13, 14, 17, 19 y 25 de mayo de 2010, así como los días 21 y 22 de julio de 2010.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A., con SETENTA Y CINCO (75) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6º de la norma mencionada, respecto de la información brindada sobre el procedimiento de Portabilidad; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2º.- Dar por concluido el presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del artículo 6º de la misma norma, con relación a la llamada de fecha 26 de mayo de 2010; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3º.- Desestimar la solicitud de declaración de nulidad formulada por AMÉRICA MÓVIL S.A.; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 4º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 5º.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización y Supervisión coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y ponga en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas las multas impuestas para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

MARIO GALLO GALLLO
Gerente General