

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 282-2022- GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXP. N° 0013-2022-GG-DFI/PAS
FECHA	:	28 de octubre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	COORDINADOR DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - PRIMERA INSTANCIA	MONICA ROXANA OROZCO MATZUNAGA
REVISADO POR		
APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 282-2022-GG/OSIPTEL que declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 191-2022-GG/OSIPTEL que impuso una multa de 350 UIT por el incumplimiento de la medida cautelar contenida en la Resolución N° 712-2021-DFI/OSIPTEL a través del cual se ordenaba el cese de la contratación del servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso¹ (en adelante TUO de las Condiciones de Uso).

II. ANTECEDENTES

1. Mediante la Resolución de Medida Cautelar N° 712-2021-DFI/OSIPTEL notificada el 30 de diciembre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante la DFI) impuso una Medida Cautelar a AMÉRICA MÓVIL bajo los siguientes términos:

“SE RESUELVE:

Artículo Primero. - **IMPONER** una Medida Cautelar a **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.**; y, en consecuencia, en atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, **ORDENAR** que la empresa operadora proceda con lo siguiente:

(i) En el plazo máximo de un (1) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, tales como en puntos de ventas ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

Artículo Segundo.- El incumplimiento por parte de **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** de lo dispuesto en el numeral (i) del artículo primero de la presente resolución, constituirá **infracción muy grave**, la cual podrá ser sancionada con una multa de entre ciento cincuenta y un (151) y trescientas cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, en atención a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución”.

2. Mediante carta N° 404-DFI/2022 notificada el 22 de febrero de 2022, la DFI comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del procedimiento administrativo sancionador (en adelante PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en

1

Aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.



adelante, RGIS)², calificada como muy grave, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del primer artículo de la Resolución de Medida Cautelar N° 712-2021-DFI/OSIPTEL, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.

3. AMÉRICA MÓVIL, mediante carta s/n, recibida el 8 de marzo de 2022, presentó sus descargos por escrito.
4. Con fecha 30 de marzo de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00042-DFI/2022 conteniendo el análisis de los descargos presentados por la empresa operadora; el mismo que fue puesto en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL con Carta N° 226-GG/2022, notificada el 4 de abril de 2022, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
5. Mediante Resolución N° 191-2022-GG/OSIPTEL notificada el 22 de junio de 2022, se sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una multa de 350 UIT, por la comisión de la infracción calificada como muy grave tipificada en el artículo 28 del RGIS.
6. AMÉRICA MÓVIL, mediante escrito recibido el 14 de julio de 2022, interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 191-2022-GG/OSIPTEL, la misma que fue declarada infundada mediante Resolución N° 0282-2022-GG/OSIPTEL notificada el 31 de agosto de 2022.
7. El 20 de setiembre de 2022, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 0282-2022-GG/OSIPTEL.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el Artículo 27 del RGIS y los Artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

AMÉRICA MÓVIL sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Resolución Apelada ha desestimado determinados medios probatorios remitidos en calidad de nueva prueba en el marco del Recurso de Reconsideración, sobre la base de una justificación que carecería de base legal.
- 4.2. La resolución apelada es nula al vulnerar los Principios del Debido Procedimiento, de Legalidad y Confianza Legítima; toda vez que el órgano instructor habría adelantado opinión antes de que AMÉRICA MÓVIL formule

² Aprobado por la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias
³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS



descargos, siendo además que se ha utilizado como sustento para sancionar a diversas supervisiones encubiertas ilegales y un tipo de actas que no corresponde al tipo de supervisión realizado.

- 4.3. La primera instancia pretende establecer un estándar de diligencia debida que es desproporcionado, carece de base legal y es contrario al Principio de Culpabilidad.
- 4.4. La multa impuesta no se ha circunscrito a la razonabilidad y diligencia de la conducta de AMÉRICA MÓVIL, sino a la existencia de 6 casos aislados en los cuales los distribuidores autorizados habrían realizado la contratación en vía pública, a pesar de existir una orden expresa de la empresa operadora que prohibía dicha modalidad.
- 4.5. La resolución impugnada ha confirmado la multa impuesta, a partir de diversas afirmaciones que carecen de sustento legal y que no guardan relación con los hechos producidos en el presente caso.
- 4.6. Se ha vulnerado el Derecho de Defensa al omitirse la propuesta de sanción en el Informe Final de Instrucción.
- 4.7. La sanción impuesta contraviene el Principio de Tipicidad; toda vez que a través de una disposición reglamentaria no es legalmente admisible tipificar directa ni indirectamente infracciones administrativas.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de AMÉRICA MÓVIL, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la nueva prueba en el Recurso de Reconsideración. -

AMÉRICA MÓVIL indica que, la resolución apelada habría desarrollado un criterio ilegal sobre la nueva prueba como requisito de procedencia del Recurso de Reconsideración, creando artificialmente requisitos que no cuentan con sustento normativo alguno lo cual, a su entender, sería contrario al TUO de la LPAG, atentando contra el Principio de Informalismo y su derecho de contradicción.

En esa línea, considera que, la actuación de la Primera Instancia de desestimar medios probatorios sería excesivamente discrecional y arbitraria, pues determinaría unilateralmente y a su sola discreción si un medio probatorio aporta o no argumentos jurídicos ya analizados, o si aquel está o no referido al caso materia de evaluación lo cual, a la vez, restaría predictibilidad.

Sobre el particular, los artículos 120 y 217 del TUO de la LPAG establecen que, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos, es decir, el Recurso de Reconsideración y el de Apelación.



Ahora bien, conforme establece el artículo 219 del TUO de la LPAG, el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y debe sustentarse en nueva prueba, salvo actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia. Además, es importante indicar que, este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del Recurso de Apelación. Mientras que, el Recurso de Apelación, conforme establece el artículo 220 del TUO de la LPAG, se sustenta en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestionamientos de puro derecho, y quien resuelve es el superior jerárquico.

Además, es importante señalar que, el Recurso de Reconsideración tiene como finalidad que la misma autoridad que resolvió el procedimiento evalúe la nueva prueba aportada por el administrado y, sobre la base de dicho análisis, pueda modificar su pronunciamiento, de ser el caso. Sin embargo, la exigencia de nueva prueba para interponer un Recurso de Reconsideración debe ser entendida como la presentación de un nuevo medio probatorio que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos controvertidos, toda vez que solo así se justificaría que la misma autoridad administrativa tenga que revisar su propio análisis.

Precisamente, en esa línea, la doctrina⁴ señala que: “... *no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite reconsideración*”.

Por su parte, respecto a la naturaleza de la nueva prueba que debe ser presentada como requisito en el Recurso de Reconsideración, el Poder Judicial⁵ ha señalado lo siguiente: “*la nueva prueba debe servir para demostrar algún nuevo hecho o circunstancia, idea que es perfectamente aplicable a la finalidad del recurso de reconsideración, la cual es controlar las decisiones de la administración en términos de verdad material y ante la posibilidad de la generación de nuevos hechos*”.

En efecto, conforme a lo indicado, el Recurso de Reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente. Por lo tanto, no resultan pertinentes como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento⁶.

⁴ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

⁵ Resolución Administrativa N° 000438-2021-GG-PJ
Ver información en el link:

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9/RESOLUCION+ADMINISTRATIVA+438-2021-GG-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=1d8ec800453f07abbd51fd807c1f73f9>

⁶ Autoridad Nacional del Agua – ANA, al citar un pronunciamiento del Tribunal Nacional de Resoluciones de Controversias Hídricas, señala que “*No resulta idónea como Nueva Prueba la presentación de una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, así como tampoco la presentación de documentos originales*”



De lo expuesto, se concluye que la nueva prueba que es requisito para la interposición de un Recurso de Reconsideración, en ningún caso, incluye resoluciones, sentencias, pronunciamientos, entre otros, que solo aporten argumentos jurídicos analizados anteriormente o argumentos de derecho que no estén referidos al caso en particular y, tal como se ha señalado, un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un Recurso de Apelación.

Bajo esas consideraciones, en este caso en particular, se advierte que, en el escrito de fecha 14 de julio de 2022 presentado por AMÉRICA MÓVIL como Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 191-2022-GG/OSIPTEL, se presentó como nueva prueba el Informe N° 349-GFS/2016, la Resolución N° 010-2016-GG/OSIPTEL y Actas de supervisión que sustentaron la imposición de la Medida Cautelar dictada bajo el Expediente N° 0004-2020-GG-GSF/CAUTELAR, las mismas que fueron desestimadas en la medida que hacen referencia de forma genérica a cómo debe ser ejercida la potestad discrecional de la administración.

En el caso de las cartas N° 126-GSF/2020 y N° 239-GSF/2020, presentadas por AMÉRICA MÓVIL a efectos de cuestionar la modalidad (encubiertas) de las supervisiones realizadas en el presente caso; la primera instancia determinó que éstas no constituían “nueva prueba” en tanto no guardaban relación alguna con el objeto de supervisión de este procedimiento y no resultaban aplicable al caso considerando la naturaleza de las obligaciones materia de supervisión (art. 11-D del TUO de las Condiciones de Uso)

Sobre ello, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 282-2022-GG/OSIPTEL, esta Oficina considera que los medios probatorios presentados, no aportan nuevos argumentos que ameriten que dicha Instancia revise su pronunciamiento, sino que se limitan a alegaciones meramente jurídicas que no desvirtúan los hechos que sustentaron lo resuelto; por lo cual, no constituye nueva prueba.

5.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio del Debido Procedimiento, de Legalidad y Confianza Legítima alegada por AMÉRICA MÓVIL. -

AMÉRICA MÓVIL plantea la nulidad de la Resolución apelada bajo el amparo de los siguientes argumentos:

que ya obraban copia simple en el expediente, entre otros; por tanto, el recurso de reconsideración no es una vía para efectuar un reexamen de los argumentos y pruebas presentadas por el administrado, sino que está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente”.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 0472-2021-ANA-AAA.H

Ver información en el link:

<https://www.ana.gob.pe/sites/default/files/normatividad/files/RD%20472-2021.pdf>

Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA 6 señala que “no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan presentar nuevos argumentos sobre los hechos materia de controversia evaluados anteriormente, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con la aplicación del derecho”.

RESOLUCIÓN DIRECTORAL N° 1226-2018-OEFA/DFAI

Ver información en el link:

https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=31028#:~:text=El%20recurso%20de%20reconsideraci%C3%B3n%20se,n o%20se%20requiere%20nueva%20prueba.



a) Respecto del supuesto adelanto de opinión del órgano instructor:

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la DFI en su calidad de órgano instructor adelantó opinión al emitir el Informe de Supervisión, al afirmar en diversos extremos que la empresa operadora *“incumplió con lo dispuesto en la medida cautelar”*, vulnerando el Principio del Debido Procedimiento y el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL

En este punto, resulta relevante tomar en cuenta el pronunciamiento efectuado por el INDECOPI mediante la Resolución N° 0225-2019/SDC-INDECOPI, el cual a través del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, señala que *“el adelanto de opinión implica entonces que la autoridad a cargo del procedimiento ha emitido un juicio de valor manifestando previamente su posición – directamente o a través de recomendaciones – sobre el asunto de fondo que se encuentra sometido a su evaluación, de modo que se puede colegir que cuenta con una opinión formada sobre el sentido que tendrá la resolución final del procedimiento”*. (El subrayado es nuestro).

Al respecto, debemos indicar que el Informe de Supervisión N° 00011-DFI/SDF/2022 que sirvió de sustentó para el inicio del presente PAS se emitió en el marco de la verificación del cumplimiento de la Medida Cautelar impuesta a la empresa AMÉRICA MÓVIL a través de la Resolución N° 712-2021-DFI/OSIPTEL, y en concordancia con la función supervisora asignada por la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos el OSIPTEL, la cual comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada.

Como parte de dicha evaluación el Informe de Supervisión N° 00011-DFI/SDF/2022 concluyó que habrían indicios suficientes para iniciar un PAS a AMÉRICA MÓVIL toda vez que habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, al haber incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del artículo Primero de la Resolución N° 00712-2021-DFI/OSIPTEL.

Por lo tanto, tomando en cuenta lo descrito, el Informe de Supervisión N° 00011-DFI/SDF/2022 emitido por la DFI se encuentra acorde no solo a las competencias de dicho órgano sino también a los Principios de Legalidad y Debido Procedimiento, en tanto supone la conclusión de la etapa de supervisión. Por lo expuesto, quedan desvirtuados los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en este extremo en tanto no se vulnera ningún Principio del Procedimiento Administrativo y no se observa ninguna causal que genere la nulidad del mismo.

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



resolutor quien finalmente y de manera independiente e imparcial ha determinado la comisión o no de las infracciones imputadas.

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

b) Sobre el empleo de actas de levantamiento de información. -

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que el personal supervisor realizó una elección incorrecta e ilegal del tipo de acción de supervisión, precisando que se optó por la figura de “Levantamiento de Información” en lugar de realizar una “Acción de Supervisión” acorde con los hechos materia de fiscalización; siendo además que la Resolución Apelada no habría desarrollado justificación alguna que sustente la necesidad de haber optado por un Levantamiento de Información, vulnerando el Principio de Predictibilidad y Confianza Legítima que rige a las entidades públicas

Acorde a la señalado por AMÉRICA MÓVIL, para efectos de verificar si el personal de venta de una empresa operadora brinda información veraz y completa al usuario que contrata determinado servicio, se requeriría obligatoriamente la intervención del personal de la empresa operadora para que brinde información a través del intercambio de información entre el supervisor. Para tal efecto, alude que lo correcto era levantar un acta de Acción de Supervisión que permita al personal de la empresa supervisada efectuar observaciones o acaso comentarios sobre el supuesto proceso de contratación realizado, pudiendo inclusive firmar dicha acta.

En cuanto a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, cabe resaltar que el accionar del OSIPTEL, en el ejercicio de su función fiscalizadora, se rige por el Principio de Discrecionalidad, establecido en el literal d) del artículo 3 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF) y del Reglamento General de Fiscalización⁷ (en adelante, Reglamento de Fiscalización) según el cual es el OSIPTEL quien determina los planes y métodos de trabajo para la consecución de los fines de la supervisión.

De este modo, el OSIPTEL tiene la facultad legal de determinar sus planes y métodos de supervisión, siendo que el planteamiento del modo en el que se abordan las supervisiones fluye de la propia naturaleza de la disposición a verificar, la misma que en el presente PAS se encuentra relacionada a verificar el cumplimiento de la medida cautelar impuesta a través de la Resolución N° 712-2021-DFI/OSIPTEL; esto es, el cese de la contratación del servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL, tales como, puntos de venta ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

El artículo 22 del Reglamento de Fiscalización reconoce que las acciones de fiscalización se pueden realizar a través de diversos mecanismos - entre ellos - el levantamiento de información; el mismo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de dicho dispositivo legal, permite a través de la visualización, captura de pantalla, de audio o de video, la recolección de información contenida en una página Web, aplicativo, acceso remoto, u otras fuentes que guarden relación con

7

Aprobada con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL



el objeto de la supervisión, ya sean de la entidad supervisada, de un tercero o del mismo OSIPTEL.

De otro lado, el numeral 3 del artículo 240 del TUO de la LPAG⁸ reconoce que la administración pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada a realizar supervisiones con o sin notificación previa.

Al respecto, debemos tener presente que en el presente caso, las actas de levantamiento de información que sustentan el presente PAS recogen lo observado (visualización) a través de las acciones de supervisión realizadas por la DFI los días 6, 7 y 10 de enero de 2022, incluyendo grabaciones de audio y fotos mediante las cuales se podía advertir con mayor detalle lo ocurrido en las acciones mencionadas.

Resulta importante indicar que en las Actas de Levantamiento de Información se deja constancia de las incidencias observadas en la acción de supervisión realizada por el OSIPTEL, consignándose la identificación del supervisor que intervino en la acción de supervisión, la denominación de la empresa supervisada, indicación de la fuente de información, el objeto de la acción de supervisión, fecha y hora en la que se inició el levantamiento de información, mención de la información recabada, así como la firma respectiva del supervisor, cumpliendo de esa forma con los datos mínimos establecidos en el artículo 25 del Reglamento General de Fiscalización para su validez.

En la misma línea desarrollado por la primera instancia, esta oficina considera que si bien la figura del levantamiento de información recogido en el artículo 25° del Reglamento de Fiscalización y la acción de supervisión regulada en el artículo 27° de dicho cuerpo normativo constituyen modalidades de supervisión con reglas diferenciadas, ambas comparten la misma finalidad referida a recabar distintos hechos a fin de poder determinar el cumplimiento o incumplimiento de las distintas obligaciones a las que se encuentra sujeta la empresa operadora; siendo que la utilización de una o de otra dependerá de la obligación supervisada y de lo que determine el Órgano Supervisor con arreglo al Principio de Discrecionalidad, Costo-Eficiencia, Razonabilidad y Proporcionalidad.

Debemos indicar que no es la primera vez que la DFI lleva a cabo acciones de supervisión a través de levantamiento de información, siendo que en el procedimiento administrativo sancionador seguido en el expediente N° 00069-2020-GG-GSF/PAS, a efectos de verificar el cumplimiento de la medida cautelar impuesta a través de la Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL, se empleó dicha modalidad, la misma que fue validada por el Consejo Directivo a través del pronunciamiento emitido en segunda instancia mediante Resolución N° 00195-

⁸ **“Artículo 240.- Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización**

(...)

240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

(...)

Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda”.

[Subrayado agregado]



2021-CD/OSIPTEL de fecha 20 de octubre de 2021, desestimándose vulneración alguna al Principio de Predictibilidad.

c) Sobre las supervisiones encubiertas. -

AMÉRICA MÓVIL indica que la modalidad de fiscalización encubierta empleada por la DFI es contraria al sentido y al texto expreso de las normas contenidas en el TUO de la LPAG que regulan dicho procedimiento, las mismas que exigen al fiscalizador identificarse desde el inicio del procedimiento y que le otorgan determinados derechos a los administrados durante dicha acción, como la posibilidad de grabar la diligencia y de contar con asesoría profesional.

Debido a ello, AMÉRICA MÓVIL manifiesta que la totalidad de las seis (6) Actas de Levantamiento de Información que sustentan la sanción impuesta resultan nulas, en tanto vulneran los derechos de los administrados previstos expresamente en el TUO de la LPAG, lo que determina que la sanción impuesta deba ser dejada sin efecto por el superior jerárquico.

Al respecto, el artículo 14⁹ de la LDFF atribuye al OSIPTEL la facultad de ejecutar acciones de supervisión en las que, entre otros supuestos, los supervisores se comporten como usuarios a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora.

En este punto, resulta pertinente tener en consideración el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional¹⁰ a través del cual señala que el OSIPTEL, en su calidad de regulador de las telecomunicaciones, puede adoptar todas las medidas necesarias, oportunas y eficaces para contrarrestar las lesiones o amenazas de violación de los derechos de los usuarios. Justamente una de las medidas destinadas a prevenir la afectación de tales derechos e intereses consiste en que los supervisores del OSIPTEL, en el marco de una acción de supervisión, hagan las veces de usuarios; tal como se detalla a continuación:

“(...)

§5. Deber especial de protección de los derechos de los usuarios y consumidores

15. (...)

En el ámbito de la prestación del servicio público de telefonía, el genérico deber especial de protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, está en manos de OSIPTEL. A este se le ha confiado, entre otras tareas, la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios derivados de la prestación del servicio público de telefonía. Como tal, involucra la exigencia de un papel garantista de los intereses y derechos de los consumidores y usuarios de los servicios de telefonía frente a las amenazas o violaciones de los derechos fundamentales que pudieran provenir de los

⁹ **“Artículo 14.- Acción de la supervisión sin previo aviso**

Los funcionarios de OSIPTEL o los especialistas instruidos para efectos de realizar una acción de supervisión pueden comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora, dentro de los límites establecidos en el Artículo 4 de la presente Ley. En tales casos su acción no tiene que restringirse al trato o información que se les brinda a ellos directamente, sino que puede incluir información respecto del trato e información que se brinda a otras personas”.

¹⁰ Mayor detalle en la sentencia recaída en el Expediente N° 00858-2003-AA/TC. Disponible en <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00858-2003-AA.html>



agentes económicos que prestan dicho servicio público. De modo que éste debe y tiene que adoptar todas las medidas necesarias, oportunas y eficaces para contrarrestar apropiadamente las lesiones o amenazas de violación de los derechos de los consumidores y de los usuarios.

(...)

Para ello, y dentro de sus competencias, OSIPTEL está en la obligación no sólo de dictar todas las medidas reglamentarias adecuadas y necesarias orientadas a protegerlos, sino, también, de realizar todas las acciones de control y supervisión sobre los entes prestadores de este servicio público, a fin de evitar que consumidores y usuarios puedan resultar lesionados en sus derechos e intereses legítimos.

(...)

[Subrayado agregado]

Cabe precisar que la idea de realizar supervisiones encubiertas en el caso particular era poder observar el comportamiento de la empresa operadora frente a usuarios convencionales. En esa línea, era necesario que los supervisores de este Organismo Regulador actuaran como usuarios; dado que, de otro modo, su participación como representantes del OSIPTEL hubiera tergiversado los fines de la supervisión, es decir, no se hubiera podido verificar el comportamiento de la empresa operadora sin que algún factor pudiera condicionar su conducta.

Por lo tanto, y contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, no se advierte que la modalidad de supervisión empleada por la DFI implique una vulneración a lo dispuesto en el TUO de la LPAG ni a los derechos de la empresa citada, más aún cuando esta ha tenido acceso a las actas materia de imputación del presente PAS cuando se le remitió la copia del Expediente de Supervisión mediante la Carta de Imputación de Cargos.

En consecuencia, toda vez que las acciones de supervisión no vulneran el Principio de Legalidad, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en el presente extremo.

5.3. Sobre el deber de diligencia exigible a AMÉRICA MÓVIL. -

AMÉRICA MÓVIL manifiesta haber acreditado una serie de acciones diligentes para dar cumplimiento a la Medida Cautelar, a pesar de que ninguna norma del marco legal aplicable prohíbe la contratación de servicios públicos de telecomunicaciones en la vía pública; no obstante a ello, alega que la Resolución Apelada no ha analizado debidamente los alcances del Comunicado N° 22-001 de fecha 4 de enero de 2022 - remitido luego de notificada la Medida Cautelar – a través del cual AMÉRICA MÓVIL brinda diversas indicaciones a sus socios comerciales para que cumpla la orden del OSIPTEL, referida al cese de la contratación de servicios móviles en la vía pública.

De otro lado, AMÉRICA MÓVIL señala que viene dando indicaciones expresas desde mucho antes de la emisión de la Medida Cautelar, a fin de dar cumplimiento a las tres medidas cautelares impuestas de manera previa consignando la misma orden, lo cual demostraría su diligencia debida.

AMÉRICA MÓVIL, indica que la Resolución Apelada pretende crear un parámetro de la diligencia debida irrazonable, materialmente imposible de cumplir y



totalmente desproporcionado, sin que éste se encuentre establecido en norma legal alguna; al exigir a la empresa operadora – en el plazo de un día - vigilar y controlar que todas las contrataciones por parte de sus socios comerciales se efectúen en puntos de venta autorizados y que garantice que aquellas no se realizarán en la vía pública.

Al respecto, debe precisarse que la infracción materia del PAS se configura cuando la empresa operadora infringe un deber de cuidado que le es exigible y cuyo resultado lesivo pudo prever.

La doctrina especializada –reconocida fuente del derecho–, señala que la “diligencia” debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que, en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren habilitación administrativa (como es el caso de la Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones) y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior.

Atendiendo a ello, el nivel de diligencia exigido a AMÉRICA MÓVIL debe ser alto, puesto que dicha empresa operadora, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado.

De acuerdo a lo expuesto, se espera que AMÉRICA MÓVIL adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control; no obstante, la empresa no ha aportado medios probatorios que permitan acreditar dicha situación ni ha precisado cuales son las circunstancias que le habrían impedido cumplir con la obligación a su cargo.

En el caso en particular, al haberse verificado en 6 acciones de supervisión realizadas el 6, 7 y 10 de enero de 2022 que los vendedores de AMÉRICA MÓVIL seguían realizando la contratación en la vía pública, se puede concluir que los comunicados a las que alude la empresa operadora no fueron suficientes para dar cabal cumplimiento a la medida cautelar, infringiendo el deber de cuidado que impone el artículo 28 del RGIS.

5.4. Sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad

A través de su recurso de apelación, AMÉRICA MÓVIL manifiesta que la resolución impugnada carece de razonabilidad y resulta desproporcionada, al circunscribirse en seis (6) presuntos casos aislados en los cuales los distribuidores autorizados habrían realizado la contratación en la vía pública, a pesar de existir múltiples órdenes expresas de la empresa operadora que prohibía dicha modalidad.

Al respecto, es importante señalar que la tipificación prevista en el artículo 28 del RGIS contempla la posibilidad de sancionar el incumplimiento de la empresa operadora, independientemente de la cantidad de situaciones o casos en los que



se advierta el incumplimiento. De este modo, bastaría que el órgano supervisor detecte un único incumplimiento para que dicha conducta sea sancionada.

Asimismo, se advierte que la Primera Instancia, tomó en consideración la trascendencia del bien jurídico protegido, esto es garantizar que las contrataciones se realicen en lugares identificados, permanentes e informados por las empresas operadoras para evitar posibles problemas que se puedan presentar en la contratación tales como usurpaciones de identidad, mal uso de datos personales, entre otros.

Asimismo, la primera instancia evaluó la posibilidad de imponer alguna medida menos aflictiva que una sanción; sin embargo, concluyó que, dadas las particularidades del presente caso y que no es la primera¹¹ vez que AMÉRICA MÓVIL incurre en el incumplimiento de una orden dispuesta por este Organismo Regulador relacionada con el cese de la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11°-D del TUO de las Condiciones de Uso; ninguna resultaba igualmente de efectiva que la multa finalmente impuesta.

En consecuencia, al no existir vulneración del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en el presente extremo.

5.5. Sobre la graduación de la multa. -

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que la Primera Instancia ha determinado y graduado las sanciones en forma incorrecta, en base a diversas afirmaciones que carecen de sustento legal y no guardan relación con los hechos producidos en el presente caso. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL precisa lo siguiente:

- **Beneficio ilícito resultante por la comisión de las infracciones:** la empresa operadora sostiene que, al haber cumplido con remitir las direcciones de sus distribuidores autorizados, no es necesario considerar algún costo adicional si ya ha incurrido en diversos costos para implementar tales puntos de venta.
- **Probabilidad de detección:** AMÉRICA MÓVIL considera que la probabilidad de detección debe ser considerada como “muy alta” al existir plena disponibilidad sobre las direcciones de los puntos de venta habilitados para la contratación del servicio y por el hecho que el OSIPTEL convirtió esta materia en una campaña sobre la contratación en vía pública, tal como se advierte de los comunicados expuestos por el regulador.
- **Reincidencia:** En el presente caso no se ha configurado un supuesto de reincidencia, en tanto que la Resolución N°195-2021- CD/OSIPTEL aludida por la primera instancia aún no ha adquirido firmeza, toda vez que ha sido impugnada judicialmente ante el Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

11

Resolución N° 194-2020CD/OSIPTEL, 062-2022CD/OSIPTEL

- No se ha valorado debidamente como factor atenuante de la responsabilidad, las acciones sucesivas realizadas – a través de instructivos y comunicados - que demostrarían la diligencia de la empresa operadora.

En relación con lo indicado por AMÉRICA MÓVIL respecto del beneficio ilícito, es preciso confirmar lo indicado por la Primera Instancia. Así, fue correcto considerar dentro de dicho criterio, los costos evitados asociados a la implementación de un punto de venta autorizado así como los ingresos obtenidos por la contratación del servicio en forma indebida en la vía pública activadas de forma indebida.

En cuanto a la probabilidad de detección coincidimos con lo resuelto por la Primera Instancia en cuanto señala que la probabilidad de detección del incumplimiento de la medida cautelar es “muy baja”, en la medida que la verificación de la comisión de la infracción dependería de contrastar las direcciones de los puntos de venta habilitados para la contratación del servicio, que han sido reportados al OSIPTEL, con la ubicación de cada uno de los puntos de venta en los cuales se efectuaron las contrataciones del servicio público móvil.

Respecto a la aplicación de la reincidencia, debemos tener en cuenta que ésta como criterio de graduación de la sanción persigue desincentivar la comisión frecuente de infracciones, mediante una mayor punición al haberse repetido su configuración, en un plazo determinado. Su finalidad es influir en el comportamiento del agente infractor para disuadirlo al respecto; y, como consecuencia de ello, proteger a la sociedad de tales conductas no deseadas.

Lo anterior no sería posible si el agente infractor no tiene conocimiento cierto que, determinada conducta (por acción u omisión) es considerada infracción administrativa.

Respecto a ello, cabe indicar que, de acuerdo con el artículo 212° del TUO de la LPAG¹², un acto firme es aquel en el que no procede recurso impugnatorio, debido al vencimiento de los plazos. Mientras que por acto administrativo que causa estado, debe entenderse aquel expedido por la más alta autoridad administrativa competente, una vez agotados todos los medios impugnatorios establecidos en las normas que rigen el procedimiento administrativo¹³.

En este punto, es preciso tener presente que, el Tribunal Constitucional ha señalado que, *“en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda”*¹⁴

En ese sentido, el hecho que AMÉRICA MÓVIL haya impugnado en sede judicial la Resolución N° 195-2021-CD/OSIPTEL; no desvirtúa los supuestos de aplicación del criterio de reincidencia, toda vez que: i) la Resolución N° 195-2021CD/OSIPTEL, a través de la cual se confirmó la sanción a dicha empresa por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS por el

¹² **Artículo 222.- Acto firme**
Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.”

¹³ Sentencia emitida en el Expediente N° 447-2000, el veintiocho de mayo del dos mil tres. por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República

¹⁴ Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2010, emitida en el Expediente N° 01873-2009-PMC



incumplimiento de la orden de cese de la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11°-D del TUO de las Condiciones de Uso, ha quedado firme en vía administrativa o causado estado y; ii) la empresa ha cometido la misma infracción dentro del año de haber quedado firme o causado estado la resolución de sanción; cumpliéndose de esa forma los supuestos establecidos en el literal a) del artículo 18° del RGIS.

En cuanto a las medidas que AMÉRICA MÓVIL invoca haber adoptado, debemos reiterar que le corresponde a la empresa operadora adoptar todas las medidas necesarias para que sus socios comerciales, distribuidores y vendedores se abstengan de realizar contracciones o venta de celulares en la vía pública, no siendo una medida idónea ni lo suficientemente diligente el solo hecho de remitir comunicaciones con la finalidad de avisar la prohibición de la actividad infractora

Por lo expuesto, toda vez que la Primera Instancia ha graduado las sanciones valorando adecuadamente los criterios establecidos en el TUO de la LPAG y conforme a los parámetros legales previstos en la LDFF, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

5.6. Sobre la propuesta de sanción en el Informe Final de Instrucción. -

AMÉRICA MÓVIL sostiene que el Informe Final de Instrucción recomendó una sanción de una multa entre 151 y 350 UIT; sin embargo, en ningún extremo de dicho documento se indicó cuál era la cuantía específica recomendada por la autoridad instructora; generando un estado de indefensión en la medida que no contó con un parámetro mínimo sobre la cuantía de la multa que eventualmente se le podía imponer.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 255¹⁵ del TUO de la LPAG, establece que corresponde al Órgano de Instrucción elaborar un informe en el que se concluya determinando las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, así como la norma que prevé la imposición de sanción y la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

En ese sentido, a diferencia de lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, conforme a lo dispuesto en el TUO de la LPAG, no se ha establecido expresamente que, entre las recomendaciones efectuadas por el Órgano de Instrucción, se realice el cálculo de la multa.

En esa misma línea, en el artículo 20¹⁶ del RFIS se establece que, una vez culminada la etapa de instrucción, en calidad de Órgano de Instrucción, la DFI

15

“Artículo 255.- Procedimiento sancionador

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

(...)

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

16

“Artículo 20.- Funciones de los órganos de Instrucción



emite un informe, de carácter no vinculante, proponiendo la imposición de una sanción o el archivo del procedimiento; siendo competencia del Órgano de Resolución –entre ellos la Gerencia General- aplicar la sanción que corresponda, lo que supone la determinación de la sanción así como su monto.

Adicionalmente a ello, es preciso resaltar que el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL no se ha visto afectado, en la medida que ante la imposición de la sanción de multa impuesta por la Primera Instancia, dicha empresa ha podido interponer su recurso de reconsideración y apelación el cual, justamente, es materia de evaluación.

Por lo tanto, se evidencia que la DFI actuó conforme al procedimiento legal establecido, no habiéndose vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, ni el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL.

Cabe indicar que las actuaciones de otras entidades u órganos de instrucción no son vinculantes a la DFI ni corresponda que deba adecuar su accionar a dichas prácticas, sobre todo considerando que viene ejerciendo sus funciones conforme a Ley.

En consecuencia, dado que la emisión del Informe Final de Instrucción no vulnera el Derecho de Defensa de AMÉRICA MÓVIL, corresponde desestimar sus argumentos en el presente extremo.

5.7. Sobre la tipificación que sustenta la sanción impuesta

AMÉRICA MÓVIL afirma que a través de una disposición reglamentaria no es legalmente admisible tipificar directa ni indirectamente infracciones administrativas. De acuerdo a ello, señala que una disposición reglamentaria como el artículo 28° del RGIS jurídicamente no puede tipificar una nueva infracción, ya que ello no solo es contrario al Principio de Tipicidad y a lo señalado por el Tribunal Constitucional, sino que además atenta contra diversas garantías del debido procedimiento.

En el presente caso se advierte que, el incumplimiento de una medida cautelar se encuentra tipificado en el artículo 28 del RGIS, que dispone que la empresa operadora que no ejecute lo ordenado por el Regulador, incurrirá en infracción leve, salvo que en la misma se establezca una calificación distinta. Cabe señalar que dicha calificación podrá variar en función, entre otros supuestos, de la urgencia e importancia de la medida que el OSIPTEL ordena cumplir.

De acuerdo a ello, la tipificación de la conducta se encuentra establecida en el RGIS, norma emitida por el Consejo Directivo, en el ejercicio de su facultad normativa, siendo que lo único que queda postergado para la emisión del acto administrativo que impone la medida cautelar, previa habilitación, es la calificación del incumplimiento, lo cual no afecta el Principio de Tipicidad, en la medida que la

A los órganos de instrucción les corresponde:

(...)

(iii) Emitir el informe que proponga al órgano de resolución la imposición de una sanción y, de ser el caso, el establecimiento de obligaciones específicas a efectos de cesar las acciones u omisiones que dieron lugar a la misma, así como revertir todo efecto derivado; o, el archivo del procedimiento”.



lógica de que la determinación de la gravedad de una conducta se efectúe en cada caso en particular, es que se pondere el impacto de un posible incumplimiento en el bien jurídico protegido, así como los parámetros de lo que se ordene.

Cabe precisar que el hecho de que la calificación de una conducta se efectúe a través de una Resolución de la DFI, no impacta en el Principio de Tipicidad ni de Legalidad, toda vez que dicha posibilidad ha sido prevista expresamente por el artículo 28 del RGIS, cuerpo normativo que ha sido expedido por el Consejo Directivo del OSIPTEL en ejercicio de la facultad normativa atribuida por la Ley N° 27332.

Es importante señalar que dicha Ley establece que la función normativa también comprende la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

En virtud de lo antes señalado, al no existir vulneración del Principio de Tipicidad, Razonabilidad y Ejercicio Legítimo del Poder en la calificación de la infracción, los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo quedan desvirtuados.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC contra la Resolución N° 282-2022-GG/OSIPTEL y confirmar la multa impuesta de 350 UIT, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente informe. Asimismo, se recomienda desestimar la solicitud de nulidad planteada por la empresa operadora.

Atentamente,

