

INFORME N° 116-GAL/2012

A : **MARIO GALLO GALLO**
Gerente General

DE : **L. ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA**
Gerente de Asesoría Legal

ASUNTO : **Recurso de Apelación presentado por la empresa América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 192-2012-GG/OSIPTEL**

REF. : Expediente N° 00004-2011-GG-GFS/PAS

FECHA : 27 de junio de 2012

I. RESUMEN:

En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C. (en adelante AMÉRICA MÓVIL), contra la Resolución de Gerencia General N° 192-2012-GG/OSIPTEL –en lo sucesivo “la Resolución”- que declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 063-2012-GG/OSIPTEL, resolución que impuso a AMÉRICA MÓVIL una multa ascendente a setenta y cinco (75) Unidades Impositivas Tributarias (en lo sucesivo “UITs) al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL –en lo sucesivo “las Condiciones de Uso”-, al brindar a sus usuarios información que no era veraz, ni precisa de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Portabilidad Numérica en los Servicios Públicos Móviles (Reglamento de Portabilidad), aprobado mediante Resolución N° 044-2008-CD/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES:

1. El 21 de enero de 2011, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (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.
3. Mediante carta DMR/CE/N° 254/11, recibida con fecha 14 de marzo de 2011, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.
4. 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.
5. Mediante Carta DMR/CE/N°465/11, recibida el 29 de abril de 2011, AMÉRICA MÓVIL presentó la ampliación de sus descargos.
6. Mediante Resolución N° 063-2012-GG/OSIPTTEL de fecha 20 de febrero de 2012, se resolvió multar a la empresa AMÉRICA MÓVIL con setenta y cinco (75) UITs, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de la norma mencionada, respecto de la información brindada sobre el procedimiento de Portabilidad.
7. El 19 de marzo de 2012, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 063-2012-GG/OSIPTTEL.
8. Mediante Resolución N° 192-2012-GG/OSIPTTEL de fecha 03 de mayo de 2012, se resolvió declarar infundado el Recurso de Reconsideración presentado por AMÉRICA MÓVIL.

III. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

La Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444 (en adelante, LPAG) en su artículo 207° establece que el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios. Asimismo, el artículo 209° de la LPAG prescribe que el Recurso de Apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

De la revisión del escrito de apelación se desprende que el mismo cumple con los requisitos del párrafo anterior puesto que:

- a) En la impugnación, AMÉRICA MÓVIL cuestiona la Resolución N° 192-2012-GG/OSIPTEL mediante la cual se confirmó la resolución que le impuso una sanción de multa.
- b) La impugnación de AMÉRICA MÓVIL se sustenta en diferente interpretación de las pruebas obrantes en autos y en cuestiones de puro derecho.
- c) Se advierte del cargo de notificación obrante en el Expediente N° 00004-2011-GG-GFS/PAS, que la Resolución N° 192-2012-GG/OSIPTEL fue válidamente notificada el 08 de mayo de 2012 y que el Recurso de Apelación de AMÉRICA MÓVIL ingresó a la Mesa de Partes del OSIPTEL el 29 de mayo de 2012; es decir, dentro del plazo previsto en la norma.

En virtud a lo señalado, el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL es admisible y procedente en cuanto a su tramitación.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

AMÉRICA MÓVIL solicita se declare la nulidad de la Resolución sobre la base de los siguientes argumentos:

- La Resolución habría sido emitida vulnerando el derecho de defensa, el derecho a ofrecer pruebas, debido procedimiento y sin adecuada motivación.
- La GFS no sería competente para ser el órgano instructor de este PAS.
- Las llamadas de pruebas que dieron origen a este PAS y su incorporación al Expediente N° 00090-2010-GG-GFS son actos nulos.
- La Gerencia General no autorizó a la GFS la incorporación de las llamadas de prueba realizadas en el expediente N° 0087-2010-GG-GFS y que dieron origen a este PAS al Expediente N° 0090-20100-GG-GFS.
- No se ha acreditado la autorización de la Gerencia General para la realización de llamadas de prueba.
- La notificación de cargos y, por ende la Resolución, vulneraría el principio de tipicidad.
- Se habría violado el Principio Non Bis In Idem.
- La información brindada por AMÉRICA MÓVIL cumple con lo establecido en el artículo 6° de las Condiciones de Uso.

V. ANÁLISIS DE LOS FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

A continuación procederemos a analizar los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL:

5.1 La Resolución habría sido emitida vulnerando el derecho de defensa, el derecho a ofrecer pruebas, debido procedimiento y sin adecuada motivación

AMÉRICA MÓVIL señala que la Resolución es nula porque viola el derecho de defensa y al debido procedimiento al no existir el respectivo Informe Legal que analice todos los argumentos expuestos en el Recurso de Reconsideración de AMÉRICA MÓVIL, con lo cual no se le habría proporcionado las razones que conllevaron a declarar infundado su recurso. Agrega a ello que ni el Informe N° 045-PIA/2012 ni la Resolución evalúan sus argumentos de fondo.

Agrega AMÉRICA MÓVIL que el sustento utilizado en la Resolución para declarar infundado su Recurso de Reconsideración resulta insuficiente, pues el mismo se limita única y exclusivamente a realizar un breve comentario respecto de los medios probatorios presentados sin que exista un pronunciamiento de fondo respecto a los demás argumentos expuestos.

Asimismo, indica que el impedir que un administrado pueda ejercer su derecho de defensa en relación con medios probatorios, constituye una violación clara a la LPAG y a la Constitución. En su opinión, la Gerencia General no habría otorgado validez jurídica a ninguno de los medios probatorios que se acompañaron como sustento a su recurso de reconsideración por lo que no han sido debidamente valorados a efectos de procurar una nueva revisión de la decisión adoptada.

En su opinión, los medios probatorios que se adjuntaron al Recurso de Reconsideración generan convicción respecto a la actuación diligente de AMÉRICA MÓVIL frente a las obligaciones contenidas en las Condiciones Uso y el Reglamento de Portabilidad Numérica. No obstante dicha actuación diligente, se presentan casos aislados, fortuitos y excepcionales que no permiten asegurar siempre lo anterior pues los asesores comerciales pueden equivocarse y ello no implica necesariamente que AMÉRICA MÓVIL incumpla la normativa ya que ha adoptado todas las medidas existentes para evitar que dicha situación se presente. La Gerencia General debió valorar los medios probatorios remitidos y, en virtud del Principio de Proporcionalidad, merituar la necesidad de imponer a AMÉRICA MÓVIL una multa tan gravosa.

Al respecto, resulta pertinente hacer una cita de doctrina referida a la regulación del Recurso de Reconsideración. En ese sentido, Juan Carlos Morón señala lo siguiente:

“Precisamente para nuestro legislador no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión, con solo pedírselo, 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 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 de cambio del criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración.

Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento administrativo. Pero a condición que sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, la presentación del documento original

cuando en el expediente obraba una copia simple, entre otras.” (1)

Es así que, conforme lo señalado por Morón, mal podría AMÉRICA MÓVIL solicitar que el órgano resolutorio de primera instancia, en la medida en que desestimó la nueva prueba aportada, revise su resolución sin haber aportado un fundamento probatorio que justifique ello. No basta una nueva argumentación jurídica como sustento de un Recurso de Reconsideración, y en consecuencia, no se afecta en modo alguno el principio de congruencia y por el contrario, se habría respetado plenamente el sentido de la existencia de un recurso –que es opcional para el administrado- como el de reconsideración.

Además, conforme lo anteriormente señalado en relación a la razón de ser del Recurso de Reconsideración y al análisis de pruebas aportadas, a lo que nos remitimos, la actuación de la Gerencia General ha sido plenamente ajustada a derecho al declarar que:

“Sobre el particular, se observa que la empresa AMÉRICA MÓVIL sustenta su recurso de reconsideración con la documentación señalada en los numerales (i) y (ii); sin embargo, se advierte que dichos documentos no constituyen medios probatorios que permitan desvirtuar los hechos observados y analizados en la resolución impugnada.

En efecto, no es posible considerar que dichos documentos descarten el hecho que AMÉRICA MÓVIL haya incumplido con lo dispuesto en el artículo 6º de la Condiciones de Uso, por cuanto a través de las llamadas de pruebas 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 advirtió que la referida empresa brindó a sus usuarios información que no era veraz, ni precisa en lo referido a las disposiciones contenidas en el Reglamento de Portabilidad Numérica; en tal sentido, dichos medios probatorios no justifican la revisión del análisis ya efectuado en la resolución impugnada, ni exime de responsabilidad a AMÉRICA MÓVIL de los hechos señalados en la imputación de cargos formulada en el presente PAS.

En ese sentido, se aprecia que la nueva prueba, presentada por la empresa AMÉRICA MÓVIL, no desvirtúa que la referida empresa haya incurrido en la infracción prevista en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, por lo que el recurso de reconsideración interpuesto debe ser declarado infundado.”

Por tanto, no cabe sustentar vulneración alguna al principio del debido procedimiento, al derecho de defensa, el derecho a ofrecer pruebas, debido procedimiento y sin adecuada motivación.

5.2 Sobre la competencia de la GFS en el PAS

AMÉRICA MÓVIL cuestiona la competencia de la GFS respecto al inicio y tramitación del presente procedimiento sancionador sosteniendo que los funcionarios que detectaron la supuesta conducta infractora son funcionarios de la Gerencia de Protección y Servicio al Usuario, y no de la GFS, por lo que no correspondía a la GFS ser el órgano instructor de este procedimiento, de conformidad con lo establecido en artículo 54º del RGIS.

Agrega a ello que el Decreto Supremo N° 104-2010-PCM no puede ser aplicable al caso concreto por cuanto las acciones de supervisión (llamadas de prueba de

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. 8ª. ed. revisada y actualizada. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. P. 614.

mayo y junio de 2010) constituyen el único y exclusivo sustento del inicio del presente PAS y estas se dieron durante la vigencia del artículo 54º del RGIS motivo por el cual esta sería la norma aplicable y, por ende, la GFS no sería el órgano competente para notificar el intento de sanción contenido en la Notificación de Cargos. Como consecuencia de ello, todas las actuaciones que ha producido la GFS serían nulas incluyendo las actuaciones de la Gerencia General.

Con relación a lo alegado debe indicarse que, de conformidad con lo establecido en la LPAG⁽²⁾, el ejercicio de la potestad sancionadora corresponde exclusivamente a las autoridades administrativas a quienes le hayan sido expresamente atribuidas por disposición legal o reglamentaria. Asimismo, el artículo 234º de la LPAG, y de manera específica el artículo 27º de la LDFF establecen la exigencia de diferenciar el órgano instructor del órgano resolutorio, dentro de los procedimientos administrativos sancionadores.

En el caso del OSIPTEL, el artículo 54º 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 GFS como órgano de instrucción en los procedimientos sancionadores, cuya competencia sea de la Gerencia General.

Teniendo en cuenta ello, si bien las acciones de supervisión que motivan el inicio del presente PAS fueron efectuadas durante la vigencia de lo dispuesto en el artículo 54º 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⁽³⁾. En base a ello y en aplicación de la regla de la aplicación de la ley en el tiempo

2 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.

3 (...)

**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.

(...)

6.2.3 Subgerencia Prevención, Instrucción y Asuntos Normativos

Artículo 45º.- 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. 46º.- Funciones

(...)

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

(...)

(Sin subrayado en el original).

prevista de forma general en la Constitución Política del Perú de 1993 (4), correspondía que la GFS sea el órgano instructor.

En efecto, 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 (carta de intento de sanción) (5), fecha posterior a la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 104-2010- PCM, por lo que la determinación del órgano instructor se rige por la regla vigente al momento en que dicha relación jurídica se instaura; siendo, por tanto, la GFS el órgano competente para efectos de la instrucción del presente procedimiento sancionador.

5.3 Sobre la incorporación de las llamadas de prueba en el expediente de supervisión N° 00090-2010-GG-GFS

AMÉRICA MÓVIL señala que son nulas todas las llamadas de prueba realizadas a su servicio de atención al cliente, e incorporadas en el expediente de supervisión N° 00090-2010-GG-GFS que sustenta el PAS y, a su vez, todo el procedimiento.

Agrega que, en el expediente de supervisión N° 00090-2010-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, deviniendo en nulas en tanto contravendrían las reglas aplicables a las acciones de supervisión con previo aviso.

Sobre el particular, es preciso indicar que el expediente de supervisión N° 00090-2010-GG-GFS no se inició con la única finalidad de atender el requerimiento realizado, a través del Memorándum N° 435-GG/2009, referido a verificar la información de los argumentarios o instructivos que utilizan las empresas operadoras para atender a sus usuarios. Es claro que el objetivo del Plan de Supervisión del citado expediente comprendía la verificación del cumplimiento por parte de AMÉRICA MÓVIL de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso de manera general, sin restricción (6).

4 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

5 Artículo 235°.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:
(...)

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

6 Tal y como se indica en el Objetivo del Plan de Supervisión respecto de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6° 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 6° 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. (...)

Por lo tanto, se encontraba facultada la GFS para utilizar de forma indistinta cualquiera de las acciones previstas por la normativa: 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) para cumplir con su objetivo, conforme lo dispone el artículo 12º de la LDFF. Si bien el requerimiento específico efectuado por la Gerencia General del OSIPTEL se encuadra dentro del objeto de supervisión del referido artículo, no determina los alcances ni la modalidad a emplear para su supervisión.

5.4 Sobre la falta de autorización de la Gerencia General para la incorporación de llamadas de prueba

AMÉRICA MÓVIL indica que la incorporación de las llamadas de prueba en cuestión al Expediente de Supervisión N° 00090-2010-GG-GFS se realizó sin contar con la debida autorización a que hace referencia el Reglamento de Acciones de Supervisión, por lo que dicha actuación sería nula.

De conformidad con lo establecido en el artículo 37º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, 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. Por ello, 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.

Sobre el particular, no resulta inválida la incorporación de las acciones de supervisión realizadas en el expediente N° 00087-2010-GG-GFS al expediente N° 00090-2010-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 6º de las Condiciones de Uso, sobre el procedimiento de Portabilidad Numérica, siendo que en el expediente N° 00090-2010-GG-GFS, el objeto de supervisión era precisamente el de verificar el cumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso por parte de AMÉRICA MÓVIL. Hacer caso omiso de dicha conducta no sólo sería poco razonable sino que iría en contra de los deberes que se le han asignado al OSIPTEL como organismo supervisor del sector.

En ese sentido, resulta válida la incorporación de las acciones de supervisión realizadas en el expediente N° 00087-2010-GG-GFS al expediente N° 00090-2010-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⁽⁷⁾, así como el de Celeridad⁽⁸⁾ dispuesto en el

7 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.

8 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.

Reglamento General del OSIPTEL.

5.5 Sobre la falta de autorización de la Gerencia General para realizar llamadas de supervisión

AMÉRICA MÓVIL señala en su apelación que no existe documento alguno a través del cual se desprenda la habilitación emanada por parte de la Gerencia para que los funcionarios que realizaron las llamadas de prueba se constituyan en competentes para realizarlas.

Agrega, que no desconoce la competencia de las Oficinas Desconcentradas de la Gerencia de Usuarios así como de la GFS de realizar acciones de supervisión; sino que dichas acciones deben ser efectuadas previa autorización del titular de la función, caso por caso. Además, los funcionarios encargados de las citadas llamadas de prueba tampoco contaban con la designación específica a que se refiere el artículo 23º del Reglamento de Supervisión.

Sobre el particular, 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.

Sobre el particular, las acciones de supervisión que se realicen para verificar el cumplimiento de las obligaciones 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, como ocurrió con el trámite del expediente N° 00090-2010-GG-GFS.

5.6 Sobre la supuesta violación del principio de tipicidad en la imputación contenida en la notificación de cargos.

AMÉRICA MÓVIL sostiene en su apelación que se ha pretendido incluir el artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad dentro de los alcances del artículo 6º 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.

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 6° 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 6°.

Agrega AMÉRICA MÓVIL que, si bien el artículo 8° 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 6° 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 6° por un supuesto incumplimiento del artículo 8° del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, cuando el artículo 6° 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 8°, 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 6° de las Condiciones de Uso deviene de una vulneración del artículo 8° del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad⁹. La imputación se refiere únicamente al incumplimiento del artículo 6° de las Condiciones de Uso por brindar información no veraz, ni precisa respecto del Reglamento de Portabilidad. Por su parte, en el expediente N° 00087-2010-GG-GFS, se verificó el cumplimiento del artículo 8 del anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, sin analizar el contenido de la información proporcionada, lo que es materia del presente expediente.

Las normas mencionadas regulan supuestos de hecho totalmente distintos, puesto que el artículo 8° 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 6° de las Condiciones de Uso.

Si bien 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; reiteramos 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 en el artículo 3° del Anexo 5 de la misma norma

En virtud a ello, no se ha vulnerado el Principio de Legalidad y Tipicidad en el presente procedimiento.

5.7 Sobre la supuesta violación del Non Bis In Idem

⁹ En el expediente N° 0087-2010-GG-GFS, se verificó el cumplimiento del artículo 8 del anexo 3 del Reglamento de Portabilidad, sin analizar el contenido de la información proporcionada, lo que es materia del presente expediente.

AMÉRICA MÓVIL indica que la imputación atribuida por la GFS en el presente PAS recoge una supuesta infracción 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° 00087-2010-GG-GFS, a través del cual se reconoce expresamente el debido cumplimiento del artículo 8º del Reglamento de Portabilidad. Por ello, se habría vulnerado el Principio de *Non Bis in Idem Procesal*.

Al respecto, conforme ya se ha expuesto, 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⁽¹⁰⁾, sobre el plazo para interponer un reclamo por falta de consentimiento del abonado para la portabilidad⁽¹¹⁾ y sobre el plazo de trámite de la portabilidad numérica⁽¹²⁾; 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⁽¹³⁾.

Teniendo en cuenta lo indicado, se colige que el análisis efectuado en los expedientes N° 00087-2010-GG-GFS y N° 00004-2011-GG-GFS/PAS corresponde a normas que regulan supuestos de hecho totalmente distintos por lo que no se verifica que entre el presente expediente y el expediente N° 00087-2010-GG-GFS exista identidad de fundamento⁽¹⁴⁾.

Pero adicionalmente a ello, no nos encontramos ante una vulneración de la

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

11 Acción de supervisión del 22 de julio de 2010.

12 Acción de supervisión 22 de julio de 2010.

13 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)

14 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 incriminaciones 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. (...)

garantía del *Non Bis in Idem Procesal* pues en el expediente N° 00004-GG-GFS/PAS se sigue un procedimiento sancionador contra AMÉRICA MÓVIL, mientras el expediente N° 00087-2010-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*.

5.8 Sobre si la información brindada por AMÉRICA MÓVIL en las acciones de supervisión cumple con el artículo 6° de las Condiciones de Uso

AMÉRICA MÓVIL 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 6° de las Condiciones de Uso. Agrega que la información referida a la interrupción del servicio a efectos de realizar la portación de un número (lo que es fundamento de este PAS) no es información básica, conforme a los alcances del artículo 6° de las Condiciones de Uso.

Sobre el particular, este procedimiento se basa en el incumplimiento del artículo 6° 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.

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 10° 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.

Sobre ello, la Exposición de Motivos del Reglamento de Portabilidad⁽¹⁵⁾ 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, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, respecto a que el plazo de interrupción del servicio no es información básica al momento de realizar la portabilidad numérica, consideramos que dicha información determinante para tomar la decisión de ejercer el derecho a la portabilidad numérica. 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.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN:

1. Del análisis expuesto cabe concluir que la Resolución N° 192-2012-GG/OSIPTEL no adolece de vicio de nulidad, al contener los requisitos de validez establecidos en la normativa; por lo que la solicitud de AMÉRICA MÓVIL debe ser desestimada en este extremo.
2. Asimismo, esta Gerencia es de la opinión que se ha incurrido en los incumplimientos imputados, por lo que se recomienda declarar infundado el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución N° 192-2012-GG/OSIPTEL.
3. Para dichos efectos, se adjunta el proyecto de resolución y el proyecto de acuerdo de Consejo Directivo.

Atentamente,

L. ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA
Gerente de Asesoría Legal

LAAT/gca.

¹⁵ 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)

