

| | | |
|---------------|---|---|
| A | : | RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO |
| CC | : | FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN |
| ASUNTO | : | RECURSO DE APELACION FORMULADO POR LA EMPRESA AMERICA MOVIL PERU S.A.C. CONTRA LA RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 207- 2022-GG/OSIPTEL |
| FECHA | : | 12 de setiembre de 2022 |

| | CARGO | NOMBRE |
|----------------------|--|---|
| ELABORADO POR | ABOGADO ESPECIALISTA EN TEMAS DE DERECHOS DE USUARIOS Y DE ADMINISTRACIÓN INTERNA | RAUL EUSEBIO MORAN CRUZADO |
| 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 S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución de Gerencia General N° 207-2022-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución N° 133-2022-GG/OSIPTEL que le impuso multas de 5,7 UIT y 6,4 UIT por la comisión de las infracciones leves, tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹ (en adelante TUO de las Condiciones de Uso), al haber incumplido con lo dispuesto en artículo 45 y 49 respectivamente, de la referida norma; durante el primer semestre de 2020.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante carta N° 2491-DFI/2021, notificada el 23 de noviembre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada como leve en el Artículo 2 del anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, de acuerdo al siguiente detalle:

| Artículo | Hechos |
|----------|---|
| 49° | En dos (2) eventos de interrupción, no habría cumplido con comunicar, acreditar y remitir al OSIPTEL el cronograma y plan de trabajo dentro de los plazos establecidos. |
| | En veinticuatro (24) eventos de interrupción, no habría cumplido con comunicar y acreditar al OSIPTEL dentro de los plazos establecidos. |
| | En un (1) evento de interrupción, no habría cumplido con acreditar al OSIPTEL dentro del plazo establecido. |
| | En dos (2) eventos de interrupción, no habría cumplido con remitir la acreditación al OSIPTEL. |
| 45° | En once (11) eventos de interrupción, no comunicó al OSIPTEL dentro del plazo establecido, la interrupción masiva por causa atribuible a la empresa operadora. |

- 2.2. El 25 de noviembre de 2021, mediante carta DMR/CE/N° 3028/21, AMÉRICA MÓVIL solicitó a la DFI se le otorgue una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado para presentar sus descargos; lo cual fue concedido por medio de la carta N° 2550-DFI/2021, notificada el 26 de noviembre de 2021.

- 2.3. A través del escrito 29752-2021/SSB01 recibido el 15 de diciembre de 2021, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos con relación a la imputación de cargos.

- 2.4. El 21 de enero de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 006-DFI/2022 (Informe Final de Instrucción), el mismo que fue puesto en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL con carta N° 076-GG/2022, notificada el 27 de enero de 2022, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles, sin que haya presentado descargo alguno sobre el particular.

¹

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



- 2.5. Mediante la Resolución N° 133-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 29 de abril de 2022 la Gerencia General sancionó a AMÉRICA MÓVIL, de la siguiente manera:

“(...)

Artículo 3°.- SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., con una (1) MULTA de 5,7 UIT por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber incumplido con lo dispuesto en artículo 45 de la referida norma, respecto de seis (6) casos de interrupción ocurridos durante el primer semestre de 2020, de conformidad con los fundamentos expuestos en la en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 4°.- SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., con una (1) MULTA de 6,4 UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber incumplido con lo dispuesto en los numerales i) y ii) del artículo 49 de la referida norma, en dieciséis (16) casos de interrupción ocurridos durante el primer semestre de 2020, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución”.

- 2.6. El 20 de mayo de 2022, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 133-2022-GG/OSIPTEL.
- 2.7. Mediante Resolución N° 207-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 5 de julio de 2022, la Gerencia General declaró INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por AMÉRICA MÓVIL y confirmó todos los extremos de la Resolución N° 133-2022-GG/OSIPTEL.
- 2.8. El 25 de julio de 2022, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 207-2022-GG/OSIPTEL

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el Artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones² (en adelante, 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.



² Aprobado por la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias. A través del artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS) por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS).

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

- 4.1. Se vulnera el Principio de Legalidad en tanto se habría configurado la prescripción de la sanción impuesta por incumplimiento del artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso.
- 4.2. La resolución impugnada ha desestimado parte de los medios probatorios remitidos en calidad de nueva prueba como parte de su Recurso de Reconsideración, sobre la base de una justificación que carece de base legal.
- 4.3. Se habría vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, razonabilidad y proporcionalidad, en tanto se habría aplicado un análisis más gravoso de las condiciones atenuantes y agravantes de la conducta infractora.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

5.1. Sobre la aplicación de la prescripción de la conducta infractora sancionada por el incumplimiento del artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso.-

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la potestad de imponer sanción respecto de la conducta imputada por el incumplimiento del Artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso ha prescrito de conformidad con lo establecido en el artículo 31° de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, la "LDFF")

AMÉRICA MÓVIL alude que la Gerencia General erróneamente aduce que en virtud de los diferentes instrumentos normativos emitidos debido a la pandemia por la COVID-19⁴, quedaron suspendidos los plazos durante el 23 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020, no obstante que en ninguna parte de dichas normas se refiere específicamente a la suspensión de los plazos de prescripción de la potestad sancionadora de la administración, sino más bien al plazo de inicio y tramitación de los respectivos procedimientos administrativos. De acuerdo a ello, manifiesta que en la medida que el inicio del presente PAS se dio después de la culminación de la suspensión de plazos (10 de Junio de 2020) no resultan aplicables a los presentes actuados las normas invocadas por la Gerencia General.

Al respecto, es importante señalar que a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020-PCM publicado el 20 de marzo de 2020 emitido en el marco de la declaratoria de emergencia decretada por el Gobierno mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se estableció en su artículo 28°-entre otras medidas- la suspensión por treinta (30) días hábiles, del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazo, que se tramiten en

4

Decretos de Urgencia Nos. 029-2020, 053-2020 y 087-2020-PCM.



entidades del Sector Público; incluyendo los que se encuentran en trámite a la entrada en vigencia del referido Decreto de Urgencia. Es de considerar que dicho plazo fue ampliado hasta el 10 de junio de 2020 mediante el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, publicado el 20 de mayo de 2020.

Es oportuno precisar que el objetivo de la suspensión de plazos establecida por el Decreto de Urgencia N° 029-2020, era garantizar que el ejercicio de los derechos de los administrados no resulte afectado, al estar imposibilitados de acercarse a las instalaciones de la entidad para tramitar o presentar documentación y ejercer debidamente su derecho de defensa.

Debe tenerse igualmente presente que la disposición de aislamiento social obligatorio (cuarentena) adoptada en el marco del Estado de Emergencia Nacional, ha generado que las personas no puedan desplazarse a realizar las actividades que regularmente hacían, como acudir físicamente a sus centros laborales a prestar servicios. En dicho contexto, los servidores se han encontrado impedidos de acudir a las entidades en las que laboran a desempeñar actividades; por este motivo, algunas actividades relacionadas al inicio y a la tramitación de procedimientos administrativos se han visto paralizadas.

Conforme a la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador” emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁵ en el ámbito de la potestad única sancionadora del Estado, la prescripción se relaciona directamente con la inactividad, retraso objetivo en el ejercicio de los derechos y potestades de las entidades públicas.

En dicho contexto, se advierte que conjuntamente con la seguridad jurídica, la inactividad de las entidades constituye uno de los fundamentos de la prescripción, la que una vez producida por el transcurso del tiempo, impide que las entidades ejerzan su potestad sancionadora.

Tomando en cuenta lo anterior, un aspecto relevante a tener en cuenta, es que la paralización de las actividades relacionadas al inicio y al impulso de los procedimientos administrativos sancionadores no obedece, en modo alguno, a la inactividad de la Administración Pública por determinación propia, sino a la situación excepcional que acarrea el Estado de Emergencia Nacional, como consecuencia de los efectos que la pandemia COVID-19 ha ocasionado en nuestro país y en el resto del mundo.

Atendiendo a tales consideraciones, en estricto respeto, observancia y respaldo a las medidas adoptadas con el único fin de preservar la vida de la Nación, corresponde la suspensión del cómputo de los plazos de prescripción desde el 23 de marzo hasta el 10 de junio de 2020, ante la imposibilidad de las entidades de dar inicio a los procedimientos administrativos sancionadores e impulsar los ya iniciados.

5 Disponible en el siguiente enlace:

<https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DE-PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>



En dicho contexto, contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL la suspensión de los plazos prevista en las normas previamente citadas, implica la imposibilidad de computar plazos a efectos de aplicar las consecuencias derivadas del transcurso de estos, entre ellos la declaración de prescripción.

Al respecto, la multa impuesta por el incumplimiento de los numerales i) y ii) del Artículo 49º del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a los (16) casos de interrupción ocurridos durante el primer semestre del año 2020, debemos tener en cuenta que la fecha más antigua en que debió realizarse el reporte de la interrupción en el SISREP corresponde al 6 de enero de 2020 (Ticket N°202000900) siendo que hasta el 23 de marzo de 2020 - fecha en que se produjo la suspensión de plazos - ha transcurrido dos (2) meses y dieciséis (16) días. Una vez levantada la suspensión (10 de junio de 2020) hasta el 23 de noviembre de 2021 que se suspendió el plazo debido a la notificación del inicio del presente PAS ha transcurrido un (1) año cinco (5) meses y once (11) días, el cual se reinició con fecha 26 de enero de 2022⁶ hasta la notificación de la Resolución N° 133-2022-GG/OSIPTEL - 29 de abril de 2022- corroborándose que ha dicha fecha había transcurrido tres (3) meses y tres (3) días.

Ante lo cual se concluye que, contrario a lo expresado por AMÉRICA MÓVIL y conforme a lo manifestado por la Primera Instancia, habría transcurrido un (1) año y once (11) meses, a la fecha de la Resolución N°133-2022- GG/OSIPTEL y por tanto, la potestad sancionadora respecto de los diez (10) tickets mencionados por la misma no se había extinguido, al no haber operado la prescripción, teniendo en cuenta que las demás interrupciones ocurrieron con posterioridad al Ticket N° 202000900; razón por la cual, no corresponde excluir dichos tickets de la sanción impuesta respecto del incumplimiento del Artículo 49 del TUO de las Condiciones de Uso, como pretende la administrada.

Sobre la base de lo señalado, esta instancia advierte que la emisión de la Resolución N° 133-2022-GG/OSIPTEL no vulnera el Principio de Legalidad, correspondiendo desestimar los argumentos planteados por AMÉRICA MÓVIL.

5.2. Sobre la naturaleza del recurso de reconsideración.-

AMÉRICA MÓVIL menciona que la Resolución Apelada ha desestimado parte de los medios probatorios remitidos en calidad de nueva prueba en su recurso de reconsideración sin sustento legal; precisando que el artículo 219º del TUO de la LPAG en ningún extremo prohíbe que el recurso de reconsideración incluya el aporte de argumentos jurídicos, así como tampoco se otorga potestad discrecional a la autoridad para determinar si el medio probatorio contiene argumentos que ya fueron analizados o que no están referidos al caso en particular.

Al respecto, conforme establece el artículo 219⁷ del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es

⁶ Luego de haber transcurrido los veinticinco (25) días hábiles, contabilizados desde el día siguiente de la presentación de sus descargos (15 de diciembre de 2021).

⁷ “Artículo 219.- Recurso de reconsideración



materia de la impugnación y debe sustentarse en nueva prueba, salvo actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia.

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 doctrina⁸ 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”.

De acuerdo a lo expuesto, el recurso de reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente; y por tanto, no resulta pertinente 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 pronunciamiento.

Respecto a la documentación presentada en calidad de nueva del recurso de reconsideración, a través de la Resolución N° 207-2022-GG/OSIPTEL se ha desestimado como nueva prueba a: (i) el Informe N° 715-GSF/2015 (prueba 1) que reconoce la figura de la Prescripción, (ii) el Informe N° 181-GAL/2020 (prueba 4) y (iii) la Resolución N° 163-2021-CD/OSIPTEL (prueba 5) a través de las cuales se reconoce que en virtud del Principio de Debido Procedimiento no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo; considerando que dichos documentos no se refieren a un nuevo hecho no evaluado sino que están orientados principalmente a discrepar con el pronunciamiento emitido por la primera instancia; lo cual como hemos analizado previamente se enmarca en lo dispuesto en el artículo 219 del TUO de la LPAG.

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”.

8

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



Conforme a ello, corresponde desestimar los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

5.3. Sobre la supuesta vulneración al Principio del Debido Procedimiento, Razonabilidad y Proporcionalidad por la incorrecta aplicación de las condiciones agravantes y atenuantes de responsabilidad

AMÉRICA MÓVIL refiere que en la Resolución de Multa no aplicó correctamente las condiciones agravantes y atenuantes de responsabilidad previstas en el TUO de la LPAG y el RGIS, en tanto que las condiciones atenuantes de responsabilidad (Cese) fueron aplicadas a la multa base de manera previa a las condiciones agravantes de responsabilidad (Reincidencia), situación que ha tenido como consecuencia directa que la cuantía de las sanciones impuestas por los incumplimientos de los dispuesto en los Artículos 45° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso sea mayor a la que realmente correspondía.

Sobre la aplicación del criterio de reincidencia aplicado por la primera instancia; corresponde tener en cuenta que el mismo se configuró en los términos establecidos en el 18^º del RFIS. Así, dicho agravante se calcula sobre la multa (base) a imponer.

Igualmente, debemos tener en cuenta que, la “Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTEL”¹⁰ (Guía de Multas 2019) y la “Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL”¹¹ (Metodología de Multas 2021) señalan que el nivel de la multa se multiplica por (100% - ATE + AGRA).

Guía de Multas 2019:

$$M_{\text{Propuesta}} = M_{\text{Graduada}} \times (100\% - \text{ATE} + \text{AGRA})$$

(Página 24)

Metodología de Multas 2021:

$$\text{Multa propuesta} = \text{multa estimada} \times (1 - \text{ATE} + \text{AGRA})$$

(Página 31)

9

Artículo 18.- Graduación de las Sanciones y Beneficio por Pronto Pago

(...)

ii) Son considerados factores agravantes de responsabilidad los siguiente:

a) Reincidencia

Se considera a reincidencia en la comisión de una misma infracción siempre que exista resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado; y, que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de un (1) año desde la fecha en que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción; en cuyo caso el OSIPTEL incrementará la multa en un cien por ciento (100%).

El monto finalmente a imponerse en ningún caso podrá ser inferior o igual al monto de la multa impuesta para la infracción anterior.

10

Aprobado por el Consejo Directivo mediante Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019, la cual se encuentra publicada en la página web del OSIPTEL <https://www.osiptel.gob.pe/media/5qta5j0n/inf152-gprc-2019.pdf>.

11

Aprobado por Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL. Vigente desde el 01 de enero de 2022.



Como se puede apreciar, contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, tanto los atenuantes como los agravantes son “ambos” calculados sobre la multa estimada o graduada; razón por la cual – en línea con lo señalado por la primera instancia - no existiría diferencia si se aplica primero los atenuantes o los agravantes de responsabilidad una vez determinada la misma, tal como ocurrió en la Resolución Impugnada; ya que la aplicación del agravante no recayó sobre el nivel de multa atenuada como manifiesta AMÉRICA MÓVIL sino sobre el nivel de la multa base inicial.

En virtud de ello, corresponde desestimar los argumentos planteados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL S.A.C. contra la Resolución N° 207-2022-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

