



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 093 -2012-CD/OSIPTEL

Lima, 11 de julio de 2012

EXPEDIENTE N°	:	00004-2011-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 192-2012-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	América Móvil Perú S.A.C.

VISTOS:

- (i) 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 “UIT-, 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 –en adelante Reglamento de Portabilidad-, aprobado mediante Resolución N° 044-2008-CD/OSIPTEL.
- (ii) El Informe N° 116-GAL/2012, del 27 de junio de 2012, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL.
- (iii) El Expediente N° 00004-2011-GG-GFS/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

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 6º de las Condiciones de Uso.

Dado que el incumplimiento a lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso constituye una infracción a lo dispuesto en el artículo 3º 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.”

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 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º 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.

Mediante carta DMR/CE/Nº 254/11, recibida con fecha 14 de marzo de 2011, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.

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 Nº 059-GFS/2011.

Mediante Carta DMR/CE/Nº465/11, recibida el 29 de abril de 2011, AMÉRICA MÓVIL presentó la ampliación de sus descargos.

Mediante Resolución Nº 063-2012-GG/OSIPTEL 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 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6º de la norma mencionada, respecto de la información brindada sobre el procedimiento de Portabilidad.

El 19 de marzo de 2012, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución Nº 063-2012-GG/OSIPTEL.

Mediante Resolución Nº 192-2012-GG/OSIPTEL de fecha 03 de mayo de 2012, se resolvió declarar infundado el Recurso de Reconsideración presentado por AMÉRICA MÓVIL.

El 29 de mayo de 2012 AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución Nº 192-2012-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De conformidad con el artículo 57º del RGIS y los artículos 207º y 209º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444 (en lo sucesivo, LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación presentado por

AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. **FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:**

Los principales argumentos de AMÉRICA MÓVIL son los siguientes:

- La Resolución habría sido emitida vulnerando el derecho de defensa, el derecho a ofrecer pruebas, debido procedimiento y sin una 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° 00087-2010-GG-GFS y que dieron origen a este PAS al Expediente N° 00090-2010-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.

IV. **ANÁLISIS:**

Con relación a los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL, cabe señalar lo siguiente:

- No corresponde que AMÉRICA MÓVIL solicite que el órgano resolutivo 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. 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.

En atención a la razón de ser del Recurso de Reconsideración, la actuación de la Gerencia General ha sido plenamente ajustada a derecho al declarar que: *“la nueva prueba presentada (...) no desvirtúa el hecho de haberse producido las infracciones previstas en los artículos 2° y 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso; por tal motivo, no se puede considerar que dicha prueba justifique la revisión del análisis efectuado en la resolución impugnada acerca del cumplimiento de lo establecido por los artículos 6° y 96° de las*

Condiciones de Uso” por lo que no cabe sustentar vulneración alguna al principio del debido procedimiento.

En atención a que sí se ha realizado el análisis de los extremos pertinentes del Recurso de Reconsideración, y a que el mismo ha sido debidamente motivado, no se ha vulnerado el principio del debido procedimiento, el derecho de defensa, el derecho a ofrecer pruebas y el deber de motivación.

- La relación jurídico-procedimental entre AMÉRICA MÓVIL y el OSIPTEL se inicia el 11 de febrero de 2011, mediante la notificación de la carta de intento de sanción, 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. En ese sentido, la GFS es el órgano competente para efectos de la instrucción del presente PAS.
- La GFS no solo estaba autorizada a realizar supervisiones con previo aviso pues se encontraba facultada para utilizar de forma indistinta cualquiera de las acciones previstas por la normativa (de oficio o a pedido de parte; con o sin citación previa y; en las oficinas del OSIPTEL, las instalaciones de la empresa supervisada u otros lugares) para cumplir con su objetivo, conforme lo dispone el artículo 12° 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.
- 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 6° 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 6° de las Condiciones de Uso por parte de AMÉRICA MÓVIL. Además, ello 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, así como el de Celeridad dispuesto en el Reglamento General del OSIPTEL.
- Los funcionarios que realizaron las acciones de supervisión (llamadas de prueba) que dieron origen al trámite del expediente N° 00090-2010-GG-GFS, estaban debidamente autorizados, de conformidad con los dispositivos normativos vigentes.
- No se ha vulnerado el Principio de Legalidad y Tipicidad en el presente procedimiento pues 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 Portabilidad pues la imputación se refiere únicamente al incumplimiento de la primera norma 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.

Si bien el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 8º del Anexo 3 del Reglamento de Portabilidad Numérica no se encuentra tipificado como una infracción pasible de sanción; el inicio del presente PAS no es por el incumplimiento de dicha norma sino por el incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso, el cual se si encuentra tipificado.

- No existe vulneración al principio del Non Bis In Idem porque 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 ambos expedientes exista identidad de fundamento.

Adicionalmente a ello, no nos encontramos ante una vulneración de la garantía del *Non Bis in Idem Procesal* pues en el expediente N° 00004-GG-GFS/PAS se sigue un PAS 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.

- AMÉRICA MÓVIL ha incumplido el artículo 6º de las Condiciones de Uso pues en las acciones de supervisión de fecha 12, 13, 19 y 25 de mayo de 2010 los asesores comerciales de AMÉRICA MÓVIL indicaron que el periodo de interrupción del servicio sería de nueve (9) días, no obstante que conforme a lo dispuesto en el artículo 10º del Reglamento de Portabilidad, dicho periodo es máximo de tres (3) horas.

Además, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, consideramos que la información sobre el periodo de interrupción que se produce con ocasión a una solicitud de portabilidad es 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.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 116-GAL/2012, del 27 de junio de 2012, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual -conforme al artículo 6º, numeral 6.2 de la LPAG- constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos, corresponde declarar infundado el Recurso de Apelación presentado y, en virtud de ello, confirmar la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 063-2012-GG/OSIPTEL del 20 de febrero de 2012, por la infracción tipificada en el artículo 6º de la Condiciones de Uso, la misma que fue confirmada por la Resolución de

Gerencia General N° 192-2012-GG/OSIPTEL del 03 de mayo de 2012, con motivo de la reconsideración interpuesta por AMÉRICA MÓVIL.

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES:

De conformidad con el artículo 33° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, al ratificar este colegiado la sanción impuesta por la primera instancia administrativa, relativa a la comisión de una infracción grave, corresponde la publicación de la presente resolución y las Resoluciones de Gerencia General N° 063-2012-GG/OSIPTEL y N° 192-2012-GG/OSIPTEL, así como el Informe N° 116-GAL/2012.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 469-2012, conforme consta en el acta correspondiente.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C. el 29 de mayo de 2012, contra la Resolución de Gerencia General N° 192-2012-GG/OSIPTEL y, en consecuencia CONFIRMAR el monto de la multa impuesta por Resolución N° 063-2012-GG/OSIPTEL, la misma que fue confirmada por la resolución apelada, y que asciende a setenta y cinco (75) Unidades Impositivas Tributarias, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la referida Resolución.

Artículo 2°.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 192-2012-GG/OSIPTEL, conforme a los fundamentos expresados en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la notificación de la presente resolución y del Informe N° 116-GAL/2012, que constituye parte integrante de la misma, a la empresa apelante; así como su publicación en el diario oficial El Peruano, conjuntamente con las Resoluciones de Gerencia General N° 063-2012-GG/OSIPTEL y N° 192-2012-GG/OSIPTEL; y asimismo, poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GONZALO MARTÍN RUIZ DÍAZ
Presidente del Consejo Directivo

