

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 238-2022-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 00078-2021-GG-DFI/PAS
FECHA	:	10 de octubre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR:	ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA	ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO
REVISADO Y APROBADO POR:	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



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 N° 238-2022-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL, que sancionó a dicha empresa con una multa de 6,2 UIT por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones¹, en adelante RGIS), al haber incumplido con la condición esencial referida a ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año en el centro poblado de Ahuac, correspondiente al Contrato de Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque B de la Banda 698-806 MHz, a nivel nacional.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. El 23 de setiembre de 2021, a través de la carta N° 1966-DFI/2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que habría incumplido la obligación señalada anteriormente, incurriendo en la infracción tipificada como muy grave en el artículo 6 del RGIS.
- 2.2. El 15 de octubre de 2021, luego de concedérsele la prórroga de plazo requerido, mediante comunicación S/N, AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos.
- 2.3. Mediante Informe N° 264-DFI/2021 de fecha 17 de diciembre de 2021 (en adelante, Informe Final de Instrucción), la DFI remitió a la Gerencia General el análisis del procedimiento administrativo; el mismo que fue remitido a AMÉRICA MÓVIL, a través de la carta N° 1020-GG/2021, notificada el 23 de diciembre de 2021, siendo que la citada empresa no remitió descargos en dicha oportunidad.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL notificada el 25 de mayo de 2022, la Gerencia General resolvió lo siguiente:

“(...)

SE RESUELVE:

*Artículo 1°. - SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., con una MULTA de 6,2 UIT por la comisión de la **INFRACCIÓN MUY GRAVE**, tipificada en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por cuanto habría incumplido con la condición esencial referida a ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año en el centro poblado de Ahuac, correspondiente al Contrato de Concesión Única para la prestación de servicios público de telecomunicaciones y asignación del Bloque B de la Banda 698-806 MHz a nivel nacional, celebrado el 20 de julio de 2016; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.*

(...)”

- 2.5. El 14 de junio de 2022, mediante la comunicación S/N, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración.



¹ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

- 2.6. Mediante la Resolución N° 238-2022-GG/OSIPTEL notificada el 1 de agosto de 2022, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración, confirmando la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL, en todos sus extremos.
- 2.7. El 22 de agosto de 2022, mediante la comunicación S/N, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación.

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 General² (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. La resolución impugnada desarrollaría un criterio ilegal sobre la nueva prueba, como requisito para la procedencia del Recurso de Reconsideración.
- 4.2. Se habría vulnerado el Principio Non Bis In Ídem, en tanto se le habría sancionado por segunda vez en base a los mismos hechos, sujetos y fundamentos.
- 4.3. Se habrían configurado dos supuestos de eximentes de responsabilidad.
- 4.4. Habría actuado con la diligencia debida, por lo que solicita que, su conducta sea evaluada en función del Principio de Culpabilidad.
- 4.5. No se ha realizado un análisis adecuado de la razonabilidad de la medida impuesta.
- 4.6. Se habría vulnerado el Derecho de Defensa al haberse omitido la propuesta de sanción en el Informe Final de Instrucción.
- 4.7. La conducta imputada no encajaría en el supuesto regulado en el artículo 6 del RGIS, por lo que se habría vulnerado el Principio de Tipicidad.

V. ANÁLISIS 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 que interpreta restrictivamente lo referente a 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 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

² Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



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, 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 doctrina³ señala que: “... *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 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 Judicial⁴ 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



³ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

⁴ RESOLUCION 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>

evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento⁵.

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 junio de 2022 presentado por AMÉRICA MÓVIL como Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL, se presentó como nueva prueba el Informe N° 715-GSF/2015 que reconoce la figura de la prescripción en la normativa sectorial, ello como parte de su argumento referido a que la facultad del OSIPTEL para determinar la comisión de infracciones habría prescrito en el presente caso.

Sobre ello, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, a través de la Resolución N° 238-2022-GG/OSIPTEL, esta Oficina considera que dicha nueva prueba presentada, no aporta 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.

Finalmente, resulta importante señalar que, si bien existen procedimientos anteriores en los que, como parte de los argumentos del Recurso de Reconsideración, la Primera Instancia procedió a analizar las referidas pruebas aportadas por la empresa operadora, tal práctica desnaturaliza el Recurso de Reconsideración; por lo que, es necesario aclarar cuál es la naturaleza del mismo en los procedimientos del OSIPTEL; lo cual, tal como ha sido señalado anteriormente, no vulnera el derecho de contradicción del administrado, en tanto, dichos argumentos serán evaluados como Recurso de Apelación.

5.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio Non Bis In Ídem

AMÉRICA MÓVIL, alega que, tanto la resolución apelada como la resolución de sanción habrían transgredido el Principio Non Bis In Ídem que prohíbe de manera expresa imponer una doble sanción administrativa, pues se estaría sancionando por segunda vez en base a los mismos hechos, sujetos y fundamentos que ya fueron sancionados en el año 2019, por lo que invoca el Informe N° 1064-GSF/2015.

⁵ Autoridad Nacional del Agua – ANA,⁶ 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 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,no%20se%20equiere%20nueva%20prueba.



Así, indica que, la sanción impuesta en el presente PAS se basa en la meta acumulada al segundo año del Plan de Cobertura; no obstante, considera que, ello sería el mismo hecho sancionado mediante la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTEL (Expediente N° 0039-2018-GG -GSF/PAS). Al respecto, afirma que, la periodicidad anual de la obligación materia del presente PAS, es decir, de cumplir las condiciones esenciales del Contrato de Concesión cada año ha sido estipulada contractualmente (Clausula 8 del Contrato de su Concesión) y no emana del artículo 6 del RGIS.

En tal sentido, alega que, la Primera Instancia habría extendido indebidamente los alcances del artículo 6 del RGIS sobre conductas que ya cuentan con su propio régimen de penalidades contractuales y que también dicho artículo no tipifica como infracción el incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato de concesión por cada año.

Así, reitera que, el presente PAS versa sobre la misma acción (u omisión) sancionada en 2019 que forma parte de la meta acumulada siendo que, la Primera Instancia habría confundido la calificación jurídica realizada en el Contrato de Concesión con lo que efectivamente ocurrió en la realidad.

Ahora bien, con relación a la supuesta vulneración al Principio del Non bis in ídem, regulado en el numeral 11 del artículo 248 del TUO de la LPAG, cabe indicar que, este constituye una garantía a favor del administrado en tanto no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

11. Non bis in ídem.- No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

Sobre el particular, en el presente caso se advierte que en la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia cumplió con evaluar si se presenta la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento), concluyendo que si bien existe una identidad de sujeto y fundamento, no nos encontramos ante los mismos hechos.

Al respecto, esta Oficina comparte la posición de la Primera Instancia toda vez que, conforme se aprecia en el Cuadro N° 3 de la resolución de sanción, los hechos materia del presente PAS y que sirvieron de base para imponer una sanción de multa a AMÉRICA MÓVIL al haber incumplido la obligación de ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año a efectos de prestar el servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque B (718-733/773-788 MHz) de la Banda 698-806 MHz y cuya fecha de fin de período de evaluación fue el 25 de agosto de 2018, son distintos a los hechos respecto a los cuales versa el PAS seguido bajo el Expediente N° 39-2018-GG-GSF/PAS:



Cuadro N° 3: Comparativo de Expedientes

Expediente Sancionador	00039-2018-GG-GSF/PAS	00078-2021-GG-DFI/PAS
Estado	1° Instancia: Resolución N° 000262019-GG/OSIPTEL. Recurso de Reconsideración: Resolución N° 00210-2019GG/OSIPTEL. Recurso de Apelación: Resolución N° 151-2019-CD/OSIPTEL.	En trámite ante la Primera Instancia Administrativa (Gerencia General)
Hechos advertidos	AMÉRICA MÓVIL incumplió la obligación de ejecutar el PC, al primer año , para la prestación del servicio de comunicaciones personales – PCS con tecnología LTE en el Bloque B (718-733/773788 MHz) de la Banda 698-806 MHz	AMÉRICA MÓVIL incumplió la obligación de ejecutar el PC al segundo año , para la prestación del servicio de comunicaciones personales – PCS con tecnología LTE en el Bloque B (718-733/773-788 MHz) de la Banda 698-806 MHz
Periodo de evaluación de los hechos advertidos	Primer Año (plazo máximo para ejecución del plan de cobertura: 25 de agosto de 2017)	Segundo Año (plazo máximo para ejecución del plan de cobertura: 25 de agosto de 2018)
Incumplimiento detectado	Cláusula 8 "Obligaciones y Derechos de la Sociedad Concesionaria" del Contrato de Concesión Única, así como lo señalado en el Anexo 1 de la Resolución Directoral N° 311-2016-MTC/27	
Infracción incurrida	Artículo 6° del RGIS	

Fuente: Informe Final de Instrucción

Fuente: Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL

En efecto, se advierte que, los períodos de ejecución de las obligaciones materia de ambos expedientes no son los mismos, en tanto el Expediente N° 0039-2018-GG-GSF/PAS analiza el incumplimiento por parte de AMÉRICA MÓVIL respecto a la obligación de ejecutar el Plan de Cobertura al primer año (cuya fecha de fin de período de evaluación fue el 25 de agosto de 2017) y que fue sancionado mediante la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTEL.

Así, conforme a lo señalado en el Contrato de Concesión suscrito con AMÉRICA MÓVIL, es una condición esencial el cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por el concesionario tanto en su propuesta técnica como en el Plan de Cobertura⁶. En ese marco, AMÉRICA MÓVIL debía cumplir el citado plan según la meta establecida para cada año, tal como se muestra en el Cuadro N° 1: Detalle del Plan de Cobertura de la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL:

Cuadro N° 1: Detalle de Plan de Cobertura

CENTROS POBLADOS	Unidades Geográficas (Centros Poblados)				
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
N° de Centros Poblados	15	0	129	0	51
Acumulado	15	15	144	144	195

Fuente: Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL

En ese sentido, respecto al primer año, AMÉRICA MÓVIL tenía a su cargo la obligación de instalar la infraestructura necesaria para prestar el servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 700 en 15 centros poblados, que incluía la localidad de Ahuac siendo que, para el segundo año, la obligación a cargo de dicha empresa fue mantener como "meta acumulada" la prestación del servicio antes indicado en los referidos 15 centros poblados.



⁶ Anexo N° 14 de las Bases y el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión.

Por ello, la evaluación de las metas antes descritas son independientes, por lo que esta Oficina coincide con la Primera Instancia en que “... si bien la meta anual y acumulada del PC al primer año es igual a la meta acumulada del PC al segundo año, ello no implica que el cumplimiento de la meta del primer año conlleve automáticamente al cumplimiento de la meta acumulada del segundo año, sino que corresponde al OSIPTEL verificar que dicha prestación del servicio se mantenga durante el segundo año del PC...”.

En esa línea, con relación al presente PAS -cuya materia se aboca a analizar el cumplimiento de las obligaciones correspondientes al segundo año establecidas en el Plan de Cobertura-, se ha verificado que, AMÉRICA MÓVIL prestó el servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 698-806 MHz en 14 de las 15 localidades a las que estaba obligada, en tanto no brindó dicho servicio en el centro poblado de Ahuac.

Finalmente, cabe indicar que, en línea con lo señalado anteriormente, el período para el cumplimiento de la obligación de mantener como “meta acumulada” la prestación del referido servicio en los quince centros poblados incluidos en el Plan de Cobertura al segundo año, va del 26 de agosto de 2017 al 25 de agosto de 2018, por lo que se descarta la aplicación del Informe N° 1064-GSF/2015 invocado por AMÉRICA MÓVIL.

Por lo expuesto, se descartan los argumentos alegados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

5.3. Sobre la supuesta configuración de dos eximentes de responsabilidad

a. Caso fortuito o fuerza mayor

AMÉRICA MÓVIL, alega que, tal como ha sido acreditado tanto en el presente PAS como en el procedimiento seguido bajo el Expediente N° 0039-2018-GG-GSF/OSIPTEL, hasta el año 2019, se vio imposibilitada de efectuar las instalaciones correspondientes al primer año del Plan de Cobertura en el centro poblado de Ahuac, ante la negativa, actos vandálicos y el amedrentamiento por parte de la población, lo cual impactó directamente en la meta acumulada al segundo año del Plan de Cobertura.

Dicha situación, se trataría de un evento extraordinario en tanto, según expone, estuvo sujeto única y exclusivamente a la voluntad de los beneficiarios del servicio. Sería un evento imprevisible pues, indica que, previamente, en el año 2008, ya habría realizado trabajos en dicha localidad sin tener inconvenientes (implementación de estación base), razón por la cual no era posible prever una situación donde la población tuvo un repentino cambio de actitud y disposición.

Asimismo, se trataría de evento irresistible pues, señala que, sí ejerció oportunamente los instrumentos previstos en el Contrato de Concesión ante casos como éste, solicitando en diversas oportunidades de manera formal, expresa, manifiesta e inequívoca que se modifique el Plan de Cobertura lo cual, según alega, se advertiría de las comunicaciones N° DMR/CE/N°1568/17 y N° DMR/CE/N°811/18; no obstante, escaparía de su control razonable y previsible, que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) no haya brindado respuesta a dichas solicitudes.

Adicionalmente, sostiene que, se estaría vulnerando el Principio de Verdad Material pues no se habría analizado las comunicaciones remitidas en el presente PAS, donde solicitó expresamente la modificación del Plan de Cobertura a través de la sustitución de localidades: adelanto de la instalación y puesta en operación de una estación base en el centro poblado de San Marcos (Cajamarca). Por tanto, a su entender, se habría configurado



un supuesto de insuficiencia probatoria, por lo que invoca la Resolución N° 079-2019-GG/OSIPTEL.

Sobre el particular, a partir de la revisión de los medios probatorios alcanzados por AMÉRICA MÓVIL en el presente PAS a efectos de acreditar encontrarse en el supuesto del eximente de responsabilidad en análisis, se advierte que, los mismos también fueron presentados en el PAS seguido bajo el Expediente N° 0039-2018-GG-GSF/OSIPTEL.

En tal ocasión, el Consejo Directivo, mediante la Resolución N° 151-2019-CD/OSIPTEL, confirmó la evaluación realizada por la Primera Instancia⁷ respecto a que dichos documentos se limitan a exponer la problemática surgida con la población del centro poblado de Ahuac, la cual, si bien incluye algunos actos de vandalismo, por sí misma no constituye un supuesto de fuerza mayor. Asimismo, se precisó que⁸, la razón por la cual surgió el conflicto con los pobladores, se encontraba referida a la ubicación de las Estaciones Base y no a la prestación del servicio.

Cabe indicar que, en el mismo sentido se ha pronunciado el MTC en el Informe N° 138-2019-MTC/27 de fecha 16 de abril de 2019, elaborado por la Dirección de Gestión de Inversiones y Comunicaciones, el cual hace suyo la Dirección de Programas y Proyecto de Comunicaciones de dicho Ministerio, el mismo que fue puesto en conocimiento de la empresa operadora a través del oficio N° 363-2019-MTC/27 del 17 de abril de 2019. Dicho documento expresamente señala:

“Al respecto, si bien la Dirección General de Fiscalización y Sanciones en Comunicaciones constató la oposición de los pobladores de Ahuac a la instalación de la infraestructura de comunicaciones en su localidad, lo cierto es que la constatación del hecho no constituye per se un supuesto de Caso Fortuito o Fuerza Mayor, más aún si el Concesionario no ha realizado el procedimiento establecido en el Contrato de Concesión para su determinación”.
(subrayado agregado)

En atención a ello, los medios probatorios presentados por AMÉRICA MÓVIL con ocasión de su Recurso de Apelación y en la tramitación en el presente PAS, no aportan elementos adicionales respecto a un posible supuesto de fuerza mayor ni que acrediten que el incumplimiento del Plan de Cobertura se debió a un evento fuera de su esfera de control.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante señalar que, en este caso en particular, el análisis de un supuesto de fuerza mayor, no debe agotarse en la presunta imposibilidad de instalar una estación base dado que, como se ha mencionado a lo largo de la tramitación del presente PAS, existen diversos instrumentos establecidos en el Contrato de Concesión para la solución de situaciones que afecten la ejecución de las obligaciones de dicho contrato (la suspensión, la prórroga y la modificación del Contrato de Concesión).

En tal sentido, para determinar la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, también debería acreditarse que este imposibilitó a AMÉRICA MÓVIL incluso acudir a dichos instrumentos; no obstante, de acuerdo al Informe N° 138-2019-MTC/27 antes citado, la empresa operadora no ha iniciado formalmente ningún trámite relativo a los instrumentos señalados en el párrafo precedente. Así, señala⁹ que, AMÉRICA MÓVIL no solicitó la

⁷ Contendida en la Resolución N° 26-2019-GG/OSIPTEL.

⁸ De acuerdo al Oficio N° 7005-2017-MTC/29 remitido por el MTC, y también en el Oficio N° 6528-2017-MTC/29 dirigido a la empresa Telefónica del Perú S.A.A.

⁹ “De la revisión de las comunicaciones remitidas por el concesionario, se advierte que el mismo no ha solicitado la Suspensión del Plazo de la Concesión, único mecanismo establecido por el contrato de concesión para analizar un supuesto de Caso fortuito o Fuerza Mayor.”



Suspensión del Plazo de la Concesión, el cual es el único mecanismo previsto por el Contrato de Concesión para analizar el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Por lo que, corresponde desestimar los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

b. Subsanación voluntaria

AMÉRICA MÓVIL indica que, corresponde el archivo del presente procedimiento pues habría acreditado el cese de la conducta infractora, en tanto mediante las cartas N° DMR/CE/N°1730/19 y N° DMR/CE/N°1731/19 cumplió con remitir al MTC y al OSIPTEL el Informe de Avance correspondiente al Plan de Cobertura del Servicio de Comunicaciones Personales en la Banda 700 MHz, en el cual se aprecia que, desde el año 2019, dicha empresa ya presta servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 700 MHz, en el centro poblado de Ahuac.

Alega, además, que habría revertido los efectos de la presunta infracción sin haberse producido ni acreditado daños concretos así como que, para configuración del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria no se requiere tomar en consideración la periodicidad de evaluación prevista contractualmente, solo que la subsanación se haya producido de forma previa al inicio al PAS y que se haya realizado en forma espontánea, por lo que invoca la Resolución N° 11-2017-CD/OSIPTEL.

Por ello, señala que, la Primera Instancia realiza una interpretación errónea al considerar que no se habría configurado el eximente de responsabilidad dado que las cartas que acreditarían la subsanación voluntaria estarían relacionadas al período correspondiente al período correspondiente al tercer año de ejecución del Plan de Cobertura.

Sobre el particular, esta Oficina coincide con la Primera Instancia, en que debido a la naturaleza de la infracción materia de análisis del presente PAS, no es posible que se configure el cese de la conducta infractora en la medida que, la evaluación del cumplimiento del Plan de Cobertura responde a una periodicidad determinada, tal como se explicó en el numeral 5.2 del presente informe siendo que, además, no se debe perder de vista que, la finalidad de los planes de cobertura es la instalación de infraestructura para la prestación del servicio público de telecomunicaciones en determinadas localidades que no tienen acceso al mismo o que, teniendo acceso, este es ilimitado.

En esa línea, considerando que, el período de evaluación del presente PAS va del 26 de agosto de 2017 al 25 de agosto de 2018 (segundo año), el cumplimiento de la obligación que se habría acreditado mediante las cartas N° DMR/CE/N°1730/19 y N° DMR/CE/N°1731/19, corresponde ser analizado en el período correspondiente, es decir, el tercer año de ejecución del Plan de Cobertura. Así, no existe una subsanación de la conducta infractora en el presente caso y, por tanto, no es aplicable el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 011-2017-CD/OSIPTEL.

Cabe indicar que, en el presente caso, tal como precisó la Primera Instancia, no es posible revertir los efectos de la conducta infractora, en la medida que los posibles usuarios del servicio PCS en el centro poblado de Ahuac no pudieron acceder al mismo durante el período en análisis considerándose, además, que no se ha configurado un supuesto de

Con relación a solicitud del Concesionario de sustituir la localidad de Ahuac por otra, se precisa que dicha solicitud constituye una modificación al Contrato de Concesión, la misma que solo podría hacerse efectiva a través de la suscripción de una adenda, siguiendo el procedimiento que para tal fin establece el Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento.”
(subrayado agregado)



caso fortuito o fuerza mayor por los motivos indicados en el literal a) del numeral 5.3 del presente informe.

Por lo expuesto, se descartan los argumentos esgrimidos en este extremo

5.4. Sobre la aplicación del Principio de Culpabilidad

AMÉRICA MÓVIL señala que, habría actuado con la diligencia debida en todo momento, por lo que solicita que, su conducta sea evaluada en función del Principio de Culpabilidad. Así, indica que, i) mantuvo constantes acercamientos con la población de Ahuac, pese a la actitud negativa de la misma, ii) se documentó con diversos documentos cada incidencia presentada en dicho centro poblado, iii) solicitó oportunamente la modificación del Plan de Cobertura, no obteniéndose respuesta del MTC y iv) habría adelantado la instalación y la puesta en operación de una estación base en San Marcos (Cajamarca).

Al respecto, como se ha expuesto anteriormente, la problemática surgida con la población del centro poblado de Ahuac no acredita que ello se trate per se de una causal de fuerza mayor que les haya impedido cumplir con el Plan de Cobertura, más aun considerándose el pronunciamiento emitido por el MTC en el Informe N° 138-2019-MTC/27, según el cual AMÉRICA MÓVIL no inició trámite alguno a efectos de la Suspensión del Plazo de la Concesión, que es el único mecanismo previsto por el Contrato de Concesión para analizar el supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Asimismo, con relación al adelanto de la instalación y la puesta en operación de una estación base en San Marcos (Cajamarca), es decir, la sustitución de la localidad de Ahuac por otra, dicho informe señala que *“...dicha solicitud constituye una modificación al Contrato de Concesión, la misma que solo podría hacerse efectiva a través de la suscripción de una adenda, siguiendo el procedimiento que para tal fin establece el Decreto Legislativo 1362 y su Reglamento”*, siendo que, en el presente caso, dicho mecanismo tampoco ha sido utilizado por la empresa.

Por lo expuesto, como se advierte, no se ha acreditado la debida diligencia por parte de AMÉRICA MÓVIL para llevar a cabo los procedimientos que el propio Contrato de Concesión le permitía a efectos de eximirla de responsabilidad siendo que, en atención a ello, quedan desvirtuados los argumentos formulados por la empresa en este extremo.

5.5. Respecto a la razonabilidad de la medida impuesta

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la Primera Instancia no ha realizado un adecuado análisis de razonabilidad toda vez que la decisión de sancionarla por el presunto incumplimiento es desproporcionada.

Al respecto, el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, señala que las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar, a fin que respondan a los estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido. Asimismo, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad - asociado al sub principio de proporcionalidad en sentido estricto -, corresponde analizar si la sanción administrativa, fue impuesta considerando en los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.



Así, con relación a los sub principios del Principio de Proporcionalidad (idoneidad y necesidad y proporcionalidad), corresponde indicar lo siguiente:

- **Juicio de idoneidad o de adecuación:**

En el presente caso, tal como ha sido indicado por la Primera Instancia, se considera que el objetivo del presente procedimiento corresponde a la tutela del bien jurídico protegido, el cual está representado en garantizar que las condiciones esenciales establecidas en los Contratos de Concesión sean cumplidas por las empresas operadoras.

En el caso del Plan de Cobertura, este además guarda relación con el derecho de las personas que viven en los centros poblados incluidos en dicho plan, a acceder al servicio público de telecomunicaciones. Por lo cual, el incumplimiento del Plan de Cobertura en alguno de dichos centros poblados afecta a toda la población del mismo.

Así, con la imposición de la sanción se busca que AMÉRICA MÓVIL tenga comportamientos eficaces que cautelen la instalación y prestación del servicio en los centros poblados que su Plan de Cobertura determine y en los plazos previstos.

- **Juicio de necesidad:**

En cuanto a la necesidad de la sanción impuesta, debe indicarse que, en el presente procedimiento, se ha evaluado la posibilidad de emitir medidas alternativas, llegando a la conclusión, que comparte esta Oficina, que la necesidad de la medida elegida se encuentra justificada.

Cabe indicar que, de conformidad con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL, frente al incumplimiento de normas aplicables, de regulaciones o de obligaciones contenidas en los contratos de concesión, el OSIPTEL puede ejercer su función fiscalizadora y sancionadora, optando por imponer una sanción o medida correctiva.

Así, en el presente caso, la imposición de una sanción de multa se sustenta en la necesidad de lograr que, en adelante, dicha empresa adecue su conducta a efectos de no incumplir nuevamente con las condiciones esenciales establecidas como tales en el Contrato de Concesión, de tal modo que tampoco se generen perjuicios a terceros.

- **Juicio de proporcionalidad:**

Ahora bien, en cuanto al análisis de proporcionalidad de la sanción impuesta, se advierte que, ante la comisión de una infracción muy grave, acorde con lo establecido en el artículo 6 del RGIS y el artículo 25 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF), corresponde imponer una multa de entre 151 y 350 UIT.

Es importante señalar que, en el presente caso, en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna y luego del análisis de favorabilidad realizado entre la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL¹⁰ (Guía de Multas - 2019) y la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL¹¹, la Primera Instancia aplicó una multa de 6,2 UIT, que resultó ser la más favorable para AMÉRICA



¹⁰ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019

¹¹ Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

MÓVIL, tal como se advierte en el acápite “3. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN” de la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL

De conformidad a ello, la Primera Instancia ha procedido a evaluar los requisitos que contempla el TUO de la LPAG para la determinación y graduación de la sanción, análisis que comparte esta Oficina.

En ese sentido, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.6. Sobre la supuesta vulneración al Derecho de Defensa al haberse omitido la propuesta de sanción en el Informe Final de Instrucción

AMÉRICA MÓVIL señala que se ha afectado su Derecho de Defensa al haberse emitido el Informe Final de Instrucción sin recomendación de multa, lo cual además, según dicha empresa, contravendría lo dispuesto en el artículo 255 del TUO de la LPAG.

Con relación a ello, debe indicarse que la DFI, en su calidad de órgano instructor, emitió su Informe Final de Instrucción en el que determinó las conductas que se consideran probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de la sanción y la sanción propuesta (multa), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 255¹² del TUO de la LPAG. En atención a dicho análisis, la DFI precisó la propuesta de sanción con una multa de entre 151 y 350 UIT por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en el artículo 6 del RGIS.

De acuerdo a ello, AMÉRICA MÓVIL conocía de manera antelada que, en caso de imponérsele una sanción de multa, cuál habría sido el monto mínimo y máximo que se le podía imponer por la infracción cometida. En ese sentido, la emisión del Informe Final de Instrucción se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente.

De otro lado, es importante mencionar que, conforme a lo establecido en el numeral 182.2 del artículo 182 del TUO de la LPAG, salvo disposición legal expresa, los informes se presumen facultativos y no vinculantes, de modo que el contenido del Informe Final de Instrucción elaborado por la DFI, en su calidad de órgano supervisor e instructor del procedimiento sancionador, no resulta imperativo a la Gerencia General, que finalmente determina si existe responsabilidad administrativa y determina la sanción a imponer, en caso corresponda.

En ese sentido, esta Oficina considera que no se ha afectado el debido procedimiento ni el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL en el presente caso, por lo que debe desestimarse este extremo.

5.7. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Tipicidad

AMÉRICA MÓVIL señala que el OSIPTEL solo puede imputar y sancionar conductas que estén predeterminadas previamente en normas con rango de ley y que calzan en la conducta del administrado, estando prohibido que una disposición reglamentaria, como

¹² “Artículo 255.- Procedimiento sancionador

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

(...)

5. 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.

(...).”



sería el artículo 6 del RGIS, cree una nueva conducta sancionable no prevista en una norma con rango de ley.

Al respecto, con relación a la supuesta trasgresión al Principio de Tipicidad, la discusión sobre una posible afectación debe centrarse inicialmente en la determinación del tipo que sustenta la infracción que se imputa a la apelante, pues es a partir de la concreción detallada y precisa del mismo que resultará posible enlazar a este con la correspondiente consecuencia jurídica.

En atención a ello, la exigencia de constar “*de manera inequívoca*” determina que la fijación de los preceptos, mandatos o disposiciones del instrumento o norma hacia el cual se efectuará la remisión (también predeterminada), deberá realizarse de modo tal, que no admita duda y permita “predecir con suficiente grado de certeza”¹³ su adecuación al tipo, puesto que, una vez determinado pasará a conformar parte del aquél como un solo “bloque de tipicidad”.

Así, resulta pertinente citar el artículo 6 del RGIS, el cual expresamente señala:

“Artículo 6.- Incumplimiento de condiciones esenciales del contrato de concesión

La Empresa Operadora que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave.”

De la lectura del referido artículo se puede advertir que se trata de un tipo que surge como consecuencia de una remisión. Así, del mencionado artículo se advierte que este determina de manera inequívoca la remisión a ser realizada, en el sentido que deberá efectuarse hacia el o los contratos de concesión con los que cuente el apelante. En consecuencia, esta Oficina considera que, únicamente a partir de estos, deberá verificarse si resulta válido inferir, de una manera tal que no admita dudas, la existencia de la condición esencial y la consiguiente imputación de responsabilidad efectuada por la Primera Instancia.

Con relación a la condición esencial que habría sido incumplida por AMÉRICA MÓVIL, debe precisarse que esta no cuestiona que el cumplimiento del Plan de Cobertura tenga el carácter esencial, sino que el incumplimiento de la obligación de mantener como “meta acumulada” la prestación del servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 700 en uno de los quince centros poblados incluidos en el Plan de Cobertura al segundo año, constituyen el incumplimiento del mismo, especialmente considerando que dicha empresa sostiene que dicha situación obedeció a un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

En ese sentido, no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la LDFF, 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.



¹³ Fundamento 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional peruano de fecha 16 de abril de 2003 (Exp. N° 2050-2002-AA/TC).

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción muy grave calificada en el artículo 6 del RGIS, corresponderá la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 238-2022-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

