

| | | |
|-------------------|---|--|
| A | : | RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO |
| ASUNTO | : | RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 049-2022-GG/OSIPTEL. |
| REFERENCIA | : | EXPEDIENTE N° 00016-2021-GG-DFI/PAS |
| FECHA | : | 3 de octubre de 2022 |

| | CARGO | NOMBRE |
|--------------------------------|---|--------------------------------|
| ELABORADO POR | COORDINADOR LEGAL | JOHAN DANIEL ROSALES HEREDIA |
| REVISADO Y 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 N° 049-2022-GG/OSIPTEL, en el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) iniciado por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el último párrafo de la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad de las Normas Complementarias del RENTESEG (en adelante, Segunda DCF), aprobadas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el último párrafo de dicha disposición; así como por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 3 del Anexo N° 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en los artículos 126 y 133 de la referida norma.

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. Mediante carta 00383-DFI/2021 notificada el 1 de marzo de 2021, la DFI comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en la Segunda DCF, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el último párrafo de dicha disposición; así como por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 3 del Anexo N° 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en los artículos 126 y 133 de la referida norma, otorgándole un plazo de veinte (20) días hábiles para la remisión de sus descargos.
- 2.2. AMÉRICA MÓVIL, a través de la carta DMR/CE/N° 667/21 recibida el 11 de marzo de 2021, solicitó una ampliación de plazo de treinta (30) días hábiles adicionales para la remisión de sus descargos.
- 2.3. La DFI, mediante carta 00573-DFI/2021 notificada el 17 de marzo de 2021, le concedió a la empresa operadora una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles para la presentación de sus descargos.
- 2.4. AMÉRICA MÓVIL, mediante escrito S/N, recibido el 28 de abril de 2021, presentó sus descargos.
- 2.5. Con fecha 3 de agosto de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe Final de Instrucción N° 00187-DFI/2021, conteniendo el análisis de los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL; el cual fue puesto en conocimiento de dicha empresa operadora mediante carta C.0730-GG/2021, notificada el 9 de agosto de 2021, a fin de que formule descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles; no obstante, la empresa no presentó descargos al referido informe.
- 2.6. Mediante la Resolución N° 442-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 18 de noviembre de 2021, la Gerencia General resolvió, entre otros aspectos, lo siguiente:



- ARCHIVAR el PAS iniciado por el incumplimiento del artículo 126 del TUO de las Condiciones de Uso, en el extremo referido a ciento seis (106) códigos IMEI.
- ARCHIVAR el PAS por el incumplimiento del numeral (i) del artículo 133 del TUO de las Condiciones de Uso, en el extremo referido a treinta y seis (36) códigos IMEI.
- SANCIONAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL con:
 - Una (1) multa de TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN (350) UIT por la comisión de la infracción MUY GRAVE tipificada en el último párrafo de la Segunda DCF, por incumplir lo dispuesto en el último párrafo de dicha disposición.
 - Una (1) multa de CIENTO CINCUENTA (150) UIT por la comisión de la infracción GRAVE tipificada en el artículo 3 del Anexo N° 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por incumplir lo dispuesto en el artículo 126 de la referida norma.
 - Una (1) multa de CIENTO CINCUENTA (150) UIT por la comisión de la infracción GRAVE tipificada en el artículo 3 del Anexo N° 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por incumplir lo dispuesto en el numeral (i) del artículo 133 de la referida norma.

2.7. AMÉRICA MÓVIL a través del escrito s/n, recibido el 10 de diciembre de 2021, interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 442-2021-GG/OSIPTEL.

2.8. Mediante la Resolución N° 049-2022-GG/OSIPTEL, de fecha 22 de febrero de 2022, la Gerencia General resolvió, entre otros aspectos, declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Reconsideración interpuesto por AMÉRICA MÓVIL contra la Resolución de Gerencia General N° 00442- 2021-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, lo siguiente:

- ARCHIVAR el extremo del PAS por el incumplimiento del último párrafo de la Segunda DCF, referido a trescientos treinta y nueve (339) registros de reportes.
- ARCHIVAR el extremo del PAS por el incumplimiento del artículo 126 del TUO de las Condiciones de Uso, referido a diez (10) registros de reportes.
- ARCHIVAR el extremo del PAS por el incumplimiento del numeral (i) del artículo 133 del TUO de las Condiciones de Uso, referido a ochenta (80) registros de reportes.
- CONFIRMAR las tres (3) multas impuestas mediante la Resolución 442-2021-GG/OSIPTEL.

2.9. El 13 de marzo del 2022, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 049-2022-GG/OSIPTEL.

2.10. Posteriormente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 065-2022-CD/OSIPTEL de fecha 5 de abril de 2022, recaída en el Expediente N° 001-2021-GG-DFI/PAS, dicho órgano colegiado señaló, en atención a la aplicación de la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL, aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL (Metodología de Cálculo de Multas – 2021); que atendiendo a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, esta podría fijar una cuantía menor en las multas



calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto, lo cual implicaría un supuesto de aplicación de retroactividad en caso favorezca al infractor.

- 2.11. Mediante Memorando N° 382-OAJ/2022 del 14 de abril de 2022 la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) que evalúe si atendiendo a la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, habría alguna variación respecto a las multas impuestas por la Primera Instancia.
- 2.12. Mediante escrito S/N presentado el 15 de julio de 2022, AMÉRICA MÓVIL amplió su Recurso de Apelación.
- 2.13. El 15 de setiembre de 2022, a través del Memorando N° 515-DPRC/2022, la DPRC atendió la consulta formulada mediante el Memorando N° 382-OAJ/2022.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 218.2 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General¹ (en adelante, TUO de la LPAG) y el artículo 27 del Reglamento General de infracciones y sanciones (antes, Reglamento de Fiscalización, Infracciones y sanciones, y, en adelante RGIS)², corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los fundamentos del Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL son los siguientes:

- 4.1. Se habría vulnerado el Debido Procedimiento debido a que el informe final de instrucción elaborado por la DFI no incluyó las propuestas de multas con relación a los supuestos incumplimientos imputados.
- 4.2. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad al confirmar la Gerencia General las multas impuestas que se sustentan en tres imputaciones independientes, cuando lo que correspondería sería tratarlas como una única infracción.
- 4.3. Se habría vulnerado el Principio del Debido Procedimiento, Predictibilidad y Seguridad Jurídica, por cuanto ha confirmado las multas impuestas a pesar de que no existe coherencia entre las sanciones impuestas y los hechos que sustentan la notificación de cargos.
- 4.4. Se habría vulnerado el Principio de Verdad Material, en tanto existirían códigos IMEI que si bien en un primer momento se encontraron reportados como bloqueados por sustracción o pérdida sobre los que posteriormente se realizaron reportes de recuperación.

¹ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

² 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 N° 087-2013-CD/OSIPTEL, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.



4.5. Correspondería realizar una nueva graduación de la sanción teniendo en consideración la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL, aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL (Metodología de Cálculo de Multas – 2021) y, en consecuencia, reducir la multa impuesta en aplicación del Principio de Retroactividad Benigna.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre los argumentos señalados por AMÉRICA MÓVIL en su Recurso de Apelación, esta Oficina considera lo siguiente:

5.1. Respecto a la vulneración del Debido Procedimiento

AMÉRICA MÓVIL afirma que, en el Informe Final de Instrucción emitido en el marco del presente PAS, se recomendó una (1) multa muy grave de entre 151 y 350 UIT y dos (2) multas graves de entre 51 y 150 UIT, sin embargo, no se señaló la cuantía de la sanción que proponía en cada caso el órgano instructor; incumpléndose, en su opinión, el procedimiento regular establecido normativamente y, en consecuencia, vulnerando el Debido Procedimiento.

Del mismo modo, hacen mención del Artículo 22 del RGIS, el cual señala que el órgano de instrucción evaluará los actuados y emitirá un Informe final con sus conclusiones sobre la comisión o no de la infracción y, en cada caso, su propuesta sobre la sanción a imponerse. En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL solicita que se declare la nulidad de la resolución que impuso la multa, ya que se no se habría cumplido uno de los requisitos de validez del acto administrativo, como lo es, el procedimiento regular

Al respecto, es preciso señalar que, en virtud al Principio de Debido Procedimiento, no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento³.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el artículo 255 del TUO de la LPAG y el artículo 22 del RGIS, el órgano de instrucción, al momento de emitir el informe final de instrucción, debe concluir no solo sobre la comisión de las infracciones imputadas, sino también proponer las sanciones a imponerse.

Para tal efecto, debe considerarse que, acorde a lo establecido en los artículos 25 de la LDFF y el artículo 17 del RGIS⁴, las sanciones a ser impuestas ante la comisión de infracciones son:

³ **“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

2. Debido procedimiento. - *No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.*

⁴ **“Artículo 17.- Escala de Sanciones**

Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves.

Para la determinación de la sanción se considerarán los siguientes criterios de graduación: el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y, el perjuicio económico causado; así como los factores agravantes y atenuantes señalados en el artículo 18, de ser el caso.

Las infracciones leves pueden sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo a las particularidades del caso, salvo que se trate de reincidencia.

Los montos de las multas correspondientes se fijarán dentro de los márgenes establecidos en la LDFF.”



- a. **Las multas:** De acuerdo a los límites mínimos y máximos previstos para las infracciones leves, graves y muy graves, y;
- b. **La amonestación:** Como una opción en el caso de infracciones leves.

Así, en el presente caso se advierte que, conforme a lo establecido en las normas antes citadas, la DFI, en su calidad de órgano de instrucción, al momento de emitir el informe final de instrucción, concluyó proponiendo el rango de multas a imponerse.

Cabe resaltar que la cuantía de la sanción de multa no es un elemento que se exija consignar en el Informe Final de Instrucción. Adicionalmente, debe resaltarse que dicho informe no tiene un carácter vinculante para el órgano resolutor, acorde a lo establecido en el artículo 182 del TUO de la LPAG⁵.

En tal sentido, aun en el caso que exista una recomendación sobre la posible cuantía de las multas a imponer, esto no habría sido determinante para la resolución de la Primera Instancia. Inclusive, en aquellos casos en los que el órgano de instrucción incluya una recomendación sobre la cuantía de la sanción de multa y esta no sea acogida por el órgano resolutor, se podría generar una expectativa o confusión en los administrados, afectando su derecho de defensa.

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

Debe tenerse presente que el hecho que otros órganos de instrucción hayan recomendado la cuantía de la multa a imponer en otros PAS, no implica que esta práctica deba ser adoptada por la DFI, en la medida que, acorde a lo establecido en los artículos 255 del TUO de la LPAG y 22 del RGIS, corresponde únicamente la precisión respecto de la sanción a imponer, más no de la cuantía de la sanción de multa.

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

5.2. Respecto a la vulneración del Principio de Razonabilidad

AMÉRICA MÓVIL argumenta que se les habría sancionado erróneamente con tres multas administrativas, a pesar de que existe una unidad de hecho en las supuestas conductas infractoras, por lo que correspondería la posibilidad de aplicar la figura del concurso de infracciones, esto a razón de que las tres conductas imputadas, no convergen en una misma obligación, sino que comparten la tutela de un mismo bien jurídico, esto es, salvaguardar la seguridad ciudadana.

Del mismo modo, la empresa operadora arguye que en el presente procedimiento existiría una sobrerregulación o tipificación en exceso, que habría sido reconocida por el propio regulador a través del Informe N° 206-GPRC/2018 y, en consecuencia, solicitan la imposición de una única multa administrativa, y no de tres multas como ha resuelto la Gerencia General.

⁵ “Artículo 182.- Presunción de la calidad de los informes

182.1 Los informes administrativos pueden ser obligatorios o facultativos y vinculantes o no vinculantes.

182.2 Los dictámenes e informes se presumirán facultativos y no vinculantes, con las excepciones de ley.”



Al respecto, es preciso resaltar lo señalado por la Gerencia General, y es que las conductas detectadas vulneran distintas obligaciones, pues mientras que el incumplimiento del último párrafo de la Segunda DCF implica que la empresa operadora prestó sus servicios a través de equipos terminales móviles cuyos IMEI estaban registrados como sustraídos o perdidos en la Base de Datos Centralizada del Procedimiento de Intercambio de Información, en los casos de los artículos 126 y 133 del TUO de las Condiciones de Uso se tiene que la contravención de estos dispositivos significa que la empresa operadora no bloqueó los equipos terminales reportados como sustraídos o perdidos ante reportes realizados por sus propios abonados o usuarios así como abonados o usuarios de otras empresas operadoras, así como de otros países en virtud de acuerdos internacionales.

Sobre estos dos (2) últimos artículos, cabe indicar que no nos encontramos frente a una misma obligación pues a pesar que ambos disponen el bloqueo de equipos terminales móviles ante reportes de sustracción o pérdida, el artículo 126 del TUO de las Condiciones de Uso precisa que dicho bloqueo debe ser realizado de forma inmediata ante reportes realizados por los propios abonados o usuarios de la empresa operadora, mientras que el numeral (i) del artículo 133 del cuerpo normativo mencionado señala que el bloqueo debe realizarse respecto a los equipos terminales móviles que se encuentran en la Lista Negra del RENTESEG como consecuencia de un reporte realizado por otras empresas operadoras, así como de otros países en virtud de acuerdos internacionales. De lo señalado, se aprecia que claramente existe una diferencia en la oportunidad en la que debe de realizarse el bloqueo, así como de los sujetos que reportan como sustraídos o perdidos los equipos terminales móviles que originan la obligación de bloqueo, no siendo sostenible lo alegado por la empresa operadora referido a que nos encontraríamos en el mismo escenario para las tres (3) infracciones imputadas las cuales son:

- La prestación de servicios a través de equipos terminales móviles que se encontraban registrados como sustraídos o perdidos en la Base de Datos Centralizada del Procedimiento de Intercambio de Información durante el periodo comprendido del 1 de abril al 17 de junio de 2019, contraviniendo lo establecido en el último párrafo de la Segunda DCF de las Normas Complementarias del RENTESEG.
- El no bloqueo inmediato de equipos terminales móviles reportados como sustraídos o perdidos por los propios abonados o usuarios de AMÉRICA MÓVIL, durante el periodo comprendido del 18 de junio de 2019 al 31 de marzo de 2020, contraviniendo lo establecido en el artículo 126° del TUO de las Condiciones de Uso.
- El no bloqueo de equipos terminales móviles, cuyos reportes por sustracción o pérdida fueron efectuados por parte de abonados o usuarios de las otras empresas operadoras, así como de otros países en virtud de acuerdos internacionales, durante el periodo comprendido del 18 de junio de 2019 al 31 de marzo de 2020, contraviniendo lo establecido en el numeral (i) del artículo 133 del TUO de las Condiciones de Uso.

En ese sentido, esta Oficina, está de acuerdo con la Gerencia General cuando señala que la sola utilización de una metodología similar para evidenciar el incumplimiento de distintos dispositivos legales no conlleva “per se” a un exceso de punición; más aún si tal como ha sido resumido líneas arriba, nos encontramos frente a conductas diferentes cuyos incumplimientos transgreden distintas obligaciones.

Respecto al Informe N° 206-GPRC/2018 se aprecia que el mismo tenía como objeto proponer mejoras en las técnicas de supervisión de los servicios públicos de telecomunicaciones, en



el marco de las funciones y facultades de este Organismo Regulador, considerando ello, lo expresado por la DPRC -en el extracto alegado por AMÉRICA MÓVIL- se advierte que estaba dirigido a evidenciar las dificultades que se presentaban en el cálculo de las multas, citando como ejemplo distintas infracciones relacionadas a la entrega de información. En ese sentido, el hecho de que en el Informe citado se haya dado la opinión de un área del OSIPTEL, no significa que en el presente PAS nos encontremos en un escenario de excesiva tipificación o en un exceso de punición, más aún cuando i) los incumplimientos de las obligaciones que dieron lugar a las multas impuestas a través de la Resolución N° 442-2021-GG/OSIPTEL distan de los ejemplos brindados por la DPRC y ii) que nos encontramos ante conductas diferentes cuyos incumplimientos transgreden distintas obligaciones.

Conforme a lo expuesto, no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad y, en tal sentido, corresponde desestimar el presente extremo del Recurso de Apelación.

5.3. Respecto a la supuesta falta de coherencia entre las sanciones impuestas y los hechos que sustentan la notificación de cargos

AMÉRICA MÓVIL argumenta que el presente procedimiento sancionador no guarda coherencia con la imputación de cargos, respecto a las dos (2) sanciones de 150 UIT cada una por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 126 y 133 del TUO de las Condiciones de Uso, ya que la Gerencia General sustenta la imposición de estas en base a un análisis distinto al contenido en la carta de imputación de cargos. Así, según AMÉRICA MÓVIL, pese a que los referidos artículos se encontrarían referidos única y exclusivamente al *"no bloqueo de los equipos terminales reportados como sustraídos o perdidos por nuestros abonados o los de otras operadoras, así como de otros países"*, la carta de imputación de cargos habría efectuado un análisis de imputación idéntico para las tres (3) conductas infractoras, esto es, analizando la cantidad de servicios móviles en los cuales se prestaron servicios móviles mediante IMEI registrados como sustraídos o perdidos

Asimismo, la referida empresa afirma que, al resolver el Recurso de Reconsideración, la Gerencia General habría reconocido que la imputación de cargos tiene diversas discordancias en la descripción de las imputaciones y que, pese a que ello implicaría una imputación no precisa, se sancionó a AMÉRICA MÓVIL.

Sobre el particular, es preciso señalar que, a diferencia de lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, esta Oficina considera que no existe una imprecisión en la imputación de cargos, dado que tanto en el caso de la imputación del incumplimiento referido al artículo 126 como al artículo 133 del TUO de las Condiciones de Uso, se señaló que la conducta infractora consistía en la vulneración a dichos artículos. Asimismo, de la revisión de la carta de imputación de cargos se advierte que esta cita la parte pertinente del Informe de Supervisión N° 00017-DFI/SDF/2021 y sus anexos (en adelante, Informe de Supervisión) en la que se señala que la conducta consiste en el no boqueo respectivo. En efecto, ello se puede apreciar en los párrafos sesenta (60), sesenta y tres (63), ochenta y uno (81) y ochenta y cuatro (84) del Informe de Supervisión, citados en la carta de imputación de cargos, tal como se aprecia a continuación:



Al respecto, como se señala en el numeral 3.2 del Informe de Supervisión se verificó lo siguiente:

“ (...)

3.3 Respecto de lo dispuesto en el artículo 126° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso

(...)

60. A continuación, se incluye la tabla con la cantidad de IMEI y servicios únicos que habrían incumplido con lo dispuesto en el artículo 126° del TUO de las Condiciones de Uso en el extremo referido a **no bloquear del equipo de forma inmediata al reporte** al haberse identificado que prestó servicios móviles a través de estos:

63. A continuación, se incluye una tabla con la cantidad de IMEI que habrían incumplido con lo dispuesto en el artículo 126° del TUO de las Condiciones de Uso en el extremo referido a **no bloquear del equipo de forma inmediata al reporte** al haberse identificado que no se encuentra en el EIR de CLARO:

Al respecto, como se señala en el numeral 3.2 del Informe de Supervisión se verificó lo siguiente:

“ (...)

3.4 Respecto de lo dispuesto en el artículo 133° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso

(...)

81. A continuación, se incluye la tabla con la cantidad de IMEI y servicios únicos que habrían incumplido con lo dispuesto en el artículo 133° del TUO de las Condiciones de Uso en el extremo referido a **no bloquear el equipo terminal móvil que se encuentre en la base de datos SPR como consecuencia del reporte de sustracción o pérdida realizado por otra empresa operadora, incluyendo la información de otros países** al haberse identificado que prestó servicios móviles a través de estos.

84. A continuación, se incluye una tabla con la cantidad de IMEI 54 que habrían incumplido con lo dispuesto en el artículo 133° del TUO de las Condiciones de Uso en el extremo referido a **no bloquear el equipo terminal móvil que se encuentre en la base de datos SPR como consecuencia del reporte de sustracción o pérdida realizado por otra empresa operadora, incluyendo la información de otros países** al haberse identificado que prestó servicios móviles a través de estos.

Como puede advertirse, AMÉRICA MÓVIL tenía pleno conocimiento que las conductas imputadas no se referían a la prestación de servicios móviles en equipos terminales cuyos IMEI estarían registrados como sustraídos o perdidos, sino al no bloqueo de equipos terminales móviles i) de forma inmediata ante reportes de sustracción o pérdida por parte de sus abonados o usuarios y ii) cuyos reportes de sustracción o pérdida fueron efectuados por parte de abonados o usuarios de otras empresas operadoras, así como de otros países en virtud de acuerdos internacionales, respectivamente.

Ahora bien, con relación al supuesto reconocimiento por parte de la Gerencia General respecto a que la imputación de cargos tendría “diversas discordancias” en la descripción de las imputaciones, es preciso señalar que, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, esta Oficina no advierte sustento para dicha afirmación. Cabe indicar que, si bien en la resolución apelada la Gerencia General hace referencia a una discordancia, expresamente señala que esta se encontraría referida a aspectos contenidos en el Informe de Supervisión



-no a la imputación de cargos-, específicamente a algunos de los párrafos antes citados y a los encabezados de las tablas en las que se detallan, entre otros aspectos, la cantidad de códigos IMEI respecto de los cuales se advirtió el incumplimiento respectivo.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, a diferencia de lo señalado por la Gerencia General, esta Oficina no considera que exista una discordancia (entendida como contrariedad, diversidad o disconformidad) entre dichos aspectos del Informe de Supervisión, sino que simplemente no existe una identidad entre la terminología utilizada en dichos encabezados, dado que estos hacen referencia a la metodología empleada para la identificación de los respectivos incumplimientos. Cabe indicar que, la referida metodología también ha sido detallada para cada supuesto en el referido Informe de Supervisión, siendo que la Gerencia General ha reconocido que esta es similar para el caso de las tres (3) imputaciones. Sin embargo, como hemos señalado en el acápite anterior, ello no es suficiente para sostener que existe una unidad de hecho en las supuestas conductas infractoras.

En atención a lo antes señalado, no existe imprecisión en la notificación de cargos, por lo que no se habría vulnerado el Debido Procedimiento ni los Principios de Predictibilidad y Confianza Legítima, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.4. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Verdad Material

AMÉRICA MÓVIL refiere que se habría vulnerado el Principio de Verdad Material, en tanto existirían códigos IMEI que si bien en un primer momento se encontraron reportados como bloqueados por sustracción o pérdida sobre los que posteriormente se realizaron reportes de recuperación. Para tal efecto, la empresa señala que realizó validaciones de IMEI reportados en los archivos de este Organismo Regulador, tanto en la fuente antigua como en la actual.

Sobre el particular, es preciso advertir que este mismo argumento fue alegado por AMÉRICA MÓVIL ante la Primera Instancia, siendo además que los casos que ha ejemplificado para sostener dicho argumento en su Recurso de Apelación, también fueron señalados ante dicho órgano resolutorio. Así, es preciso señalar que, respecto a ello, la DFI -a través del Memorando N° 186-DFI/2022 analizó las pruebas presentadas por la empresa operadora respecto a dicha alegación, las cuales no han sido materia de modificación o ampliación a través de su Recurso de Apelación, sino, por el contrario, AMÉRICA MÓVIL solicita que se realice en nuevo análisis de la misma información, sin acreditar una causa que amerite dicha nueva evaluación.

Así, conforme la evaluación de la DFI y de la Primera Instancia que esta Oficina hace suya, no se ha acreditado una transgresión al Principio de Verdad Material, en la medida que los hechos que sustentaron la imputación del presente PAS han sido debidamente verificados, por lo que corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

4.1. Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna

Es pertinente destacar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora en sede administrativa es el Principio de Retroactividad Benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG. Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna⁶

⁶ Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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



resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto la multa impuesta a través de la Resolución N° 442-2021-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL⁷ (Guía de Multas – 2019), corresponde evaluar si la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 (vigente desde el 1 de enero de 2022) podría fijar una cuantía menor en la multa calculada bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; en ese sentido, a través del Memorando N° 515-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación.

Ahora bien, de acuerdo a dicha evaluación, para determinar el valor de las multas que corresponden aplicar en el presente caso, la metodología a emplear se basa en la cuantificación del beneficio ilícito obtenido por sus conductas. Para la estimación del beneficio ilícito se consideran los costos evitados de personal y mantenimiento necesarios para operar un sistema de bloqueo de IMEI (parámetro Mantyggest) y los ingresos ilícitos que la Empresa habría obtenido a partir de la conducta infractora (parámetro Benlin).

Luego, el valor estimado del beneficio ilícito en cada uno de los incumplimientos es evaluado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora, la cual ha sido considerada como media para los tres incumplimientos.

Así, de acuerdo a dicha evaluación, a continuación, se incluye un cuadro comparativo entre la multa resultante con la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 y la Guía de Multas – 2019):

| Norma Incumplida | Metodología de cálculo de Multas - 2022 | Guía de Multas – 2019 |
|--|---|-----------------------|
| Segunda DCF | 703 | 350 |
| Artículo 126 del TUO de Condiciones de Uso | 320,9 | 150 |
| Artículo 133 del TUO de las Condiciones de Uso | 1423,5 | 150 |

Fuente: DPRC

Como puede apreciarse, del análisis de la favorabilidad de la aplicación de la Guía de Multas - 2019 y la Metodología de Multas – 2021 se advierte que esta última no resulta más beneficiosa que la metodología anterior, ya que las multas a imponer resultarían igual o más gravosas. En efecto, en el caso del incumplimiento de la Segunda DCF correspondería una

(...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

⁷ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019



multa igual de 350 UIT⁸; asimismo, en el caso del incumplimiento del artículo 126 del TUO de Condiciones de Uso, correspondería una multa más alta de 320, 9 UIT; y en el caso del incumplimiento del artículo 133 del TUO de las Condiciones de Uso correspondería una multa también más alta de 350 UIT⁹.

En consecuencia, corresponde desestimar la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna que también fue alegada por la empresa operadora

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, 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.

Al ratificar el Consejo Directivo las sanciones a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el último párrafo de la Segunda DCF y de las infracciones graves tipificadas en el artículo 3 del Anexo N° 5 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 049-2022-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, CONFIRMAR todos sus extremos.

Atentamente,



⁸ Ello debido a que se reconduciría al monto máximo establecido para las infracciones muy graves.

⁹ También en este caso se reconduciría al monto máximo establecido para las infracciones muy graves.