



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00238-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 1 de agosto de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	0078-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO: El Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución Nº 164-2022-GG/OSIPTEL (RESOLUCIÓN 164);

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Informe Nº 223-DFI/SDF/2021 (Informe de Supervisión) de fecha 27 de agosto de 2021, en el marco del Expediente Nº 00016-2020-GSF (Expediente de Supervisión), la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) consignó el resultado de la verificación del cumplimiento del Plan de Cobertura (PC) al segundo año, respecto de la prestación del servicio de comunicaciones personales PCS con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 698-806 MHz en las unidades geográficas (centro poblados) a nivel nacional, según lo establecido en el Contrato de Concesión Única.
2. La DFI, mediante la carta Nº 1966-DFI/2021 (CARTA 1966) notificada el 23 de setiembre de 2021, comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) por presuntamente haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), por cuanto habría incumplido con la obligación de ejecutar el PC, al segundo año, para el servicio de comunicaciones personales PCS con tecnología LTE en el Bloque B (718-733/773-788 MHz) de la Banda 698-806 MHz, de acuerdo con la meta acumulada y de conformidad con lo señalado en el numeral 8.3 "Plan de Cobertura y Metas de Uso" de la Cláusula 8 "Obligaciones y Derechos de la Sociedad Concesionaria" del Contrato de Concesión Única, y lo dispuesto en el Anexo 1 de la Resolución Directoral Nº 311-2016-MTC/27, de fecha 22 de julio de 2016; otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
3. Mediante la carta DMR/CE/Nº 2392/21 recibida el 27 de setiembre de 2021, AMÉRICA MÓVIL solicitó a la DFI se le otorgue una ampliación de plazo de quince (15) días hábiles para presentar sus descargos. Asimismo, a través de la carta DMR/CE/Nº 2392/21, recibida el 28 de setiembre de 2021, la empresa operadora informó que no fue posible la visualización del Expediente Sancionador y consultó sobre la conformación del mismo, solicitando que el cómputo de plazo de cinco (5) días hábiles otorgados para la presentación de sus descargos sea prorrogado conforme a lo solicitado en su carta DMR/CE/Nº 2392/21.





4. Mediante carta N° 2087-DFI/2021, recibida el 4 de octubre de 2021, la DFI concedió a AMÉRICA MÓVIL por única vez, una ampliación de diez (10) días hábiles adicionales al plazo originalmente otorgado para presentar sus descargos.
5. El 15 de octubre de 2021, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos a la comunicación de imputación de cargos. **(Descargos)**.
6. Con fecha 17 de diciembre de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 264-DFI/2022 **(Informe Final de Instrucción)**, el mismo que fue puesto en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL con carta N° 1020-GG/2021, notificada el 23 de diciembre de 2021, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
7. Mediante la RESOLUCIÓN 164, notificada el 25 de mayo de 2022 la Gerencia General sancionó a AMÉRICA MÓVIL, de la siguiente manera:

“(...)

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.*

(...)”

8. El 14 de junio de 2022, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCIÓN 164.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 218.2 del artículo 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, el plazo para interponer el Recurso de Reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados a partir del día siguiente de la notificación del acto impugnado.

Sobre el particular, de la revisión del Recurso de Reconsideración, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido.

De otro lado, conforme a lo señalado en 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 impugnación y debe sustentarse en nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, y la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un Recurso de Apelación.

En esa línea, Juan Carlos Morón Urbina señala lo siguiente:





“(…) para nuestro legislador no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión, con solo pedírsele, pues se estima que, dentro de una línea de actuación responsable, el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso 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 la reconsideración”¹.

(Subrayado agregado)

En cuanto la nueva prueba como requisito de admisibilidad, MORÓN (2019), señala que: *“(…) debemos señalar que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia*”².

En la misma línea, el Consejo Directivo, en la Resolución N° 151-2018-CD/OSIPTEL, ha señalado que, dada la naturaleza del Recurso de Reconsideración, no corresponde que la misma autoridad se pronuncie sobre las cuestiones de puro derecho planteadas por los administrados, ni sobre cuestiones que no se encuentren vinculadas con la presentación de la nueva prueba. En dicho pronunciamiento, el referido órgano colegiado validó que la Gerencia General no se haya pronunciado respecto a los fundamentos de derecho contenidos en el Recurso de Reconsideración presentado, sino únicamente respecto a aquellos vinculados con la nueva prueba ofrecida; sin que ello signifique que la resolución impugnada no haya estado debidamente motivada.

Por consiguiente, a efecto de analizar los argumentos expresados por el administrado en su Recurso de Reconsideración, tiene que verificarse que cada uno de estos esté acompañado de nueva prueba que justifique la revisión de la decisión emitida; caso contrario, el respectivo argumento no podrá ser evaluado por el órgano de Primera Instancia, sin perjuicio del derecho del administrado de formular los cuestionamientos que estime pertinentes mediante el Recurso de Apelación.

Ahora bien, no todo documento ofrecido por el administrado como nueva prueba realmente reviste tal condición. Sobre el particular, el Consejo Directivo ha señalado lo siguiente en la Resolución N° 053-2022-CD/OSIPTEL:

“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; y por tanto, no resulta pertinente como nueva prueba, documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento”⁶.

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

¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444”, Gaceta Jurídica, 14va Edición, Lima, 2019, Tomo II, Pág. 216.

²Idem





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”.

Del criterio anterior, se colige que aquellos documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, como efecto de ello, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración.

En consecuencia, resulta necesario que la “nueva” información proporcionada por el administrado se sustente en una nueva fuente de prueba, la cual debe tener una expresión material para que pueda ser valorada por esta Instancia.

En el presente caso, AMÉRICA MÓVIL ha solicitado se REVOQUE y ARCHIVE lo resuelto en la Resolución Impugnada, en atención a los siguientes argumentos:

2.1. AMÉRICA MÓVIL manifiesta que la facultad del OSIPTEL para determinar la comisión de infracciones ha prescrito en el presente caso.

- Para tal efecto, adjunta como nueva prueba el Informe N° 715-GSF/2015 (**PRUEBA 1**), en el cual se ha reconocido la figura de Prescripción.
- Adjunta la Resolución N° 538-2014-GG/OSIPTEL (**PRUEBA 2**) y Resolución N°076-2016-CD/OSIPTEL (**PRUEBA 3**), en las cuales la Gerencia General y el Consejo Directivo respectivamente declararon la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora del OSIPTEL.
- Además, adjunta la Resolución Directoral N° 002-2017-JUS/DGDOJ (**PRUEBA 4**), en la cual se han desarrollado determinadas pautas sobre la prescripción que deberán ser aplicadas en el presente PAS.

2.2. AMÉRICA MÓVIL considera que la resolución impugnada vulnera el Principio de NON BIS IN IDEM, al haberse realizado un análisis errado sobre su aplicación.

- Adjunta como nueva prueba el Informe N° 1064-GSF/2020 (**PRUEBA 5**), el cual reconoce que cuando la norma tipificadora no establezca un periodo de tiempo específico para la evaluación de una determinada obligación, corresponde aplicar el Non Bis In Ídem en los casos en donde se aprecie la triple identidad

2.3. AMÉRICA MÓVIL alega que se han configurado dos (2) supuestos eximentes de responsabilidad: la fuerza mayor al haber demostrado el hecho y su diligencia y la subsanación voluntaria al instalar una estación base en Ahuac en el año 2019; asimismo, señala que la resolución impugnada no ha evaluado debidamente los hechos materia del PAS.

- Por ello, adjunta como nueva prueba la Resolución N° 079-2019-GG/OSIPTEL (**PRUEBA 6**), en la cual distinguen la insuficiencia probatoria de la duda razonable.





- Asimismo, adjunta como nueva prueba la Resolución N° 011-2017-CD/OSIPTEL (**PRUEBA 7**), a través de la cual el Consejo Directivo confirma los supuestos que, a su entender, resultan obligatorios para la aplicación de la causa eximente de responsabilidad prevista en la LPAG.
- 2.4. AMÉRICA MÓVIL considera que ha actuado con la diligencia debida y, por lo tanto, su conducta debe ser evaluada en atención al Principio de Culpabilidad.
- 2.5. AMÉRICA MÓVIL fundamenta que la RESOLUCIÓN 164 no ha logrado justificar la razonabilidad de su decisión, y, por ende, su decisión de sancionar a la empresa operadora por el presunto incumplimiento imputado es claramente desproporcional.

Con relación al argumento señalado en el numeral 2.1, se advierte que AMÉRICA MÓVIL presentó como nueva prueba el Informe N° 715-GSF/2015 (**PRUEBA 1**), en el cual OSIPTEL ha manifestado que la prescripción es una forma de extinción de la responsabilidad sancionadora de la administración y cuyo fundamento principal radica en el Principio de Seguridad Jurídica, el cual implica que el infractor no puede permanecer bajo constante amenaza de ser sancionado pues tiene el derecho de ser investigado y castigado en plazos razonables. Asimismo, señala que a través de dicho Informe se ha reconocido la figura de la prescripción en la normativa sectorial. Al respecto, esta Instancia considera desestimar el informe ofrecido por AMÉRICA MÓVIL como “nueva prueba”, ya que el documento presentado es una alegación jurídica que no desvirtúa los fundamentos que sustentaron las multas impuestas, por ende, no debe ser considerado como nueva prueba y, como efecto de ello, no corresponde ser evaluada.

En el numeral 2.4, reitera haber presentado su solicitud de modificación del PC lo que acreditaría su actuar diligente frente a un supuesto de fuerza mayor; con lo cual, existiría en la RESOLUCIÓN 164, lo que considera un supuesto de insuficiencia probatoria en la evaluación del PAS, sobre la base a la nueva prueba señalada en el punto 2.3. De acuerdo a ello, corresponde evaluar conjuntamente los numerales 2.3 y 2.4. de la Reconsideración.

En cuanto a lo señalado en numeral 2.5, dicho argumento no se encuentra sustentado en nueva prueba; con lo cual, no corresponde su análisis en la Resolución que resuelva la Reconsideración. Sin perjuicio de ello, corresponde mencionar que la RESOLUCIÓN 164 sí desarrolla, como parte de la evaluación del Test de Razonabilidad, por qué la decisión de sancionar resulta adecuada, necesaria y proporcional en el presente caso.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

3.1. SOBRE LA SUPUESTA PRESCRIPCIÓN DEL PAS. –

AMÉRICA MÓVIL alega que la facultad para declarar la responsabilidad y sancionar la presunta conducta infractora ha prescrito a la fecha, conforme a lo estipulado en el artículo 252 de LPAG, que establece que la facultad para determinar la existencia de infracciones “prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales”, y “en caso ello no hubiera sido determinado, dicha facultad de la autoridad prescribirá a los cuatro (4) años”. En esa misma línea, también cita a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades (LDFF) del





OSIPTEL, la cual establece que tratándose de infracciones muy graves -como la analizada en el presente PAS- la facultad del ente regulador para la imposición de sanciones prescribe a los cuatro (4) años³.

Ahora bien, al haberse indicado en la RESOLUCIÓN 164 que la empresa operadora tuvo la obligación de instalar la infraestructura necesaria para prestar el servicio en quince (15) Centros Poblados (CCPP), entre ellos, Ahuac, y que debió mantener como "meta acumulada" la prestación del servicio en los indicados CCPP; AMÉRICA MÓVIL considera que se ha realizado una evaluación de cumplimiento en la prestación del servicio PCS **desde el primer año** (con fecha fin de período de evaluación el 25 de agosto de 2017), con lo cual, entiende que la primera instancia evaluó dicho cumplimiento, al segundo año, desde el **26 de agosto de 2017, siendo a que dicha fecha se habría configurado la infracción administrativa en el presente caso.**

De acuerdo a ello, y tratándose de una infracción muy grave, el OSIPTEL contaba con **cuatro (4) años**, para sancionarla; habiendo transcurrido dicho plazo en exceso al 25 de mayo de 2022, que fue notificada la Resolución Impugnada.

Al respecto, debe mencionarse que el numeral 252.2 del artículo 252 del TUO de la LPAG estipula que el cómputo del plazo de prescripción comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes⁴.

Para efectos del presente PAS, cabe señalar que de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 del RGIS, constituye muy grave el incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión.

Según el literal (d) del numeral 2.2⁵ del Contrato de Concesión suscrito por AMÉRICA MÓVIL, se establece como condición esencial el cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por la Sociedad Concesionaria en su Propuesta Técnica, como el Plan de Cobertura, previstos en el Anexo 14 de las Bases y el Anexo 5 del Contrato de Concesión.

3 "Artículo 31.- Prescripción

31.1 La facultad de OSIPTEL para la imposición de sanciones administrativas prescribe:

- a) A los 2 (dos) años tratándose de infracciones leves;
- b) A los 3 (tres) años tratándose de infracciones graves; y,
- c) A los 4 (cuatro) años tratándose de infracciones muy graves

(...)"

4 "Artículo 252.- Prescripción

(...)

252.2 El cómputo del plazo de prescripción de la facultad para determinar la existencia de infracciones comenzará a partir del día en que la infracción se hubiera cometido en el caso de las infracciones instantáneas o infracciones instantáneas de efectos permanentes, desde el día que se realizó la última acción constitutiva de la infracción en el caso de infracciones continuadas, o desde el día en que la acción cesó en el caso de las infracciones permanentes.

El cómputo del plazo de prescripción sólo se suspende con la iniciación del procedimiento sancionador a través de la notificación al administrado de los hechos constitutivos de infracción que les sean imputados a título de cargo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 255, inciso 3. Dicho cómputo deberá reanudarse inmediatamente si el trámite del procedimiento sancionador se mantuviera paralizado por más de veinticinco (25) días hábiles, por causa no imputable al administrado.

(...)"

⁵ "2.2. Condiciones esenciales atribuidas a la Sociedad Concesionaria

Para todos los efectos, en el presente Contrato, se considera que son condiciones esenciales atribuidas a la Sociedad Concesionaria las siguientes:

(...)

- (d) El cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por la Sociedad Concesionaria en su Propuesta Técnica (el Plan de Cobertura) previstos en el Anexo 14 de las Bases y el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión. (...)"





Según se define en el Anexo Glosario de Términos del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones⁶ (TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), los planes de cobertura (PC) constituyen la obligación del concesionario de tener la capacidad de prestar efectivamente el servicio en las áreas a ser atendidas.

En el presente caso, de acuerdo con la Propuesta Técnica⁷ -literal E del Anexo 1 de la Resolución Directoral N° 311-2016-MTC/27- AMÉRICA MÓVIL debía cumplir con el PC según la meta para cada año, respecto a la prestación del Servicio Público de comunicaciones Personales (PCS) con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 698 - 806 MHz en los CCPP correspondientes a nivel nacional; tal y como se verifica en el cuadro anterior contenido en el literal E del indicado Anexo 1:

Cuadro N° 1: Detalle de Plan de Cobertura

CENTROS POBLADOS	Unidades Geográficas (Centros Poblados)				
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5
Nº de Centros Poblados	15	0	129	0	51
Acumulado	15	15	144	144	195

Asimismo, el mencionado Anexo 1 dispone los quince (15)⁸ centros poblados (CCPP) que forman parte de la meta acumulada para el segundo año del PC del servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque B de la Banda 698 - 806 MHz; encontrándose dentro de los mismos el CCPP de Ahuac, respecto del cual dicha empresa operadora no prestó el servicio de comunicaciones Personales (PCS) con tecnología LTE en dicho periodo; situación que como se señala en la RESOLUCIÓN 164, no ha sido desconocida por aquélla.

En este contexto, conforme indica expresamente la RESOLUCIÓN 164, la empresa operadora debía cumplir con el PC según la meta para cada año⁹; con lo cual, analizado el correspondiente periodo de evaluación -es decir, el **segundo año del PC**- la fecha de comisión de la infracción para el presente caso, se verifica si luego de finalizado dicho periodo de evaluación, la empresa operadora no cumple aún con brindar su servicio en los quince (15) CCPP señalados como meta acumulada.

De acuerdo a ello, considerando que en el presente PAS se analiza el cumplimiento por parte de la empresa operadora del **PC correspondiente al año 2018**, es decir, luego de la fecha de fin de evaluación del periodo anterior (26 de agosto de 2017) hasta el 25 de agosto de 2018, tratándose del segundo año; por lo cual, la fecha de comisión de la infracción se considera, por tanto, el 26 de agosto de 2018. Por tanto, tratándose de una meta acumulada, nos encontramos ante una infracción cuyo carácter es permanente, que se ejecuta hasta la culminación del periodo de evaluación que establece el propio contrato de concesión, en este caso, el segundo año.

⁶ Aprobado con Decreto Supremo N° 020-2007-MTC

⁷ La Resolución Directoral N° 311-2016-MTC/27, de fecha 22 de julio de 2016, aprobó el Proyecto Técnico para la prestación del servicio PCS a nivel nacional, inscrito a favor de AMÉRICA MÓVIL en el Registro de Servicios Públicos de Telecomunicaciones; así como, la propuesta de ejecución del Plan de Cobertura (PC) para la prestación de dicho servicio.

⁸ CASMA VILLAHERMOSA, URIPA, CHINCHEROS, SABANDIA, CONO NORTE, TAMBO, CHURCAMPÁ, MARISCAL CACERES, LOS PISCONTES, SAN JUAN, AHUAC, LA PUNTA, SANTA ROSA DE SACCO, LOCUMBA y AGUAYTIA.

⁹ Así, conforme se indicó en la RESOLUCIÓN 164:

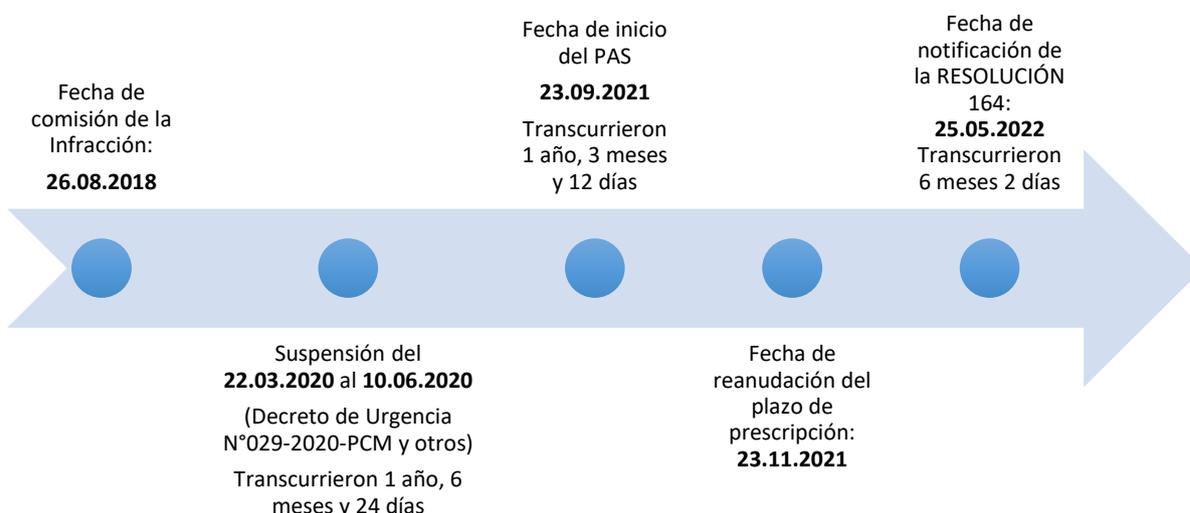
Ello puesto que la evaluación de las metas del PC al primer y segundo año son independientes, dado que si bien la meta anual y acumulada del PC al primer año es igual a la meta acumulada del PC al segundo año, ello no implica que el cumplimiento de la meta del primer año conlleve automáticamente al cumplimiento 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, situación que, de acuerdo a lo verificado en el Informe de Supervisión, no se ha presentado.





De acuerdo a lo indicado, los cuatro años que prevé el TUO de la LPAG y la LDFP para sancionar la infracción materia del presente PAS, culminarían el 26 de agosto de 2022; ello, sin considerar inclusive lo siguiente: (i) Mediante Decreto de Urgencia N° 029-2020-PCM publicado el 20 de marzo de 2020 emitido en el marco de la declaratoria de emergencia decretada por el Gobierno mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, se estableció en su artículo 28 la suspensión por treinta (30) días hábiles (ampliada finalmente, con Decreto de Supremo N° 087-2020-PCM) del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, es decir del 22 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020; (ii) Acorde con lo previsto por el artículo 252 del TUO de la LPAG, hay un período de suspensión del plazo de prescripción, con el inicio del presente PAS el 23 de setiembre de 2021.

En atención a lo señalado, conforme se aprecia en el siguiente gráfico, se tiene que al momento de emisión de la RESOLUCIÓN 164 sólo habrían transcurrido 3 años, 4 meses y 8 días, no habiendo operado, por tanto, la prescripción invocada por la empresa operadora:



Por otro lado, AMÉRICA MÓVIL presenta como calidad de prueba nueva la Resolución N° 538-2014-GG/OSIPTTEL (**PRUEBA 2**) y Resolución N°076-2016-CD/OSIPTTEL (**PRUEBA 3**), en las cuales la Gerencia General y el Consejo Directivo respectivamente declararon la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora del OSIPTTEL.

Respecto a la prueba presentada como la Resolución N° 538-2014-GG/OSIPTTEL (**PRUEBA 2**) versa sobre veinte (20) tarifas registradas de manera extemporánea en el Sistema de Información y Registro de Tarifas (SIRT) con motivo a la reducción del IGV, en donde se imputó a AMÉRICA MÓVIL un presunto incumplimiento de lo establecido en el artículo 11 del Reglamento General de Tarifas, siendo así que la Gerencia General declaró la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora del OSIPTTEL al haber transcurrido más de dos (2) años de acuerdo al plazo establecido en la normativa.

Igualmente, en cuanto a la Resolución N° 076-2016-CD/OSIPTTEL (**PRUEBA 3**), el Consejo Directivo declaró la prescripción del ejercicio de la potestad sancionadora





del OSIPTEL, respecto de la infracción tipificada en el artículo 17 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, al haber transcurrido tres (3) años, ocho (8) meses y diez (10) días desde el día que se computo el plazo de prescripción.

Al respecto, es preciso recalcar que, a diferencia de las resoluciones presentadas por AMÉRICA MÓVIL, en el presente caso, como se ha podido observar en párrafos anteriores, existe una particularidad, además de haberse determinado que el inicio del cómputo del plazo prescriptorio es distinto al considerado por dicha empresa. En efecto, debido a la declaratoria de emergencia decretada por el Gobierno por el COVID-19, se suspendieron los plazos (desde el 20 de marzo de 2020 hasta el 10 de junio de 2020), suceso que no ocurre en las nuevas pruebas presentadas por AMÉRICA MÓVIL, motivo por el cual no permiten sustentar los argumentos formulados por la empresa operadora.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL presenta como nueva prueba la Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador (Segunda Edición) (**PRUEBA 4**), aprobada mediante Resolución Directoral N°002-2017-JUS/DGDOJ de fecha 7 de junio de 2017, la cual ha desarrollado determinadas pautas sobre la prescripción. Ante ello, señala que las referentes pautas (no indica cuales) deberán ser aplicadas en el presente PAS, puesto que no fueron revisadas ni citadas en la Resolución impugnada.

En ese extremo, respecto a la PRUEBA 4, debe indicarse que AMÉRICA MÓVIL incurre en error, debido a que, la resolución impugnada tuvo en consideración y, ha respetado en todo momento el análisis de los alcances y excepciones previstas para la figura jurídica de la prescripción, tal como se ha expuesto anteriormente. Así, en el presente PAS, la Gerencia General cual actuó de acuerdo a las facultades y disposiciones establecidas en las normas aplicables, demostrando que no se ha configurado la figura de la Prescripción.

En razón a lo expuesto, las Pruebas 2, 3 y 4 presentadas en calidad de nueva prueba no permiten sustentar los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL, motivo por el cual corresponde desestimar sus argumentos en este extremo.

3.2. SOBRE LA VULNERACIÓN AL NOM BIS IN ÍDEM. –

AMÉRICA MÓVIL reitera lo señalado en sus Descargos al PAS sobre la aplicación del *Nom bis in Ídem* respecto de la sanción impuesta en el PAS N° 00039-2028-GG-GSF/PAS pues considera que se trata de los mismos hechos, sujeto y fundamento; y así, alude a que la periodicidad anual de la obligación materia de sanción en este segundo procedimiento sancionador, no emana del artículo 6 del RGIS.

En relación a ello, indica que el OSIPTEL se pronunció sobre hechos similares a los discutidos en el presente PAS, a través del Informe N° 1064-GSF/2015 (**PRUEBA 5**) de fecha 7 de octubre de 2015, en el cual reconoce que cuando una norma tipificadora no establezca un periodo de tiempo específico para la evaluación de una determinada obligación (trimestral, semestral o anual), corresponde aplicar el Non Bis In Ídem en los casos en donde se aprecie la triple identidad.

Conforme se verifica, el Informe de la DFI citado por la empresa operadora como nueva prueba está relacionado con el incumplimiento de una norma diferente a la que es materia del presente PAS, es decir, el artículo 11 del TUO de las





Condiciones de Uso, motivo por el cual no permiten sustentar los argumentos formulados por la empresa operadora.

Asimismo, cabe señalar que lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL en este extremo, ya fue debidamente resuelto mediante la resolución impugnada, la cual ha demostrado que no existe triple Identidad en el presente caso, debido a que los periodos de ejecución de las obligaciones no son los mismos, por ende, cada periodo representa un hecho diferente. Por consiguiente, esta Instancia se remite al análisis contenido en la RESOLUCIÓN 164.

Consecuentemente a ello, es menester reiterar que si bien la norma tipificadora, es decir el artículo 6 del RGIS, no establece una periodicidad de evaluación, dicha norma, sí sanciona el incumplimiento de las condiciones esenciales conforme a lo establecido en dicho Contrato de Concesión, el mismo que en su Propuesta Técnica prevé dentro de la ejecución del PC, metas de cumplimiento anuales; siendo que de acuerdo a ello se ha realizado la evaluación en el presente PAS, no pudiendo validarse por tanto, que se trate de los mismos hechos, al tratarse de periodos diferentes de evaluación.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL.

3.3. RESPECTO LA SUPUESTA CONFIGURACIÓN DE DOS SUPUESTO EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

- Supuesto de fuerza mayor

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL reitera que, hasta el año 2019, se vio imposibilitada de efectuar las instalaciones correspondientes al primer año del PC en Ahuac, ante la negativa, actos vandálicos y el amedrentamiento por parte de la población de dicha localidad contra sus trabajadores e infraestructura de telecomunicaciones, lo cual constituye un hecho extraordinario e imprevisible.

Asimismo, señala su desacuerdo con lo resuelto, pues considera haber solicitado la modificación del PC de manera formal y expresa; no habiéndose tomado en cuenta en la RESOLUCIÓN 164, las diversas comunicaciones (cartas N° DMR/CE/N°1568/17, N° DMR/CE/M/N°811/18, DMR/CE/N°1634/17) que remitió al MTC, a efectos de sustituir la localidad de Ahuac por alguna otra localidad, cuya implementación correspondía ser efectuada en el tercer año de ejecución del PC. Por ello, argumenta que no queda claro cómo sería o en qué consistiría -a criterio de la primera instancia- una solicitud formal o expresa.

En este contexto, AMÉRICA MÓVIL alega que se estaría ante un supuesto de insuficiencia probatoria en la evaluación de la información que sustenta el inicio del presente PAS y la consecuente multa impuesta que no desvirtúa la Presunción de Licitud; debiendo considerarse que la Gerencia General ha desarrollado el supuesto de insuficiencia probatoria, así como la duda razonable en la Resolución N° 079-2019-GG/OSIPTEL (**PRUEBA 6**).

En este punto es de considerar que los medios probatorios que alcanzó AMÉRICA MÓVIL para acreditar un supuesto de fuerza mayor y la supuesta solicitud de modificación del PC, fueron presentados también en el trámite del PAS N° 00039-2028-GG-GSF/PAS (la misma empresa operadora señala que se trata de los mismos hechos que afectaron el cumplimiento de la meta acumulada del PC); por lo cual, la RESOLUCIÓN 164 ha considerado el pronunciamiento que sobre tales





pruebas hizo la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTTEL, así como la Resolución de Consejo Directivo N° 151-2019-CD/OSIPTTEL que la confirmó.

De esta manera, la RESOLUCIÓN 164 señala que el Contrato de Concesión ante supuestos de caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditados, dispone de los mecanismos y herramientas a efectos de hacer viable su cumplimiento; tales como: (i) La suspensión del plazo de vigencia de la concesión; ii) La prórroga del inicio de la prestación del servicio concedido; y la iii) Modificación del Contrato; siendo que para activar tales mecanismos, la Concesionaria debe presentar formalmente ante el Concedente su solicitud, dentro del plazo previsto. Así también, el artículo 120° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones¹⁰, establece que las solicitudes de modificación del PC, podrán ser efectuadas en cualquier momento, las mismas que, serán resueltas por Resolución Directoral del órgano competente del Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

Sobre la acreditación de la fuerza mayor, la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTTEL concluyó respecto de los medios probatorios alcanzados, que *los mismos constituyen comunicaciones informales entre representantes de la empresa operadora y sus terceros contratados para la implementación de la infraestructura de telecomunicaciones en la localidad de Ahuac, así como con representantes del MTC, y adicionalmente actas de constatación, evidenciando la problemática presentada con la población de dicha localidad; sin que de ello se pueda advertir una imposibilidad en el cumplimiento del PC.*

Por su parte, la Resolución N° 151-2019-CD/OSIPTTEL, que confirmó la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTTEL, precisó que tales medios probatorios “*no resultan idóneos a efectos de acreditar un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, dado que 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.*”

En cuanto a las comunicaciones remitidas al MTC, a efectos de sustituir la localidad de Ahuac por alguna otra localidad, tal y como se señaló en la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTTEL, no se advierte que AMÉRICA MÓVIL haya solicitado ante el MTC -de manera formal y expresa- la aplicación de alguno de los mecanismos reconocidos por su Contrato de Concesión -como la suspensión, prórroga o modificación del Contrato de Concesión a los que nos hemos referido- o la modificación prevista en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones¹¹; y, como consecuencia de ello, el MTC en su calidad de ente competente se haya pronunciado y puesto a conocimiento del OSIPTTEL.

En esa línea, la Resolución N° 151-2019-CD/OSIPTTEL, precisa que conforme a lo señalado la Gerencia General (en la Resolución N° 026-2019-GG/OSIPTTEL), de acuerdo al Informe N° 138-2019-MTC/27¹², la empresa operadora no ha iniciado formalmente ningún trámite relativo a los instrumentos señalados en el párrafo precedente. En este punto, cobra relevancia indicar que la suspensión, prórroga o modificación del Contrato de Concesión se efectúan de acuerdo a las formalidades previstas en dicho instrumento, no siendo suficientes -para fines del presente PAS-

¹⁰ Decreto Supremo N° 020-2007-MTC.

¹¹ Decreto Supremo N° 013-93-TCC.

¹² Esto cita el CD: “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”.





cartas que exponen el problema y no activan efectivamente el mecanismo establecido.

En ese sentido, como señala también el Consejo Directivo en la indicada Resolución, *“es importante señalar que (...) 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.”*

De esta manera, la nueva prueba no desvirtúa lo resuelto en la RESOLUCIÓN 164, y ante el argumento sobre cuál sería la solicitud que debió presentar la empresa operadora correspondería remitirse a los mecanismos previstos en el Contrato de Concesión, tal y como se ha señalado en los pronunciamientos anteriores de esta Instancia y el Consejo Directivo. Ante ello, es preciso reiterar que, de acuerdo a la Resolución N°151-2019-CD/OSIPTTEL, el propio MTC ha concluido -en el informe previamente citado- que la solicitud de modificación del Plan de Cobertura para sustituir la localidad Ahuac por otra, 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, situación que no ocurrió en el presente PAS, al no haberla acreditado la empresa impugnante.

En ese marco, el hecho de que a AMÉRICA MÓVIL discrepe de dicha evaluación, no demuestra que lo resuelto por la Primera Instancia vulnere el Principio de Verdad material y el Principio de Culpabilidad, tal como lo alega la empresa operadora en su recurso de reconsideración.

- **Supuesto de la subsanación de la conducta**

AMÉRICA MÓVIL manifiesta su desacuerdo con lo resuelto en la RESOLUCIÓN 164 y reitera haber cumplido con la subsanación de la conducta infractora; igualmente, considera se ha realizado una interpretación indebida sobre la base de períodos de evaluación creados artificialmente por las partes en un contrato.

En la misma línea, la empresa operadora alega que se configura la figura de subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, fundamentando que aquella se efectuó con anterioridad a la Notificación de Cargos, conforme lo establece el literal f), numeral 1, artículo 257 de la LPAG.

Del mismo modo, señala que para que se configure el eximente de responsabilidad únicamente se requiere que la subsanación se haya producido de forma previa al inicio del PAS, que se hayan revertido los efectos de la presunta infracción y que aquella subsanación se haya realizado de forma espontánea; conforme ha sido reconocido en la Resolución N° 011-2017-CD/OSIPTTEL (**PRUEBA 7**)

En el presente caso, es de considerar, que por la naturaleza de la infracción analizada en el presente PAS no es posible que se configure el cese de la conducta infractora; puesto que, la evaluación del cumplimiento del PC responde a una determinada periodicidad acorde con lo previsto en el Proyecto Técnico de AMÉRICA MÓVIL -en el presente caso, del 26 de agosto de 2017 al 25 de agosto de 2018- con lo cual, concluido el período de evaluación, de darse un posible cumplimiento posterior, tal situación deberá ser evaluada en el periodo que





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

corresponda, en el presente caso correspondería al tercer año de ejecución del PC, cuya fecha final de evaluación es el 25 de agosto de 2019.

De igual forma, no es posible revertir los efectos de la conducta infractora, toda vez que el incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas como tales en el Contrato de Concesión, se traduce como la no prestación del servicio PCS en el CCPP de Ahuac durante el periodo correspondiente al segundo año de ejecución del PC; lo que implica que los potenciales usuarios de dicho CCPP, no pudieron utilizar el servicio PCS durante ese periodo de tiempo, situación que por ninguna circunstancia podría ser revertida.

De esta manera habiéndose sustentado debidamente en la RESOLUCIÓN 164 que no se produjo la subsanación de la conducta infractora, no corresponde la aplicación de la eximente de responsabilidad establecido en el literal f) del numeral 1 de artículo 257 del TUO de la LPAG; asimismo, de acuerdo a lo fundamentado no se estaría vulnerando el Principio de Legalidad. Del mismo modo, debe desestimarse la **PRUEBA 7** presentada por AMÉRICA MÓVIL, en vista que los supuestos que aquella analiza no concurren en el presente caso.

En virtud a lo expuesto y habiendo desestimado los alegatos presentados por AMÉRICA MÓVIL, se concluye que la RESOLUCIÓN 164 ha resuelto conforme lo establecido la normativa vigente; por lo cual, se confirma la multa impuesta de 6,2 UIT por la comisión de la infracción muy grave, tipificada en el artículo 6 del RGIS.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 164-2022-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2.- Notificar la presente Resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 1*E*7J92P7637