



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00282-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 31 de agosto de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00013-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTOS: El Recurso de Reconsideración interpuesto por **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** (AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución de Gerencia General Nº 191-2022-GG/OSIPTEL (RESOLUCIÓN 191).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante la Resolución de Medida Cautelar Nº 712-2021-DFI/OSIPTEL (Resolución de medida cautelar), notificada el 30 de diciembre de 2021, la DFI impuso una Medida Cautelar a AMÉRICA MÓVIL bajo los siguientes términos:

“SE RESUELVE:

Artículo Primero. - **IMPONER** una Medida Cautelar a **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.**; y, en consecuencia, en atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, **ORDENAR** que la empresa operadora proceda con lo siguiente:

- (i) En el plazo máximo de un (1) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, tales como en puntos de ventas ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

Artículo Segundo.- El incumplimiento por parte de **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** de lo dispuesto en el numeral (i) del artículo primero de la presente resolución, constituirá **infracción muy grave**, la cual podrá ser sancionada con una multa de entre ciento cincuenta y un (151) y trescientas cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley Nº 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, en atención a los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución”.

2. Mediante el Informe de Supervisión Nº 011-DFI/SDF/2022 (**Informe de Supervisión**), de fecha 27 de enero de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (**DFI**) en el marco de Expediente Nº 00012-2021-GG-DFI/CAUTELAR (**Expediente de Medida Cautelar**), emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de la Medida Cautelar impuesta mediante la Resolución de medida cautelar, por parte de AMÉRICA MÓVIL, cuyas conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:



BICENTENARIO
PERÚ 2021



“(...)

V. CONCLUSIÓN

21. AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias, toda vez que habría incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del artículo Primero de la Resolución N° 712-2021- DFI/OSIPTTEL, siendo que al 10 de enero de 2022, no cesó la contratación de servicios públicos móviles en puntos de venta no reportados al OSIPTTEL, conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, tales como, en puntos de venta ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

VI. RECOMENDACIONES

22. Se recomienda iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador a **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.**, toda vez que habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, al haber incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del artículo Primero de la Resolución N° 00712-2021-DFI/OSIPTTEL.”

3. La DFI, mediante Memorando N° 134-DFI/2022 de fecha 1 de febrero de 2022 solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTTEL (**DPRC**) determinar el nivel de multa estimada, en aplicación de la Metodología para el Cálculo de Multas, aprobada mediante la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL, a efectos de determinar la calificación de la infracción en la que habría incurrido AMÉRICA MÓVIL e iniciar el presente PAS, según lo dispuesto en el artículo 3 de la “Norma que Establece el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTTEL”, aprobado mediante la Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTTEL.
4. A través del Informe N° 043-DPRC/2022 del 18 de febrero de 2022, la DRPC dio atención a lo solicitado por la DFI.
5. La DFI, mediante carta N° 404-DFI/2022 (**Carta de Imputación de Cargos**) notificada el 22 de febrero de 2022, comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, calificada como muy grave en atención al Informe N° 043-DPRC/2022, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del primer artículo de la Resolución de medida cautelar, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
6. AMÉRICA MÓVIL, mediante carta s/n, recibida el 8 de marzo de 2022, presentó sus descargos por escrito (**Descargos**).
7. Con fecha 30 de marzo de 2022, la DFI remitió el **Informe Final de Instrucción** a la Gerencia General; el mismo que fue puesto en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL con carta N° 226-GG/2022, notificada el 4 de abril de 2022, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
8. Mediante Resolución de Gerencia General N° 191-2022-GG/OSIPTTEL de fecha 22 de junio de 2022, se resolvió lo siguiente:



**SE RESUELVE:**

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** con una multa de 350 UIT, por la comisión de la infracción calificada como MUY GRAVE tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias, al haber incumplido lo dispuesto en el numeral (i) del primer artículo de la Resolución N° 712-2021-DFI/OSIPTTEL en la medida que la referida empresa no cesó la contratación de servicios públicos móviles en puntos no reportados al OSIPTTEL, tales como, en puntos de venta ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

9. AMÉRICA MÓVIL, mediante escrito recibido el 14 de julio de 2022, interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCIÓN 191.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

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

En ese sentido, se advierte que AMÉRICA MÓVIL interpuso el Recurso de Reconsideración dentro del plazo previsto, por lo que se cumple dicho requisito de procedibilidad.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

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. De este modo, la norma exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, mientras que 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

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.





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 pronunciamiento⁶.”

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”.

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.

Ahora bien, de acuerdo con lo señalado en su Recurso de Reconsideración, AMÉRICA MÓVIL solicita se REVOQUE la RESOLUCIÓN 191, tomando en cuenta los siguientes argumentos:





- 3.1 AMÉRICA MÓVIL solicita la nulidad de la RESOLUCIÓN 191, puesto que se habría vulnerado el Principio del Debido Procedimiento y Derecho de Defensa, toda vez que la DFI habría adelantado opinión en el marco del presente PAS.
- 3.2 AMÉRICA MÓVIL cuestiona el uso de las actas de levantamiento de información e indica que lo legalmente correcto era aplicar las actas de supervisión recogidas en el artículo 27 del Reglamento General de Fiscalización. Adjunta en calidad de nueva prueba: Informe N° 349-GFS/2016 (**Anexo 1**), Resolución N° 010-2016-GG/OSIPTTEL (**Anexo 2**) y Actas de supervisión que sustentaron la imposición de la Medida Cautelar dictada bajo el Expediente N° 0004-2020-GG-GSF/CAUTELAR (**Anexo 3**).
- 3.3 Según AMÉRICA MÓVIL, la interpretación de la RESOLUCIÓN 191 sobre las supervisiones encubiertas vulnera el Principio de Legalidad. Adjunta en calidad de nueva prueba: Las cartas N° 126-GSF/2020 y N° 239-GSF/2020 (**Anexo 4**).
- 3.4 La RESOLUCIÓN 191 estaría creando un estándar de diligencia que no resulta razonable y carece de base legal. Adjunta en calidad de nueva prueba: Los comunicados N° 19-0074 (**Anexo 5**) y N° 19-0067 (**Anexo 6**).
- 3.5 LA RESOLUCIÓN 191 está creando un esquema de responsabilidad sancionadora objetiva, exigiendo un estándar irrazonable que no se cumple en situaciones normales.
- 3.6 AMÉRICA MÓVIL cuestiona la razonabilidad de la medida impuesta.
- 3.7 AMÉRICA MÓVIL cuestiona la graduación de la multa impuesta:
 - Sobre el Beneficio Ilícito: AMÉRICA MÓVIL cuestiona por qué la RESOLUCIÓN 191 considera dentro del cálculo el costo de implementar puntos de venta; si la empresa operadora ha cumplido con remitir las direcciones de sus distribuidores autorizados, tal y como puede verificar el OSIPTTEL.
 - Sobre la probabilidad de detección: AMÉRICA MÓVIL considera que la probabilidad de detección en debería ser considerada muy alta y no muy baja como refiere la Gerencia General. Adjunta en calidad de nueva prueba: Imágenes con participaciones y declaraciones de OSIPTTEL en medios y publicidad (**Anexo 7**).
 - Sobre la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: AMÉRICA MÓVIL indica que en la Exposición de Motivos del TUO de las Condiciones de Uso, en ningún extremo se hace referencia a problemáticas como usurpaciones de identidad, mal uso de datos personales, entre otros; de manera que el criterio empleado por LA RESOLUCIÓN 191 carece de base legal y fáctica, y por ello no existe daño al interés público ni a bien jurídico alguno.
 - Sobre la reincidencia: Según AMÉRICA MÓVIL, la Resolución N° 195-2021-CD/OSIPTTEL aún no ha adquirido firmeza, puesto que dicha resolución ha sido impugnada judicialmente ante el Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.





Adjunta en calidad de nueva prueba: Cargo de presentación de demanda contencioso-administrativa (**Anexo 8**) y cargo de admisión de la demanda contencioso-administrativa (**Anexo 9**).

- Sobre las circunstancias de la comisión de la infracción: AMÉRICA MÓVIL refiere haber realizado diversas acciones que demuestran su diligencia, como por ejemplo, la evidencia de múltiples órdenes que fueron brindadas a sus socios comerciales a fin de que se abstengan de vender servicios móviles de manera ambulatoria.

3.8 Según AMÉRICA MÓVIL, no se ha valorado el atenuante de responsabilidad de cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa.

Con relación a los argumentos señalados en los literales 3.5, 3.6, 3.7 (en relación al Beneficio ilícito, sobre la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y sobre las circunstancias de la comisión de la infracción) y 3.8, se advierte que AMÉRICA MÓVIL no ha presentado respaldo probatorio alguno, por lo que no corresponde su evaluación en la presente resolución.

Respecto del argumento 3.2, AMÉRICA MÓVIL presenta el Informe N° 349-GFS/2016 (Anexo 1), Resolución N° 010-2016-GG/OSIPTTEL (Anexo 2) y Actas de supervisión que sustentaron la imposición de la Medida Cautelar dictada bajo el Expediente N° 0004-2020-GG-GSF/CAUTELAR (Anexo 3), con la finalidad de cuestionar el uso de las actas de levantamiento de información. Al respecto, corresponde indicar que los documentos presentados como Anexos 1 y 2, no se constituyen nuevas pruebas en la medida que los mismos hacen referencia de forma genérica a cómo debe ser ejercida la potestad discrecional de la administración. Además, esta instancia advierte que dichos documentos no se encuentran relacionados con la materia analizada en este PAS, la cual hace referencia al incumplimiento del artículo 28 del RGIS; motivo por el que no corresponde su evaluación en el presente pronunciamiento. Con relación al Anexo 3, esta instancia concluye que por tener relación con la obligación contenida en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, será evaluada en la presente Resolución.

En relación del argumento 3.3, AMÉRICA MÓVIL presenta las cartas N° 126-GSF/2020 y N° 239-GSF/2020 (Anexo 4), con la finalidad de cuestionar la legalidad de las supervisiones encubiertas. Sobre el particular, es de señalar que las aludidas cartas se emitieron en el marco de la supervisión de obligaciones distintas a las que dieron inicio al presente PAS. En efecto, en las referidas cartas se comunica que se llevaría a cabo una acción de supervisión con el objeto de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico²; por ende, no restan valor probatorio a las acciones de supervisión que motivaron el inicio del presente PAS y tampoco guardan relación alguna con el objeto de supervisión de este procedimiento, puesto que fueron emitidas bajo el marco del programa de acciones de supervisión de zonas rurales, de preferente interés social o de difícil acceso

Adicionalmente, debe señalarse que el ejercicio de la discrecionalidad para determinar si corresponde el preaviso al supervisado en aquellos escenarios que la ley no obliga, se sujeta a criterios de razonabilidad; como, por ejemplo, que dicho

² Aprobado por Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias.



preaviso no afecte el resultado de la supervisión, tal como ocurre en los casos aludidos por AMÉRICA MÓVIL. Por el contrario, en las presentes acciones de supervisión, si es que se comunica que se hará una supervisión a tal fecha, hora y lugar en la vía pública para comprobar el cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, la supervisión no tendría razón de ser, puesto que al ser previamente avisadas las empresas operadoras, es poco probable que se pueda encontrar a algún distribuidor contratando el servicio en la vía pública, a sabiendas de que no está permitido; por lo que se necesita que los supervisores simulen la relación de consumo con la finalidad de verificar el comportamiento real de los vendedores de la empresa operadora y así lograr alcanzar la finalidad de la supervisión; es decir, comprobar si es que se está cumpliendo o no con las obligaciones establecidas en la disposición normativa antes referida. En ese sentido, los aludidos instrumentos no constituyen nueva prueba, motivo por el cual no corresponde la evaluación del argumento 3.3 en la presente resolución.

En ese sentido, esta Instancia emitirá únicamente pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en los numerales 3.1, 3.2, 3.4 y 3.7 (sobre los criterios probabilidad de detección y reincidencia), que se encuentren respaldados en nuevas pruebas. Esto, sin perjuicio del derecho de la empresa operadora de reiterar las alegaciones restantes en la vía correspondiente.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

4.1 Respecto a la vulneración al Principio del Debido Procedimiento y Derecho de Defensa

AMÉRICA MÓVIL solicita la nulidad de la RESOLUCIÓN 191, toda vez que, a su criterio, la DFI habría afirmado categóricamente en diversos extremos del Informe de Supervisión (numeral 12 y 22) que "LA EMPRESA incumplió con lo dispuesto en la Medida Cautelar". Sin embargo, señala que la DFI, hasta ese momento, no habría evaluado los argumentos de defensa presentados en el escrito de descargos. Por ello, claramente dicha situación vulnera la garantía del Debido Procedimiento y Derecho a la Defensa, ya que se demuestra sin lugar a duda que, en los hechos, la DFI ya tenía una posición adoptada con relación a la imputación de cargos, dando como resultado una postura parcializada del órgano instructor.

Agrega AMÉRICA MÓVIL, que la RESOLUCIÓN 191 reconoce expresamente que la DFI no utilizó afirmaciones en condicional al referirse a la supuesta responsabilidad de la empresa operadora en la conducta imputada; es decir, la Gerencia General reconoce de manera objetiva que, en los hechos, efectivamente existió un adelanto de opinión. Pero, aun así, menciona la empresa que la RESOLUCIÓN 191 ha desestimado lo alegado por AMÉRICA MÓVIL en este extremo, como si se tratara de una cuestión meramente formal, en la cual existen dos (2) afirmaciones categóricas sin condicional y algunas otras sí condicionadas, como si estas últimas neutralizaran, subsanaran u otorgaran una imparcialidad claramente inexistente.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL refiere que no se trata solo de una cuestión meramente formal, pues dicha predeterminación se ve reflejada en la decisión de DFI de recomendar la imposición de una sanción, teniendo en cuenta que el órgano instructor legalmente no podía sancionarla.

Por esa razón, AMÉRICA MÓVIL alega que se habría configurado un supuesto de abstención de acuerdo al artículo 99 de la LPAG, razón por la cual se solicitó en su





descargo que los funcionarios que hubiesen participado en la emisión del Informe de Supervisión, de la notificación de cargos y de la emisión de la Medida Cautelar, o las que hayan defendido públicamente la orden de cese de contratación en vía pública; o que hayan manifestado que la contratación en vía pública es ilícita; se abstengan de incidir, pronunciarse o participar en el análisis del escrito de descargos.

Agrega la empresa recurrente que, no obstante lo anterior, la RESOLUCIÓN 191 desestimó dicha solicitud, en consecuencia, tal situación es claramente ilegal, vicia el procedimiento y la decisión emitida por el órgano resolutor, por ello la resolución impugnada debe ser declarada nula y sin efecto.

De lo expuesto por AMÉRICA MÓVIL, corresponde indicar que el Principio del Debido Procedimiento se encuentra recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, estableciendo lo siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. *El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)*

1.2. Principio del debido procedimiento. - *Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.”*

Así también, mediante el numeral del artículo 248 del TUO de la LPAG, se señala que no se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Además, 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.

De esta forma, esta instancia verifica que el presente procedimiento sancionador se ha dado de acuerdo a las etapas (etapa instructora y sancionadora) y plazos que establece la normativa vigente del TUO de la LPAG y del OSIPTEL, no advirtiendo vulneración al Debido Procedimiento como alega AMÉRICA MÓVIL.

No obstante, en cuanto a lo referido por la empresa operadora sobre que se afirmó que “LA EMPRESA incumplió con lo dispuesto en la Medida Cautelar”, debe indicarse que aun cuando ello haya sucedido en el Informe de Supervisión, no quiere decir que hubo un adelanto de opinión, ya que la conclusión del mismo sí indica la condicional de que “AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. habría incurrido en la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, toda vez que habría incumplido con lo dispuesto en el numeral (i) del artículo Primero de la Resolución N° 00712-2021-DFI/OSIPTEL”, verificándose de esa forma que en dicha etapa no se determinó la existencia de responsabilidad administrativa como refiere la empresa operadora,





dado que ello le corresponde a la Gerencia General como órgano resolutorio durante el trámite de un PAS.

Adicionalmente, como bien refiere la empresa operadora, el órgano instructor no está facultado para poder sancionarla, ya que dicha facultad le corresponde a la Gerencia General. De tal forma que, aun asumiendo que dicho Informe de Supervisión emitido por DFI suponga algún tipo de imparcialidad, según alega AMÉRICA MÓVIL-lo cual no ha sucedido-, ello no ha sido vinculante para el órgano resolutor, ya que la Gerencia General, en base a su propio análisis, corroboró dicho incumplimiento durante la etapa resolutoria del procedimiento administrativo, razón por la cual dispuso sancionarla.

En efecto, el Informe de Supervisión que sirvió de sustento para el inicio del PAS, se basó particularmente de las acciones de supervisión -llevadas a cabo el 6, 7 y 10 de enero de 2022- en las que se verificó que AMÉRICA MÓVIL no cesó la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.

Posterior al Informe de Supervisión se emitió el IFI, teniendo en cuenta- como se ha explicado líneas arriba- que el mismo no es vinculante para el órgano resolutorio, ya que dicha instancia realiza su propia evaluación y en el supuesto de no haber existido certeza sobre la responsabilidad de la empresa operadora, hubiera en su lugar archivado el caso pese a la recomendación del órgano instructor. Sin embargo, en el presente caso ello no ha sucedido, ya que la RESOLUCIÓN 191 resolvió sancionar a AMÉRICA MÓVIL al haber incumplido lo dispuesto en el numeral (i) del primer artículo de la Resolución N° 712-2021-DFI/OSIPTEL.

Sobre lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL respecto a la solicitud de abstención, es preciso señalar que, a través del concepto de abstención, la Autoridad Administrativa que tiene facultad resolutoria puede apartarse del conocimiento de un procedimiento, cuando existen causales específicas que atenten contra la imparcialidad e independencia de su actuación.

Cabe resaltar que el TUO de la LPAG establece de manera taxativa las causales por las cuales la Autoridad Administrativa puede abstenerse de conocer el procedimiento; pudiendo interpretar dichas causales para abstenerse de emitir pronunciamiento; ello a fin de evitar la paralización del procedimiento. Por ende, su interpretación debe ser necesariamente restrictiva.

En ese contexto, una de las causales de abstención que establece el artículo 99º del TUO de la LPAG, está referida a la intervención como asesor, perito o testigo en el mismo procedimiento, o si como autoridad hubiere manifestado previamente su parecer sobre el mismo. Así, se desprende que para estar incurso en la referida causal de abstención, la intervención del asesor o autoridad en el procedimiento debe estar referida al fondo del mismo, es decir, sobre la existencia de la responsabilidad del administrado por la comisión de una determinada infracción.

Sin embargo, se advierte que el Informe de Supervisión emitido por DFI no está relacionado con la determinación de responsabilidad, sino que tiene a su cargo la supervisión de las obligaciones técnicas, legales y contractuales por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como la instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores en los que esta Gerencia General actúa como Primera Instancia. Bajo este supuesto, no





corresponde la aplicación de la causal de abstención en tanto que DFI no posee facultad resolutoria como sí lo tiene la Gerencia General.

Por todo lo expuesto, los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo quedan desvirtuados dado que no se ha observado ninguna vulneración al Principio de Debido Procedimiento y tampoco existe causal de nulidad.

Finalmente, es preciso resaltar que el Derecho de Defensa de AMÉRICA MÓVIL no se ha visto afectado, en la medida que, ante la imposición de la sanción de multa impuesta por la Primera Instancia, dicha empresa puede ejercer el derecho de contradicción, como efectivamente lo ha hecho.

4.2 Respeto a los cuestionamientos de las actas de levantamiento de información

AMÉRICA MÓVIL refiere que lo legalmente correcto, en el presente caso, era levantar un acta de acción de supervisión que permita al personal de la empresa supervisada efectuar observaciones o comentarios sobre el supuesto proceso de contratación realizado, pudiendo inclusive firmar dicha acta.

Por tanto, a criterio de la empresa operadora, no era válido, compatible ni correcto que se haya emitido un acta de levantamiento de Información, en tanto no se trataba de mediciones, visualizaciones mecánicas ni actos que permitan prescindir de la participación del personal de la empresa operadora.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL concluye se vio forzada a una situación de plena indefensión durante la función fiscalizadora, debiendo esperar a que formalmente se inicie un procedimiento sancionador en su contra para recién estar habilitado a formular observaciones y aportar pruebas sobre las actuaciones de la Administración Pública.

En este sentido, para probar sus argumentos en relación al cambio arbitrario de las Actas de acción de supervisión por las Actas de Levantamiento de información, AMÉRICA MÓVIL presenta en calidad de prueba nueva (Anexo 3) las Actas de supervisión que sustentaron la imposición de la Medida Cautelar dictada en el Expediente N° 00004-2020-GG-GSF/CAUTELAR, con las cuales pretenden demostrar que los anteriores procedimientos sancionadores iniciados en su contra por el presunto incumplimiento del artículo 11-D se han sustentado en Actas de Acción de Supervisión y no en Actas de Levantamiento de Información, debido a que tienen finalidades distintas, particularidades distintas y no pueden ser intercambiables entre sí, por lo que no basta que el cambio de instrumento de supervisión solo se base en el Principio de Discrecionalidad.

De lo expuesto por AMÉRICA MÓVIL, debe indicarse, que la exposición de motivos del Reglamento General de Supervisión establece lo siguiente:

“(…)

*Considerando que en uso de los atributos de discrecionalidad que tiene OSIPTEL, las acciones de supervisión podrán desarrollarse bajo cualquier modalidad (con o sin desplazamiento, con o sin aviso previo); en el artículo 22 se señala de manera enunciativa más no restrictiva, los siguientes mecanismos para su ejecución: requerimientos de información, llamadas de prueba y **levantamiento de información**,*

(…)”





En el presente caso, la DFI a fin de verificar el cumplimiento de lo dispuesto mediante la Resolución de Medida Cautelar consideró pertinente realizar acciones de supervisión los días 6, 7 y 10 de enero de 2022, cuyos resultados fueron recogidos en actas de levantamiento de información a través de las cuales se detalló lo observado (visualización) en el transcurso de las mismas, las que incluyeron grabaciones de audio y fotos mediante las cuales se podía advertir con mayor detalle lo ocurrido en las acciones mencionadas.

Ahora bien, respecto a las Actas de Levantamiento de Información:

“Artículo 25.- Levantamientos de información

Los levantamientos de información son acciones de supervisión que se realizan a través de la visualización, captura de pantalla, de audio o de video, trazas, recolección de datos o impresión de la información contenida en una página Web, aplicativo, acceso remoto, u otras fuentes que guarden relación con el objeto de la supervisión, ya sean de la entidad supervisada, de un tercero o del mismo OSIPTEL.

También constituyen levantamientos de información las mediciones de las características técnicas de los servicios y las pruebas remotas, manuales o automáticas, que se realicen para comprobar las prestaciones, la operatividad del servicio, así como del equipamiento asociado.

La información recabada se plasmará en un acta, que deberá contener como mínimo, lo siguiente:

- a) *Identificación del o los supervisores que intervendrán;*
- b) *Denominación de la entidad supervisada;*
- c) *Indicación de la fuente de información*
- d) *Mención del objeto de la acción de supervisión;*
- e) *Fecha en que se efectúa el levantamiento de información con indicación de la hora del mismo;*
- f) *Mención de la información recabada; y,*
- g) *Firma del o los supervisores que hayan intervenido.*

El acta de levantamiento de información suscrita por un supervisor constituye instrumento público”.

Respecto a las Actas de acción de supervisión:

“Artículo 27°. -Contenido del acta de acción de supervisión

El acta de acción de supervisión contendrá, bajo sanción de nulidad los siguientes datos mínimos:

Nombre de la entidad supervisada y, de ser el caso, del representante o empleado de la misma, o personas con quien se entienda la acción de supervisión;

Local donde se ha realizado la acción de supervisión, con indicación de la dirección o ubicación respectiva, de ser posible;

- a) *Identificación de o los supervisores, especialistas y personal instruido que intervienen, de ser el caso;*
- b) *El objeto de la acción de supervisión;*
- c) *Descripción y relato de las incidencias observadas en la acción de supervisión,*
- d) *Mención de la copia de los documentos recabados en la acción de supervisión de ser el caso;*
- e) *Comentarios de la entidad supervisada, de ser el caso;*
- f) *Fecha, hora de inicio y de culminación de la acción de supervisión; y,*
- g) *Firma del o los supervisores que hayan intervenido. Asimismo, en caso participe un representante o empleado de la entidad supervisada, o persona con quien se entienda la acción de supervisión, éste suscribirá el acta. Opcionalmente, podrán firmar los especialistas y personal instruido que*





participan en la supervisión.”

En ese sentido de acuerdo Resolución de Consejo Directivo N° 128-2020-CD/OSIPTEL, si bien ambas figuras jurídicas tienen reglas diferenciadas, no se desconoce que el Acta de Levantamiento de información constituye un tipo de acto de supervisión, de lo que se puede concluir, que tanto las actas de acción de supervisión como las actas de levantamiento de información pueden ser consideradas para recabar información, teniendo en cuenta que las metodologías de supervisión son diversas y a través del uso de cualquiera de ellas es posible obtener medios probatorios efectivos para acreditar posibles incumplimientos.

En base a lo expuesto, se aprecia que cada acta posee una naturaleza distinta en cuanto a lo que se refiere su contenido, sin embargo, ambas permiten recabar información sobre los cumplimientos o incumplimientos de una obligación.

Lo antes mencionado se encuentra acorde con el Principio de Discrecionalidad establecido en la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del Osiptel (LDFF), Ley N° 27336, de acuerdo al cual es OSIPTEL quien determina los planes y métodos de trabajo para la consecución de los fines de supervisión, en ese sentido este Organismo Regulador tiene la facultad para establecer procedimientos especiales de supervisión cuando lo considere conveniente para facilitar el desarrollo de sus acciones supervisoras, los cuales deben ser aprobados por Resolución de Consejo Directivo.

Adicionalmente, de la revisión de las actas de levantamiento de información se aprecia que estas contienen la identificación del supervisor que intervino en la acción de supervisión, la denominación de la empresa supervisada, indicación de la fuente de información, el objeto de la acción de supervisión, fecha y hora en la que se inició el levantamiento de información, mención de la información recabada, así como la firma respectiva del supervisor, cumpliendo de esa forma con los datos mínimos establecidos en el artículo 25 del Reglamento General de Fiscalización para su validez.

Sobre lo alegado por AMÉRICA MÓVIL referido a que en este caso correspondía la utilización de las actas de acción de supervisión, debe señalarse que lo indicado se sustenta únicamente en una mera interpretación de la empresa operadora, pues de la lectura del Reglamento General de Fiscalización y del artículo 25 de dicho Reglamento no se aprecia que se restrinja o exista una prohibición respecto de la utilización de las actas de levantamiento de información debido a que no existe una interacción con el personal de la empresa operadora. Por lo tanto, AMÉRICA MÓVIL no puede hacer interpretaciones erróneas sobre los artículos 25 y 27 del Reglamento General de Fiscalización.

En consecuencia, se deja en claro que la decisión de DFI de optar por las actas de levantamiento de información no responde a una decisión arbitraria ni ilegal por parte de este Organismo Regulador y tampoco constituye una vulneración a su Derecho de Defensa.

Es más, para conocimiento de la empresa operadora, se advierte que no es la primera vez que para acciones de supervisión del cumplimiento de las medidas cautelares, se utilicen las actas de levantamiento de información, siendo así que ello no afecta de ningún modo su validez, siendo esto validado por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 195-2021-CD/OSIPTEL, la cual señala que de acuerdo el artículo 20 de la LDFF, el acta, debidamente suscrita por el





funcionario de OSIPTEL responsable de la acción constituye instrumento público el cual tiene validez.

Por otro lado, en relación a lo sustentado por AMÉRICA MÓVIL sobre la limitación de su derecho de defensa al no permitírsele a su personal supervisado efectuar observaciones o comentarios sobre la supuesta actividad de contratación realizada en la vía pública y tampoco permitírsele firmar las actas, es necesario aclarar, que en virtud del tipo de supervisión llevada a cabo, no era mandatorio ni esencial que el personal de la empresa operadora (o sus distribuidores) otorgue sus comentarios u observaciones en el propio acto de la supervisión.

Así las cosas, si alguno de los distribuidores o personal de la empresa operadora es encontrado cometiendo la presunta infracción, no tendría relevancia alguna en el objeto de la supervisión el comentario u observación, en tanto la conducta está contraviniendo la normativa. Por el contrario, sí sería necesario y urgente que la empresa operadora tome las medidas necesarias y sea lo suficientemente diligente para supervisar estas acciones prohibidas de su personal, sin esperar que estos sean descubiertos realizando dicha actividad y pretender que es sumamente necesario que estos planteen sus observaciones o se justifiquen por la acción de realizar contrataciones del servicio de telefonía móvil en la vía pública; pues ello perfectamente puede ser alegado en la etapa del PAS, sin que suponga contravención alguna a los derechos de AMÉRICA MÓVIL.

En efecto, lo anteriormente argumentado no significa que la empresa operadora no tenga derecho a defenderse de lo estipulado en estas Actas de Levantamiento de Información, mucho menos que se le haya privado de la información completa para contradecir la imputación; puesto que, se le ha notificado con el informe de supervisión y se le ha dado el tiempo suficiente para que realice sus descargos, lo que no se puede considerar un hecho arbitrario como erróneamente indica AMÉRICA MÓVIL, debido que la actuación de la DFI está respetando su derecho de defensa en el ámbito del PAS, puesto que se le está garantizando la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de sus derechos e intereses, para cuyo efecto se le ha comunicado los cargos imputados previamente y por escrito, los cuales han sido acompañados del correspondiente sustento probatorio (Informe de Supervisión y las actas respectivas).

Así, en casos como este, la entidad supervisada tiene la oportunidad de presentar comentarios sobre el contenido de las actas al momento de presentar sus descargos al PAS y en cualquier etapa del aludido procedimiento; los mismos que serán debidamente valorados en la oportunidad correspondiente. De este modo, si el órgano resolutivo advierte que las actas de levantamiento de información contienen un vicio, procederá a desestimarlas y no incorporarlas en el análisis sobre la presunta infracción; ocurriendo exactamente lo mismo si se tratase de un acta de acción de supervisión viciada.

Adicionalmente, se reitera que la DFI, a través de su función supervisora, ha verificado el incumplimiento del artículo 1 de la Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL, independientemente de que tipo de acta haya utilizado. De esta forma, corresponde desestimar lo alegado por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

Por lo antes señalado, corresponde desestimar los argumentos planteados por la empresa operadora en este extremo, al no demostrar el medio probatorio presentado en este apartado una incorrecta aplicación de las Actas de





Levantamiento de Información ni demostrar un abuso en la facultad discrecional de la Administración en el presente PAS.

4.3 Respeto al desproporcionado e irrazonable estándar de diligencia

AMÉRICA MÓVIL alega que la RESOLUCIÓN 191 pretende crear un parámetro de la diligencia debida que no se encuentra en norma legal alguna, puesto que no ha precisado qué tipo de acciones adicionales sí habrían resultado suficientes para la primera instancia, además de pretender exigir a la empresa operadora que vigile y controle las actuaciones de todos sus socios comerciales, lo cual, evidentemente, resulta absolutamente desproporcionado.

En ese sentido, agrega la empresa operadora, la RESOLUCIÓN 191 impone nuevos parámetros para la diligencia debida, con estándares irrazonables, materialmente imposibles de cumplir y totalmente desproporcionados, en razón que no se puede exigir perfección en el cumplimiento de las medidas administrativas dictadas por las autoridades.

De esta forma, AMÉRICA MÓVIL presenta los comunicados N° 19-0074 (Anexo 5) y N° 19-0067 (Anexo 6), con la finalidad de demostrar que la empresa operadora ha actuado con la debida diligencia en todo momento, comunicando a sus socios comerciales que la venta de servicios móviles de manera ambulatoria está prohibida.

Al respecto, debe precisarse que las infracciones materia del PAS se configuran cuando la empresa operadora infringe un deber de cuidado que le es exigible y cuyo resultado lesivo pudo prever. Asimismo, el nivel de diligencia exigido a AMÉRICA MÓVIL debe ser alto, puesto que dicha empresa operadora, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado.

En ese sentido, aun cuando AMÉRICA MÓVIL reitera haber remitido comunicaciones a sus socios comerciales para la abstención de venta de servicios móviles de manera ambulatoria, ello no ha impedido el incumplimiento a dicha normativa la cual es materia del presente PAS. En ese sentido, se ratifica lo resuelto por la RESOLUCIÓN 191 en el extremo que la empresa operadora debió vigilar y/o controlar que las contrataciones realizadas por parte de sus socios comerciales y/o distribuidores, se efectúen en los puntos de venta comunicados para tal fin y no en la vía pública conforme detectó la DFI; no bastando alegar que actuó diligentemente en tanto “comunicó” la no contratación en la vía pública y que no le correspondía ninguna actuación adicional de control o inspección sobre éstos, de modo que estaría exenta de responsabilidad.

Además, en relación a los comunicados N° 19-0074 (Anexo 5) y N° 19-0067 (Anexo 6), se advierte que, el comunicado N° 19-0074 es de fecha 18 de diciembre de 2019 y el comunicado N° 19-0067 es de fecha 9 de diciembre de 2019, los cuales presentan fechas anteriores al del comunicado N° 22-001 de fecha 4 de enero de 2022 (analizado en el PAS), demostrándose así la falta de diligencia de la empresa operadora, ya que a pesar de haber enviado comunicados a sus socios comerciales, ello no ha sido suficiente, puesto que AMÉRICA MÓVIL ha vuelto a incurrir en el incumplimiento imputado en el PAS, ya que el objetivo del cumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso es justamente la no comercialización de servicios móviles en la vía pública de forma ambulatoria. Por





ende, la presunta diligencia desplegada por AMÉRICA MÓVIL no ha sido idónea para cumplir con la normativa.

Además, es necesario señalar que si bien la empresa operadora tiene la libertad de tercerizar y subcontratar una actividad a su cargo, esto no la exonera de la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones normativas en relación a esta actividad, mucho menos cuando estas situaciones u acciones se encontraban dentro de la esfera de dominio de la empresa operadora al haber sido realizadas por sus propios distribuidores autorizados, quienes usaron el código de distribuidor validado por AMÉRICA MÓVIL para llevar a cabo la contratación en la vía pública. De esta manera, le corresponde a AMÉRICA MÓVIL tomar todas las medidas necesarias para que sus socios comerciales, distribuidores y vendedores se abstengan de realizar contracciones o venta de celulares en la vía pública, no siendo una medida idónea ni lo suficientemente diligente el solo hecho de remitir comunicaciones con la finalidad de avisar la prohibición de la actividad infractora.

En este sentido, los medios probatorios presentados no permiten desvirtuar las imputaciones efectuadas en el presente PAS, correspondiendo desestimar los argumentos planteados por la empresa operadora en este extremo.

4.4 Sobre la incorrecta graduación de la multa

Según AMÉRICA MÓVIL, la graduación de la sanción carece de sustento legal y no guarda relación con los hechos producidos en el presente caso, como se explica a continuación:

✓ Sobre la probabilidad de detección:

Según la RESOLUCIÓN 191, se considera una probabilidad de detección muy baja en la medida que la verificación de la comisión de la supuesta infracción implicaría una alta movilidad de los distribuidores que efectúan contrataciones en puntos de venta no reportados al OSIPTEL.

De esta manera, AMÉRICA MÓVIL considera que la probabilidad de detección debería ser considerada muy alta, en la medida que, con una simple acción de supervisión alrededor de los puntos de venta del servicio de AMÉRICA MÓVIL, se podría verificar el cumplimiento de la Cuarta Medida Cautelar. Para tal efecto adjunta en calidad de nueva prueba imágenes con participaciones y declaraciones de OSIPTEL en medios y publicidad (Anexo 7).

Al respecto, conforme a lo sostenido por la Primera Instancia y atendiendo a las características de este PAS, se considera una probabilidad de detección “muy baja”, en la medida que si bien existe el incumplimiento de una orden expresa emitida por el OSIPTEL, de cesar con la comercialización de los servicios públicos móviles en la vía pública; la DFI se encuentra limitada a efectos de llevar a cabo las supervisiones orientadas a la verificación de su cumplimiento, en tanto que se tratan de contrataciones realizadas en la vía pública; y, en tal sentido, no cuentan con una dirección formal, lo cual limita las posibilidades de detección del universo de incumplimientos.

Por lo tanto, conforme a lo sostenido por Consejo Directivo³, la capacidad de movilización de un canal de comercialización en la vía pública, hace más fácil

³ Mayor detalle en la Resolución N° 194-2020/CD-OSIPTEL.





la evasión de fiscalización haciendo incluso más costosa el ejercicio de esta actividad por parte del Regulador. Siendo ello así, si bien el Organismo Regulador ha comunicado las acciones que se encuentra realizando a fin de erradicar la contratación del servicio público móvil en la vía pública, por contravenir el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso; ello, no incide de modo alguno en la determinación de la probabilidad de detección de las conductas ilícitas.

En consecuencia, corresponde desestimar el Anexo 7 del Recurso de Reconsideración.

✓ **Sobre la supuesta reincidencia**

Sostiene AMÉRICA MÓVIL, que la RESOLUCIÓN 191 señala que se habría configurado reincidencia de la infracción sancionada en el Expediente N° 00069-2020-GG-DFI/PAS, razón por la cual se decidió agravar la multa calculada a imponerse en el presente PAS.

Sin embargo, según la empresa operadora, no se ha tenido en consideración que la Resolución N° 195-2021-CD/OSIPTTEL aún no ha adquirido firmeza, puesto que dicha resolución ha sido impugnada judicialmente ante el Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, cuya tramitación se encuentra a la espera de la sentencia de Primera Instancia, para ello adjunta en calidad de nueva prueba al cargo de presentación de demanda contencioso-administrativa (Anexo 8) y cargo de admisión de la demanda contencioso-administrativa (Anexo 9).

Por consiguiente, según AMÉRICA MÓVIL, no es legalmente correcto afirmar que la Resolución N° 195-2021-CD/OSIPTTEL es firme, ya que en dicho expediente no venció el plazo para interponer el recurso impugnativo mediante una acción contencioso administrativa.

En ese sentido, para AMÉRICA MÓVIL lo señalado en la Resolución Impugnada no solo no se ajusta a los hechos, sino que contraviene al ordenamiento jurídico; dado que en el presente caso no se ha configurado un supuesto de reincidencia, como erróneamente señala la RESOLUCIÓN 191.

En principio, corresponde indicar que en el artículo 18⁴ del RGIS en concordancia con el numeral 3 del artículo 248⁵ del TUO de la LPAG, estipula

⁴ Artículo 18.- Graduación de las Sanciones y Beneficio por Pronto Pago

(...)

ii) Son considerados factores agravantes de responsabilidad los siguientes:

a) Reincidencia

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

(...)"

⁵ Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;





que se debe considerar reincidencia en la comisión de una misma infracción siempre que exista resolución anterior que, en vía administrativa, hubiera quedado firme o haya causado estado; es decir, expresamente se determina que la resolución en la cual se sanciona la primera infracción y se toma como referencia para aplicar la reincidencia, debe haber quedado firme en la vía administrativa, por lo que cabe concluir que el requisito para la reincidencia se circunscribe al ámbito administrativo⁶.

Ahora bien, es necesario dejar en claro cuándo es que una resolución ha adquirido firmeza en la vía administrativa. Para esto, debemos primero determinar cuándo el acto es firme en términos generales; es así, que adquirirá este estado cuando ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo, al haberse extinguido los plazos para ejercer el derecho de contradicción⁷. Sin embargo, es necesario discernir que esta condición tiene que determinarse en dos (2) ámbitos diferentes, ya sea en la vía administrativa o en la vía jurisdiccional; por lo cual, mientras que el acto administrativo ya no sea posible de ser impugnado por algún recurso administrativo, entonces habrá adquirido firmeza en la vía administrativa, siendo posible aún ser impugnado ante el Poder judicial mediante la acción contenciosa- administrativa. En el caso de que se extinga el plazo para interponer esta acción o se obtenga un pronunciamiento definitivo en vía judicial, entonces el acto administrativo también adquiere firmeza en esta vía ya no siendo posible de ser contradicho.

Es así que, la firmeza de un acto administrativo en la vía administrativa, en este caso una resolución administrativa, se dará cuando contra ese acto no proceda recurso ordinario alguno; es decir, una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto, esto en concordancia con el artículo 222 del TUO de la LPAG, en donde se desarrolla el concepto de acto firme.

En este sentido, si contra una resolución administrativa ya no procede un recurso de reconsideración o un recurso de apelación, ya sea porque se interpusieron en el plazo legal y fueron resueltos, porque venció el plazo para su interposición o porque simplemente el o los administrados renunciaron a su derecho de impugnar el acto y no se interpusieron los recursos ordinarios correspondientes; entonces, dicha resolución adquiere firmeza administrativa y agota la vía administrativa⁸.

Al respecto, los actos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo, tal como

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)"

⁶ SHIBAMUKURO, Roberto. "La reincidencia en la LPAG". Pp.143. Visto en: <https://app-vlex-com.ezproxybib.pucp.edu.pe/#/vid/reincidencia-lpag-796458825>

⁷ Visto en la sentencia de la Corte Superior de Justicia de Madre de Dios, recaída en el expediente N° 0046-2010-0-2701-JM-CI-01

⁸ "Artículo 218- Agotamiento de la vía administrativa

218.2. Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa (...)"





se configura en el artículo 228 del TUO de la LPAG el cual es acorde al artículo 148 de la Constitución Política del Perú. Para tales efectos, esta instancia advierte equivocaciones en los argumentos dados por AMÉRICA MÓVIL en este punto, puesto que la acción contenciosa-administrativa solo puede ser interpuesta contra resoluciones que justamente hayan quedado firmes en vía administrativa, por lo que esta acción, propiamente, no se configura en un recurso impugnativo administrativo que suprima la condición firmeza adquirida en dicha vía.

Al parecer, AMÉRICA MÓVIL pretender interpretar a su favor qué se entiende por firmeza en el marco del TUO de la LPAG, por el solo hecho que el artículo 248, numeral 3) de dicho cuerpo normativo, no señala de manera expresa que esta se constriñe a la vía administrativa. No obstante, partiendo de una interpretación sistemática del TUO de la LPAG ello no puede ser entendido de otra manera. Por ejemplo, cuando en el artículo 222 se alude al acto administrativo se firme, se vincula a la posibilidad de interponer recursos administrativos únicamente, sin mencionar la interposición de la demanda contencioso-administrativa. Otra demostración se encuentra en el artículo 253 del TUO de la LPAG, que preceptúa lo siguiente:

“Artículo 253.- Prescripción de la exigibilidad de las multas impuestas

1. La facultad de la autoridad para exigir por la vía de ejecución forzosa el pago de las multas impuestas por la comisión de una infracción administrativa prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales. En caso de no estar determinado, la prescripción se produce al término de dos (2) años computados a partir de la fecha en que se produzca cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) Que el acto administrativo mediante el cual se impuso la multa, o aquel que puso fin a la vía administrativa, quedó firme.

b) Que el proceso contencioso administrativo destinado a la impugnación del acto mediante el cual se impuso la multa haya concluido con carácter de cosa juzgada en forma desfavorable para el administrado.

(...).”

(Subrayado agregado)

De aquí se advierte que, si el legislador hubiese pretendido que bajo la denominación de acto administrativo firme se incorpore también el supuesto de acto administrativo impugnado judicialmente, entonces no se habría estipulado -explícitamente- como escenario de prescripción de exigibilidad de las multas la conclusión del proceso contencioso administrativo, pues este estaría comprendido dentro del primero (bajo la equívoca visión de AMÉRICA MÓVIL).

En consecuencia, la normativa expresamente indica que se aplicará la reincidencia por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción, entonces se debe entender que la condición de firme de la resolución se debe dar en la vía administrativa, esto es con una resolución consentida o que agota la vía administrativa, tal como pertinentemente aclara el artículo 18 del RGIS.

Lo desarrollado hasta aquí sigue la línea de lo desarrollado por el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 123-2022-CD/OSIPTEL:





“Respecto a ello, cabe indicar que, de acuerdo con el artículo 222° del TUO de la LPAG⁹, un acto firme es aquel en el que no procede recurso impugnatorio, debido al vencimiento de los plazos. Mientras que por acto administrativo que causa estado, debe entenderse aquel expedido por la más alta autoridad administrativa competente, una vez agotados todos los medios impugnatorios establecidos en las normas que rigen el procedimiento administrativo¹⁰.

En este punto, es preciso tener presente que, en el procedimiento sancionador, existen disposiciones especiales, tal como el numeral 258.2 del Artículo 258° del TUO de la LPAG, que dispone que la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha señalado que, “en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda”¹¹.

En razón de lo expuesto por AMÉRICA MÓVIL, debe señalarse que la reincidencia se configura siempre que exista una resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado; y, que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de un (1) año desde la fecha en que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

Cabe indicar además, que este criterio ha sido previamente adoptado por el Consejo Directivo¹², al considerar que la configuración de reincidencia requiere que las resoluciones de sanción previa, en vía administrativa, se encuentran firmes o hayan causado estado.”

En este sentido, los Anexos 8 y 9 no cuestionan ni contradicen la firmeza de la Resolución N° 195-2021-CD/OSIPTTEL en la vía administrativa, por lo que dichos medios probatorios deben ser desestimados.

En virtud de lo expuesto, esta instancia considera que sí se ha configurado el supuesto de reincidencia por lo que es correcta su aplicación en este caso, quedando desvirtuado lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, en este extremo.

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 de Gerencia General N° 191-2022-GG/OSIPTTEL; y, en consecuencia, **CONFIRMAR** todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

⁹ **Artículo 222.- Acto firme**

Una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto.”

¹⁰ Sentencia emitida en el Expediente N° 447-2000, el veintiocho de mayo del dos mil tres. por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República.

¹¹ Sentencia de fecha 3 de septiembre de 2010, emitida en el Expediente N° 01873-2009-PMC.

¹² Mayor detalle en la Resolución N° 124-2021-CD/OSIPTTEL





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo 2°. - DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución N° 191-2022-GG/OSIPTEL, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°. - Notificar la presente Resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL 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: _MA18a@051452