



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

OSIPTTEL	FOLIOS
GG	328

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00123-2017-GG/OSIPTTEL

Lima, 12 de junio de 2017

EXPEDIENTE Nº	:	00028-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO: el Recurso de Reconsideración presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (AMÉRICA MÓVIL) con fecha 03 de mayo de 2017, contra la Resolución de Gerencia General Nº 00065-2017-GG/OSIPTTEL;

CONSIDERANDO:

- Mediante Informe de Supervisión Nº 367-GFS/2015 (Informe de Supervisión) de fecha 17 de abril de 2015, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTTEL¹ (GSF) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9º del Reglamento de Calidad de atención a usuarios por parte de las Empresas Operadoras de servicios de telefonía fija y servicios públicos móviles (Reglamento de Calidad de atención a usuarios), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 127-2013-CD/OSIPTTEL, por parte de AMÉRICA MÓVIL, seguida en el expediente de supervisión Nº 00035-2015-GG-GFS (Expediente de Supervisión), cuyas conclusiones fueron las siguientes:

IV. CONCLUSIONES

- La empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 9º del Reglamento de Calidad de la Atención a Usuarios por parte de las Empresas Operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles aprobado mediante Resolución Nº 127-2013-CD/OSIPTTEL, en treinta y un (31) acciones de supervisión: al no entregar constancias de arribo en siete (07) acciones de supervisión, no consignar los datos referidos a la fecha y/u hora de arribo en tres (03) acciones de supervisión, y al entregar las constancias de arribo pero no de forma inmediata en veintiún (21) acciones de supervisión; con lo cual, la referida empresa habría incumplido en un 45% del total de las acciones de supervisión realizadas.
- Teniendo en cuenta lo indicado, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, corresponde el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador, porque habría incumplido con lo dispuesto por el artículo citado en el párrafo anterior, el cual se encuentra tipificado como infracción leve en el artículo 19º del Reglamento de Calidad de la Atención a Usuarios por parte de las Empresas Operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles aprobado mediante Resolución Nº 127-2013-CD/OSIPTTEL.



¹ Denominación acorde con el Decreto Supremo 045-2017-PCM, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTTEL), publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de abril de 2017.



2. Mediante carta N° C.703-GFS/2015, notificada el 22 de abril de 2015, la GSF comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de atención a usuarios, por el incumplimiento del artículo 9° de la referida norma.
3. Mediante escrito sin número recibido el 04 de junio de 2015, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos (Descargos 1).
4. Mediante carta N° C.2546-GFS/2016, notificada el 21 de diciembre de 2015, la GSF comunicó a AMÉRICA MÓVIL la ampliación del PAS, en cuanto al incumplimiento en entregar las constancias de arribo en forma inmediata en las acciones de supervisión analizadas en los numerales 3.3.64 y 3.3.65 del Informe de Supervisión.
5. A través del escrito sin número, recibido el 13 de enero de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos (Descargos 2).
6. Mediante Informe N° 00103-GFS/2017, de fecha 08 de marzo de 2017, la GSF remitió a la Gerencia General el análisis de los Descargos 1 y 2 presentados por AMÉRICA MÓVIL (Informe final de instrucción).
7. A través de la comunicación N° C.00239-GG/2017 notificada el 10 de marzo de 2017, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 235^{o2} de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (LPAG) -norma vigente a esa fecha- se puso en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL el Informe final de instrucción, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
8. Mediante escrito sin número presentado el 17 de marzo de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos al Informe final de instrucción.
9. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL emitida el 05 de abril de 2017, se resolvió lo siguiente:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A. con una multa de treinta y dos (32) UIT, por la comisión de la infracción tipificada como leve en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de atención a usuarios, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 127-2013-CD/OSIPTEL, al haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 9° de la referida norma, respecto de treinta y un (31) acciones de supervisión realizadas en diferentes regiones: al no entregar constancias de arribo en siete (07) acciones de supervisión, no consignar los datos referidos a la fecha y/u hora de arribo en tres (03) acciones de supervisión, y al entregar las constancias de arribo pero no de forma inmediata en veintitrés (23) acciones de supervisión; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

10. Mediante escrito presentado el 03 de mayo de 2017, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL.



² Actual artículo 246° del Decreto Supremo N° 006-2017-JUS que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, publicado el 20 de marzo de 2017.

³ Modificada por el Decreto Legislativo N° 1272, publicado el 21 de diciembre de 2016



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTTEL	FOLIOS
GG	323

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

1. De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 216.2 del artículo 216° del Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), 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.
2. Asimismo, conforme a lo señalado en el artículo 217° 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.
3. De la revisión del recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido.
4. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL considera que esta instancia debe revocar la Resolución de Gerencia General N° 065-2017-GG/OSIPTTEL y decidir el archivo del procedimiento sancionador, teniendo en consideración las siguientes nuevas pruebas:
 - (i) Videograbaciones efectuadas por los funcionarios de la GSF en el trámite del expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS, las cuales desvirtúan la posición asumida en la resolución impugnada en cuanto a que las actas de supervisión resultan suficientes para dar por ciertas las afirmaciones en ellas contenidas.
 - (ii) Acta de la acción de supervisión realizada el 23 de febrero de 2015 en relación al Reglamento de Cobertura, en la cual, si bien solo se dejó constancia de la hora y fecha de la realización de la supervisión, tales datos no formaba parte del supuesto de hecho de la comisión de la infracción, a diferencia del presente PAS, en el cual resulta relevante acreditar plenamente la hora de inicio de las acciones de supervisión.
 - (iii) Informe N° 005-2005-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 31 de enero de 2005, emitido por el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, el cual sustenta el derecho a la no incriminación.
 - (iv) Resolución N° 065-2016-CD/OSIPTTEL, emitida por el Consejo Directivo del OSIPTTEL el 26 de mayo de 2016, en el expediente N° 00045-2014-GG-GFS/PAS, la misma que desarrolla el Principio de Razonabilidad.
 - (v) Resolución de Gerencia General N° 437-2016-GG/OSIPTTEL, emitida el 09 de agosto de 2016, en un procedimiento análogo, lo cual verificaría la contravención a los Principios de Razonabilidad, Igualdad e Imparcialidad.
5. Cabe señalar que, conforme lo dispone el TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración exige la presentación de 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.
6. En esa línea, MORÓN URBINA señala lo siguiente:

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. Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento. Pero a condición que





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos (...)⁴
(Sin subrayado en el original)

7. En consecuencia, esta instancia emitirá pronunciamiento respecto a los argumentos de AMÉRICA MÓVIL expuestos en su recurso de reconsideración, en cuanto se encuentren sustentados en las nuevas pruebas aludidas en el recurso de reconsideración.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

AMÉRICA MÓVIL considera que esta Instancia debe revisar lo resuelto en la Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL impugnada, considerando las nuevas pruebas alcanzadas.

- (i) Videograbaciones efectuadas por los funcionarios de la GSF en el trámite del expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS; y

- (ii) Acta de la acción de supervisión realizada el 23 de febrero de 2015

Según considera AMÉRICA MÓVIL, tales medios probatorios desvirtuarían la posición asumida en la resolución de Gerencia General impugnada en cuanto a que las actas de supervisión resultan suficientes para dar por ciertas las afirmaciones contenidas en las mismas, pese a que en ellas se omite acreditar un hecho esencial y sumamente relevante para determinar la hora de entrega del ticket de arribo, tal sería, la hora de inicio de la acción de supervisión.

Así, alude dicha empresa operadora a las videograbaciones efectuadas en las acciones de supervisión contenidas en el expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS, señalando que si las actas de supervisión fueran suficientes, no habría entonces necesidad de efectuar en las supervisiones, grabaciones de audio o video -como las indicadas-, respecto de la información brindada al abonado, obtener fotografías de los incumplimientos, o recopilar los tickets de arribo de cada visita, como sucedió en el presente PAS.

En el caso del acta de la acción de supervisión realizada el 23 de febrero de 2015, refiere AMÉRICA MÓVIL que ésta fue realizada para la verificación de su sistema de predicción de cobertura, en el marco de lo dispuesto en el Reglamento de supervisión de la cobertura de los servicios públicos de telecomunicaciones móviles y fijos con acceso inalámbrico⁵ (Reglamento de Cobertura); y en la cual si bien solo se dejó constancia de la hora y fecha de la realización de dicha supervisión, tales datos no formaban parte del supuesto de hecho de la comisión de la infracción, a diferencia del presente PAS, en el cual resulta relevante acreditar plenamente la hora de inicio de las acciones de supervisión.

Manifiesta AMÉRICA MÓVIL que a través de la resolución impugnada se considera que el acta de supervisión brinda plena fe de lo acontecido en la acción de supervisión, pese a que aquélla, para ser fehaciente debe encontrarse plenamente probada; siendo tal circunstancia exigible dado que ello afecta directamente el derecho de defensa, en la medida que éste permite efectuar descargos y ofrecer pruebas contra la acusación, lo cual resulta viable si la acusación tiene un sustento de hecho y de derecho suficiente.



⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, Pág. 620.

⁵ Aprobado por Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias

Agrega dicha empresa operadora que el acta de supervisión no resulta equivalente a la prueba plena de las afirmaciones que constan en dicho documento por el mero hecho de constituir un documento público, puesto que requieren de un sustento material suficiente; así, el acta de supervisión será prueba de aquellos hechos que se afirmen y desprendan de la misma, en tanto ello resulte razonable y evidente, pues el incumplimiento debe encontrarse acreditado mediante un medio de prueba útil, pertinente, suficiente e idóneo para tal finalidad.

Considerando lo anterior, manifiesta AMÉRICA MÓVIL que a partir de un nuevo análisis de las actas de supervisión que sustentan la sanción impuesta, ha advertido que la GSF ha omitido acreditar un hecho esencial y relevante para determinar la hora de entrega del ticket de arribo, es decir, la hora de inicio de la acción de supervisión.

Señala dicha empresa operadora que los formatos pre impresos de las actas de supervisión indican de forma meramente enunciativa la hora de inicio de la acción de supervisión, pese a que resultaba relevante, necesario e indispensable que dicha circunstancia se hubiera acreditado -mediante una grabación, fotografía u otra prueba idónea- para evidenciar el momento exacto del arribo del supervisor al Centro de Atención, y así determinar si se produjo o no de forma inmediata la entrega del ticket de arribo, y como consecuencia de ello, la comisión de la infracción.

En atención a lo anterior, a consideración de AMÉRICA MÓVIL, en ninguna de las veintitrés (23)⁶ acciones de supervisión que motivaron la imposición de la sanción, se ha acreditado plenamente la hora de llegada de los supervisores a sus oficinas comerciales, siendo esto el primer elemento constitutivo del supuesto de hecho infractor, con lo cual, se vulnera el Debido Procedimiento al no poder afirmarse la no entrega inmediata de sus constancias de arribo, correspondiendo revocar la resolución impugnada, variándose la multa aplicable, o la sanción por una amonestación, al reducirse los incumplimientos detectados a diez (10) casos.

⁶ Cabe señalar que conforme al detalle del Cuadro, contenido en la Resolución de Gerencia General impugnada, tales acciones de supervisión serían las siguientes:

N°	FECHA SUPERV	LUGAR	HORA ARRIBO	ENTREGÓ CONSTANCIA	HORA ENTREGA	TICKET TIENE FECHA	TICKET TIENE HORA	TIEMPO ESPERA PARA ENTREGA (MIN)	CUMPLE
1	21/01/2015	JUNIN	12:40	SI	12:47	SI	SI	7	NO
2	21/01/2015	LIMA	14:01	SI	14:07	SI	SI	6	NO
3	21/01/2015	LIMA	15:32	SI	15:43	SI	SI	11	NO
4	21/01/2015	LIMA	15:48	SI	15:54	SI	SI	6	NO
5	21/01/2015	LIMA	16:01	SI	16:37	SI	SI	36	NO
6	21/01/2015	LIMA	16:55	SI	17:10	SI	SI	15	NO
7	21/01/2015	LIMA	17:20	SI	17:28	SI	SI	8	NO
8	21/01/2015	LA LIBERTAD	17:30	SI	17:52	SI	SI	22	NO
9	21/01/2015	JUNIN	17:49	SI	18:04	SI	SI	15	NO
10	21/01/2015	LIMA	18:15	SI	18:38	SI	SI	23	NO
11	22/01/2015	LA LIBERTAD	10:56	SI	11:04	SI	SI	8	NO
12	22/01/2015	CAJAMARCA	15:38	SI	15:46	SI	SI	8	NO
13	22/01/2015	LIMA	16:42	SI	16:55	SI	SI	13	NO
14	22/01/2015	LIMA	19:10	SI	19:44	SI	SI	34	NO
15	22/01/2015	LIMA	20:44	SI	20:50	SI	SI	6	NO
16	23/01/2015	LAMBAYEQUE	12:00	SI	12:08	SI	SI	8	NO
17	26/02/2015	LIMA	17:15	SI	17:32	SI	SI	17	NO
18	26/02/2015	LIMA	17:58	SI	18:41	NO	SI	43	NO
19	26/02/2015	LIMA	18:28	SI	18:40	NO	NO	12	NO
20	26/02/2015	CALLAO	18:30	SI	18:55	SI	SI	25	NO
21	26/02/2015	LIMA	18:55	SI	19:42	SI	SI	47	NO
22	02/03/2015	LIMA	17:47	SI	19:07	SI	SI	80	NO
23	05/03/2015	LIMA	15:14	SI	15:36	SI	SI	22	NO





En relación a lo anterior, cabe señalar que las acciones de supervisión a las que alude AMÉRICA MÓVIL como nueva prueba, se realizaron en el marco de la supervisión y análisis de infracciones diferentes a la que es materia del presente PAS, puesto que en el caso del expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS, se analizó el incumplimiento del artículo 107° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso⁷ (TUO de las Condiciones de Uso), en cuanto a la obligación de detallar información en un lugar visiblemente notorio y adyacente a la ubicación de teléfonos públicos; y en el caso de la acción de supervisión realizada el 23 de febrero de 2015, se verificó el cumplimiento del Reglamento de Cobertura.

De esta manera, no podría equipararse la forma y la metodología de las supervisiones realizadas en tales casos, con las que corresponden al presente PAS, al tratarse de supuestos de verificación diferentes, más aún si se considera que en virtud de lo previsto por el artículo 3° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades (LDFF) del OSIPTEL, así como el artículo 5° del Reglamento de Supervisión⁸, los planes de supervisión y métodos de trabajo son determinados por el órgano supervisor, sobre la base del Principio de Discrecionalidad⁹.

De otro lado, y conforme se ha indicado, considerando la naturaleza del recurso de reconsideración, no corresponde que esta Instancia efectúe un nuevo análisis de las actas de supervisión que sustentan la sanción impuesta, tal como pretende la empresa operadora, pues ello correspondería al trámite correspondiente a un recurso de apelación; más aún cuando según se ha desarrollado en el pronunciamiento de Gerencia General impugnado, en el presente caso, las actas de supervisión cumplen con los requisitos previstos en el Reglamento de Supervisión¹⁰; en ellas se ha adjuntado el respectivo ticket de arribo que determina la hora en que éste se entregó y están suscritas por los representantes de la empresa operadora.

En consecuencia, es posible concluir que las nuevas pruebas presentadas por AMÉRICA MÓVIL no desvirtúan la comisión de la infracción verificada en las acciones de supervisión realizadas por la GSF, que motivan la sanción impuesta en la resolución de Gerencia General impugnada, al haberse advertido que la empresa operadora incumplió con entregar las constancias de arribo a los usuarios de forma inmediata; con lo cual no cabría alguna reducción en el número de casos en los cuales se detectó el incumplimiento.

⁷ Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, norma vigente al momento de realizarse las supervisiones.

⁸ **Artículo 5°.-** Son principios que rigen las acciones de supervisión:

(...)

d. *Discrecionalidad.- en virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada para la consecución de los fines de la supervisión.*"

⁹ **Artículo 3.-** Principios de la supervisión

Las acciones de supervisión, que realice OSIPTEL, se rigen por los siguientes principios:

(...)

d. *Discrecionalidad.- En virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada.*"

¹⁰ Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones aprobado por Resolución N° 034-97-CD-OSIPTEL, norma vigente al momento de llevarse a cabo las acciones de supervisión.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



(iii) Informe N° 005-2005-INDECOPI/ST-CLC, de fecha 31 de enero de 2005, emitido por el Secretario Técnico de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI¹¹

Esta nueva prueba, a criterio de AMÉRICA MÓVIL, sustentaría el derecho a la no incriminación, el mismo que tiene como núcleo el derecho a que toda persona no sea responsable de las imputaciones que recaen en su contra por sus propias declaraciones, quedando expedito su derecho de defensa respecto a los fundamentos materiales y jurídicos sobre cuya base se construyen las imputaciones.

Así considera, AMÉRICA MÓVIL que si bien a través de la comunicación DMR/CE/N°1663/15 del 17 de agosto de 2015, atendió el requerimiento de información respecto de la hora de emisión de ocho (08)¹² tickets de arribo que se encontraban ilegibles; ello no convalida la insuficiencia probatoria causada por tal situación, considerando que la ilegibilidad de los tickets no es subsanable, y por tanto, no debieron ser considerados en la imposición de la sanción.

En esa línea, refiere la empresa operadora que la solicitud de información de la GSF confirmaría la ilegibilidad de los tickets de arribo, los cuales no permiten verificar el incumplimiento del artículo 9° del Reglamento de Calidad de atención a usuarios, pero al haberse considerado para sustentar la multa impuesta, se vulnera su derecho de defensa y el Principio de Licitud.

Refiere AMÉRICA MÓVIL que el requerimiento de información no es más que un intento de la GSF por provocar la autoincriminación respecto a lo que se supone debería haber conestado claramente en las actas y en los medios probatorios recabados durante las acciones de supervisión. Agrega que su comunicación absolviendo lo solicitado por la GSF se dio en virtud a un requerimiento cuyo incumplimiento le acarrearía una sanción administrativa.

Manifiesta dicha empresa operadora que la potestad sancionadora debe respetar las garantías del debido procedimiento, entre las cuales, se encuentran la presunción de inocencia y el Principio de Licitud; así, no se puede sustentar la imposición de la sanción únicamente en la declaración de parte del administrado, sino que debe considerarse adicionalmente la garantía a obtener la emisión de un acto administrativo motivado, garantizándose su derecho de defensa.

En relación a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, dicha empresa operadora alude a la nueva prueba, Informe N° 005-2005-INDECOPI/ST-CLC, en cuanto a los siguientes fundamentos contenidos en el mismo, referidos al derecho a la no autoincriminación:

89. En efecto, podría darse el caso de un acuerdo de cártel por el cual se inicia un procedimiento sancionador contra seis empresas cuando sólo participaron tres o cuatro de ellas, de modo que si sólo estas últimas presentan un compromiso de cese, las empresas que no participaron en la comisión de la infracción podrían demostrar en el marco del procedimiento principal que no formaron parte del acuerdo colusorio. A su vez, no debe perderse de vista que el derecho a la no autoincriminación tiene como núcleo esencial el derecho de cualquier persona de no reconocerse como responsable de las imputaciones hechas en su contra así como el poder defenderse de ellas y refutarlas en el marco de un debido procedimiento con todas las garantías que se establecen en la Constitución y las leyes.

¹¹ Instituto de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual

¹² Señala AMÉRICA MÓVIL que tales actas según el Informe de Supervisión, corresponden a los números 6, 7, 20, 21, 38, 51, 62 y 68.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

90. Bajo la línea de razonamiento antes descrita, la agencia de competencia no podría obligar a que todas las personas naturales y/o empresas involucradas en una práctica anticompetitiva presenten un compromiso de cese sobre los hechos denunciados o condicionar la aprobación de un compromiso de esta índole a la necesidad del reconocimiento conjunto y simultáneo de cada uno de los presuntos infractores.

Como es posible apreciar, de dicha nueva prueba, el Informe citado contiene el análisis de criterios que a consideración de Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, deberían ser utilizados por la autoridad de competencia (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI) para la evaluación de un compromiso de cese, y en particular el derecho del administrado a no ser inculcado en un procedimiento de libre competencia por el hecho de suscribir tal compromiso.

Cabe precisar que a diferencia del supuesto que motiva el análisis contenido en el Informe aludido, en el caso materia de PAS, la comunicación emitida por AMÉRICA MÓVIL DMR/CE/N°1663/15 del 17 de agosto de 2015, se dio en respuesta a un requerimiento de información en el marco de la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento de calidad de atención a usuarios, con la finalidad de determinar o no la comisión de la infracción, según las facultades de supervisión atribuidas a la GSF en el Reglamento de Supervisión¹³.

Asimismo, debe precisarse que la verificación de la comisión de la infracción por parte de AMÉRICA MÓVIL al no entregar las constancias de arribo de forma inmediata, se concluyó no solo con la información presentada por parte de dicha empresa operadora en la indicada comunicación DMR/CE/N°1663/15, en la cual atendió el requerimiento de información de la GSF respecto de la hora de emisión de los ocho (08) tickets de arribo; sino también con la constatación *in situ* del incumplimiento a través de las acciones de supervisión realizadas, las mismas que anexaron los correspondientes tickets de arribo, y cuya información contenida en los mismos coincidía con la información alcanzada por AMÉRICA MÓVIL en su comunicación.

Considerando lo indicado, y habiéndose acreditado la comisión de la infracción, AMÉRICA MÓVIL no alcanzó ningún medio de prueba adicional que permitiera desvirtuar las afirmaciones recogidas por el supervisor en las actas de supervisión, pues cuestionó únicamente la legibilidad de las actas, en relación a lo cual se pronunció esta Instancia en la resolución impugnada desestimando tal argumento.

En consecuencia, los criterios del derecho a la no inculcación y el análisis que sobre el particular se efectúa en el Informe alcanzado como nueva prueba, no pueden sustentar la vulneración del derecho de defensa y del Principio de Licitud, ni desvirtúan la comisión de la infracción sancionada.



¹³ El Reglamento de Supervisión señala lo siguiente:

Artículo 6.- La acción de supervisión tiene por objeto comprobar o acceder a la información necesaria para formar convicción sobre la comisión de una infracción o descartar tal situación, mediante la obtención de pruebas o la realización de inspecciones, verificaciones, auditorías o cualquier otra acción dispuesta por OSIPTEL.

(...)

Artículo 4.- La información a ser solicitada a las empresas operadoras dentro del marco de cualquier acción de supervisión regulada por el presente Reglamento, sólo será la relacionada con el objeto de la misma y comprenderá a toda aquella que permita formar convicción sobre la materia a supervisar.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Comisión Asesora
de Inversión y Negocios
Internacionales

OSIPTEL	FOLIOS
GG	326

(iv) Resolución N° 065-2016-CD/OSIPTEL, emitida por el Consejo Directivo del OSIPTEL el 26 de mayo de 2016, en el expediente N° 00045-2014-GG-GFS/PAS

En cuanto a esta nueva prueba, según refiere AMÉRICA MÓVIL, en tal pronunciamiento se reconoce que, en virtud del Principio de Razonabilidad, la aplicación de una sanción debe ser equivalente o proporcional al incumplimiento.

De esta manera, señala AMÉRICA MÓVIL, que la razonabilidad de la decisión debe verse reflejada en un adecuado análisis a fin de no perjudicar el derecho de defensa y motivación a favor del administrado.

Agrega que resulta desproporcionada la multa de 32 UIT impuesta, la misma que es mayor que la propuesta por la GSF a través de su Informe final de instrucción, considerando los mismos elementos de análisis, sin que se haya presentado un análisis distinto que permita conocer los elementos de juicio adicionales considerados para agravar la multa recomendada por la GSF.

En relación a la nueva prueba alcanzada por AMÉRICA MÓVIL, Resolución N° 065-2016-CD/OSIPTEL, ésta corresponde al procedimiento sancionador seguido contra otra empresa operadora, por una infracción diferente a la que es materia del presente PAS, es decir, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del artículo 12° de la misma norma, en cuanto al procedimiento establecido de desconocimiento de titularidad.

Cabe indicar, según se aprecia de la parte pertinente citada por la empresa operadora en relación a la mencionada Resolución N° 065-2016-CD/OSIPTEL, que ésta contiene un análisis general de los alcances del Principio de Razonabilidad, aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración conforme lo dispone el artículo 246° del TUO de la LPAG, como se aprecia a continuación:

El Principio de Razonabilidad, se encuentra establecido en el artículo 230° de la LPAG, el cual prescribe lo siguiente:

"Artículo 230°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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 deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;
- Las circunstancias de la comisión de la infracción;
- El beneficio ilegalmente obtenido; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

(...)"

De dicho dispositivo se desprende que la aplicación de una sanción, por tratarse de una afectación de derechos, debe ser equivalente o proporcional al incumplimiento objeto de sanción. Razón por la cual no puede ser tan diminuta que no alcance los efectos disuasivos que inspiraron a la norma, ni tan gravosa que rompa su correspondencia con la gravedad de la infracción. De tal forma que, con la finalidad de obtener esa debida proporción, la legislación exige a la autoridad administrativa considerar los elementos taxativamente





expuestos en la norma, a fin de imbuir a su decisión de la necesaria razonabilidad para su aplicación a cada caso concreto ⁽¹⁴⁾.

Es por ello que, para la determinación de la sanción, se ha tenido en cuenta, entre otros aspectos, la naturaleza y gravedad de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción y el comportamiento posterior del sancionado, tal como se especifica en el numeral 2, rubro II de los considerandos de la Resolución materia de impugnación.

Asimismo, la aplicación de dicho Principio en el mencionado pronunciamiento, considera las circunstancias particulares del caso ¹⁵, las cuales determinan la decisión en relación a la sanción impuesta en el mismo. Con lo cual, la sola invocación de tal pronunciamiento por parte AMÉRICA MÓVIL, no resulta pertinente para concluir que en virtud a ello correspondería variar la sanción impuesta en el presente PAS, considerando la evaluación de circunstancias diferentes que conllevaron la determinación de la multa materia de impugnación.

En efecto, en el presente PAS consideró particularidades distintas, como las circunstancias específicas que se produjeron en este caso, las mismas que estuvieron relacionadas con el hecho que previamente a la detección de los incumplimientos se exhortó a AMÉRICA MÓVIL al cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9° del Reglamento de Calidad de atención a usuarios, a través de las comunicaciones C.864-GFS/2014 notificada el 28 de abril de 2014 y C.1420-GFS/2014 notificada el 09 de julio de 2014; entre otros.

De otro lado, en cuanto a la recomendación de la sanción formulada por la GSF ¹⁶ en su Informe final de instrucción, cabe precisar que siendo dicha gerencia únicamente el órgano supervisor e instructor del procedimiento sancionador, tal opinión no resulta vinculante para el órgano resolutor, toda vez que compete a la Gerencia General ¹⁷ evaluar y determinar la comisión de la infracción, así como la imposición de la sanción.

(14) MORON URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: Gaceta Jurídica, 2009. 8va. ed., Pág. 691-701.

¹⁵ Así tal pronunciamiento señala lo siguiente:

De lo expuesto, se verifica que, en el caso sub-análisis, la administración ha tenido en cuenta las circunstancias en las que fueron cometidas las infracciones; así como, las acciones realizadas por ENTEL, con la finalidad de superarlas. Siendo el caso que estas últimas han sido relevantes al momento de la determinación, pues han llevado a que finalmente se fije una multa de cincuenta y un (51) UIT, vale decir, la menos gravosa que puede aplicarse a una infracción de tipo grave ⁽¹⁵⁾.

¹⁶ De conformidad con lo dispuesto por el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL (ROF), aprobado por Resolución N° 032-2002-CD/OSIPTEL y sus modificatorias:

• **Gerencia Supervisión y Fiscalización**

Artículo 40°.- Funciones

- Desarrollar e implementar las acciones de monitoreo y prevención, destinadas a promover el cumplimiento de la normativa vigente.
- Conducir el proceso de control y supervisión respecto del cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales a cargo de las empresas operadoras o de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional, para cuyo efecto podrá contar con el apoyo de otras Gerencias o Unidades Orgánicas, las mismas que pueden considerar acciones de supervisión preventivas.
(...)
- Iniciar y conducir la etapa instructiva de procedimientos administrativos sancionadores.
- Proponer la imposición de medidas correctivas y las sanciones que correspondan imponer a las empresas operadoras y a quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.

¹⁷ Así el mencionado ROF señala:

• **Gerencia General**

Artículo 12°.- Funciones

(...)

- Resolver en primera instancia los casos y controversias que le correspondan según las leyes y reglamentos.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL	FOLIOS
GG	327

En atención a lo indicado, el análisis de razonabilidad contenido en la nueva prueba ofrecida por AMÉRICA MÓVIL no resulta suficiente para eximirla de responsabilidad en la comisión de la infracción o para modificar la sanción impuesta.

(v) Resolución de Gerencia General N° 437-2016-GG/OSIPTEL, emitida el 09 de agosto de 2016

AMÉRICA MÓVIL se refiere a tal resolución, puesto que en la misma se multó con veinte (20) UIT a la empresa operadora Telefónica Móviles S.A. por la comisión de la infracción leve ante el incumplimiento del artículo 9° del Reglamento de calidad de atención a usuarios, de manera similar al presente PAS, debido a que en dieciséis (16) casos no habría entregado constancia de arribo, en siete (7) casos la entregó de forma incompleta (sin fecha u hora), y en doce (12) casos no la entregó.

Refiere dicha empresa operadora que en el caso del presente PAS la resolución de Gerencia General impugnada la sanciona con treinta y dos (32) UIT debido a que en siete (7) acciones de supervisión no entregó constancia de arribo; en tres (03) casos no consignó en las actas de supervisión la fecha u hora de arribo; y en veintitrés (23) casos no entregó las constancias de forma inmediata.

De acuerdo a lo anterior, señala AMÉRICA MÓVIL que la multa impuesta en la resolución de Gerencia General impugnada vulnera los Principios de Razonabilidad y de Igualdad e Imparcialidad, toda vez que resulta mucho más gravosa que la impuesta a otra empresa operadora en un procedimiento sancionador similar.

Refiere dicha empresa operadora que la resolución impugnada la sanciona con una multa que es superior en más del 60% de aquella impuesta a Telefónica Móviles S.A., lo que demuestra la desproporcionada cuantía de la multa impuesta en su contra, sin que exista sustento, al tratarse de un nivel de incumplimiento similar, dado que en su caso se le imputó treinta y tres (33) casos y en el otro treinta y cinco (35) casos; debiendo considerarse que el impacto del incumplimiento de AMÉRICA MÓVIL es menor al de la otra empresa operadora, puesto que posee una cuota de mercado menor.

Así, señala AMÉRICA MÓVIL que ha sido objeto de un trato diferenciado e injustificado, puesto que el OSIPTEL en ejercicio de sus facultades discrecionales la ha sancionado con una multa mayor en doce (12) UIT frente a lo resuelto en un PAS análogo a los actuados, seguido contra otra empresa operadora, vulnerándose el Principio de Razonabilidad previsto en el artículo IV. numeral 1.4 del TUO de la LPAG, al no existir una ponderación proporcional respecto a la cuantía de la sanción impuesta frente a su incumplimiento.

Solicita finalmente dicha empresa operadora, que se proceda a la adecuación de la multa impuesta en la resolución impugnada, revocándose la resolución de Gerencia General impugnada, determinando un nuevo monto de la multa impuesta, o se proceda a la imposición de una sanción de Amonestación, conforme lo faculta el artículo 25.5 de la LDFF.

En relación a los argumentos de AMÉRICA MÓVIL, ésta se limita a cuestionar el monto de la multa impuesta, no obstante, dicho desacuerdo no implica que la sanción se haya emitido vulnerando el Principio de Razonabilidad.





Así, resulta necesario precisar que el monto de la multa impuesta en el presente PAS deviene de la evaluación en conjunto de todos los criterios mencionados en el pronunciamiento de la Gerencia General impugnado, los mismos que son acordes a lo dispuesto por en el artículo 30^{o18} de LDFP y el Principio de Razonabilidad previsto en el artículo 246^{o19} del TUO de la LPAG.

De esta manera, tales criterios de evaluación se aplican a las circunstancias de cada caso en particular, las mismas que difieren en el presente PAS, de las evaluadas en el expediente N° 00074-2014-GG-GFS/PAS que dio lugar a la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 437-2016-GG/OSIPTEL; no pudiendo pretenderse que el monto de la multa o la sanción se determine únicamente por el número de incumplimientos detectados, no obstante lo referido por AMÉRICA MÓVIL.

En efecto, debe considerarse que el monto de la multa considera la proporción de los incumplimientos en relación a la totalidad de acciones de supervisión realizadas, así como las circunstancias en las que se dieron tales incumplimientos, la conducta posterior de la empresa operadora, entre otros, que fueron analizados en el pronunciamiento impugnado.

En consecuencia, conforme a todos los elementos evaluados, esta Instancia determina que no correspondería la variación del monto de la multa impuesta por treinta y dos (32) UIT, puesto que si AMÉRICA MÓVIL no se encontrase de acuerdo con la misma, el recurso de reconsideración no es la vía idónea para que se revisen los criterios de graduación que fueron evaluados en primera instancia para determinar la sanción cuestionada por la empresa operadora.

Por todo lo anteriormente señalado, de la revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta que las nuevas pruebas ofrecidas por AMÉRICA MÓVIL en su recurso no desvirtúan los fundamentos que sustentaron la emisión de la Resolución de Gerencia

¹⁸ **Artículo 30.-** Gradación de la multa Para la gradación de la multa a imponerse se tomará en cuenta los siguientes criterios:

- Naturaleza y gravedad de la infracción.
- Daño causado.
- Reincidencia.
- Capacidad económica del sancionado.
- Comportamiento posterior del sancionado, especialmente la disposición para reparar el daño o mitigar sus efectos.
- El beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción.

¹⁹ **Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

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;
- 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.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.(...)





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

OSIPTEL	FOLIOS
GG	398

General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL, no podría ampararse el recurso de reconsideración interpuesto.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración presentado por América Móvil Perú S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL; en consecuencia, **CONFIRMAR** la misma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por: CIFUENTES
CASTAÑEDA Sergio Enrique
(FAU20216072155)

SERGIO ENRIQUE. CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL (E)



