RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00032-2018-GG/OSIPTEL

Lima, **16 de febrero de 2018**

EXPEDIENTE Nº	:	**0022-2016-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 11 de diciembre de 2017, contra la Resolución de Gerencia General Nº 00260-2017-GG/OSIPTEL. Al respecto, cabe indicar lo siguiente:

CONSIDERANDO:

1. Mediante Informe de Supervisión Nº 000231-GFS/2016, emitido el 01 de abril de 2016 (Informe de Supervisión) en el expediente N° 00285-2015-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la entonces Gerencia de Fiscalización y Supervisión (hoy GSF)[1] consignó el resultado de la verificación a AMÉRICA MÓVIL respecto del cumplimiento de los artículos 6º y 17º del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL (TUO de Condiciones de Uso), respecto del Plan Conexión que se suscribe en el mismo acto que se contrata la campaña "Regresa a casa", cuyas conclusiones fueron las siguientes:

   VI. CONCLUSIONES

   79. AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., habría transgredido lo dispuesto por el artículo 6° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, cuyo incumplimiento constituye infracción grave, de acuerdo a lo tipificado por el artículo 3° del Anexo 5 de dicha norma; por lo que corresponde que la Gerencia de Fiscalización y Supervisión inicie un ***Procedimiento Administrativo Sancionador.***

   80. AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., habría transgredido lo dispuesto por el artículo 17° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, cuyo incumplimiento constituye infracción leve, de acuerdo a lo tipificado por el artículo 2° del Anexo 5 de dicha norma; por lo que corresponde que la Gerencia de Fiscalización y Supervisión inicie un ***Procedimiento Administrativo Sancionador.*** *(...)*

2. La GSF mediante carta Nº C.00760-GFS/2016, notificada con fecha 04 de abril de 2016, comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 2° y 3° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso por cuanto habría incumplido lo dispuesto por los artículos 6° y 17° de la referida norma.

OSIPTEL G.G./PIA M. OROZCO

OSIPTEL G.G./PIA M. ORTIZ

[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 (OSIPTEL), publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 17 de abril de 2017.

3. AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos (Descargos) a través de la carta presentada el 16 de mayo de 2016.

4. Mediante Informe N° 00134-GFS/2017 notificado a AMÉRICA MÓVIL el 21 de junio de 2017, la GSF complementó el Informe de Supervisión, en cuanto a la revisión actualizada de la información de abonados portados a dicha empresa operadora.

5. Mediante el Informe N° 00098-GSF/2017 (Informe final de instrucción) de fecha 05 de julio de 2017, la GSF remitió el análisis de los Descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL, el mismo que fue notificado a AMÉRICA MÓVIL el 03 de octubre de 2017, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.

6. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00260-2017-GG/OSIPTEL, notificada el 17 de noviembre de 2017, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

   Artículo 1°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. con CIENTO VEINTISIETE PUNTO CINCO (127.5) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al haber incumplido con lo dispuesto por el artículo 6° de la citada norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

   Artículo 2°.- MULTAR a la empresa AMÉRICA MÓVIL S.A.C. con una multa de OCHO PUNTO CINCO (8.5) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al haber incumplido con lo dispuesto por el artículo 17° de la citada norma; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

7. Mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 2017, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00260-2017-GG/OSIPTEL.

I. 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° 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.

3. 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

sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos (...)[2]
(Sin subrayado en el original)

4. De la revisión del recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido.

5. Al respecto, AMÉRICA MÓVIL considera que esta instancia debe revocar la Resolución N° 00260-2017-GG/OSIPTEL, teniendo en consideración los siguientes documentos que alcanza como nueva prueba:

   a) Carta N° DMR/CE/N°1910/17 de fecha 06 de octubre de 2017 dirigido a la Gerencia General, en la cual se pone en conocimiento la morosidad de los usuarios de AMÉRICA MÓVIL que portaron a la empresa operadora Entel del Perú S.A. (ENTEL).

   b) Informe Legal del Doctor Mario Castillo Freyre de fecha 02 de mayo de 2016, en el cual se pronuncia respecto de la naturaleza civil del Acuerdo suscrito con la Promoción "Bono Regreso a Casa" (el ACUERDO).

   c) Informe N° 110-PIA/2017 de fecha 02 de octubre de 2017, en el cual se desarrolla aspectos relacionados con la carga de la prueba en el procedimiento sancionador.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

3.1 Respecto del incumplimiento del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso

Cabe señalar que a lo largo de su recurso de reconsideración AMÉRICA MÓVIL se refiere a la naturaleza del Acuerdo "Bono Regresa a casa" reiterando los argumentos expuestos en sus Descargos, en cuanto a que se trataría de un contrato civil que no recortaba la libertad de decidir de sus clientes ni sus derechos, sino que establecía los términos y condiciones necesarios para conservar dicho beneficio pecuniario, sin regular la prestación del servicio de telecomunicaciones, no resultándole aplicable las disposiciones previstas en el TUO de las Condiciones de Uso.

Como sustento de sus afirmaciones, dicha empresa operadora alcanza como nueva prueba el **Informe Legal del Doctor Mario Castillo Freyre de fecha 02 de mayo de 2016** (el INFORME) el mismo que desarrolla una opinión sobre la naturaleza del ACUERDO y en atención a ello, considera que éste constituye un acuerdo civil distinto a la prestación del servicio regulado por el TUO de las Condiciones de Uso, y no se contrapone el marco regulatorio.

Menciona AMÉRICA MÓVIL que la razón de ser de la campaña "Regresa a casa" tenía por finalidad otorgar un beneficio pecuniario y no la de brindar un servicio público; con lo cual considerar que un acuerdo de naturaleza civil sea parte de un contrato de abonado, no tendría sustento en nuestro marco normativo vulnerándose así el Principio de Legalidad.

Agrega que, de igual forma, se atenta contra los Principios de Predictibilidad y Confianza Legítima, puesto que se restan las probabilidades de predecir la conducta de la Administración al supervisar acuerdos de naturaleza civil suscritos por las partes.

OSIPTEL GG-PIA M. OROZCO

OSIPTEL G.G.-PIA M. ORTIZ

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

AMÉRICA MÓVIL alude también a la imputación del incumplimiento del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso, señalando que se confunde el marco legal aplicable al ACUERDO y al contrato de abonado, pese a que tienen diferente naturaleza, tal y como se señala en el INFORME; vulnerándose el Principio de Tipicidad, puesto que el texto de la norma supuestamente incumplida no se ajusta a la conducta realizada, considerando que dicha norma está referida a la información básica que debe ser proporcionada durante la contratación de un servicio público de telecomunicaciones, sin embargo, el presente caso se trataría de la suscripción de un acuerdo civil.

Al respecto cabe señalar que a través de la resolución impugnada la Gerencia General se pronunció en relación a la naturaleza del ACUERDO, y concluyó el incumplimiento del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso, al no haberse brindado información veraz, detallada y precisa en relación al plazo de la contratación, según lo previsto en el TUO de las Condiciones de Uso.

Con lo cual, no corresponde emitir pronunciamiento sobre este aspecto en particular, puesto que conforme se ha indicado, a través de un recurso de reconsideración *no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos;* teniendo en cuenta que, aun cuando AMÉRICA MÓVIL aluda a que se han vulnerado los Principios de Legalidad, Predictibilidad, Confianza Legítima y Tipicidad, lo hace reiterando argumentos contenidos en sus Descargos y cuestionando lo resuelto por la Gerencia General, sobre la base de una nueva argumentación jurídica contenida en el INFORME que alcanza como nueva prueba.

De otro lado, sobre la base de la **Carta N° DMR/CE/N°1910/17 de fecha 06 de octubre de 2017** que alcanza como nueva prueba, AMÉRICA MÓVIL señala su desacuerdo con el Informe N° 0132-PIA/2017[3] y la resolución impugnada, en cuanto a que el ACUERDO favorecería la generación de deudas y morosidad en perjuicio de las empresas operadoras cedentes.

Señala dicha empresa operadora, que debe considerarse que en tal comunicación, dio cuenta a la Gerencia General sobre la existencia de morosidad en los escenarios de portabilidad, y los daños reales y probados que le vendría ocasionando ENTEL al incumplir la obligación de suspensión establecida en la Resolución N° 166-2013-CD/OSIPTEL.

En relación a lo anterior, se aprecia de la comunicación alcanzada como nueva prueba, que en ella AMÉRICA MÓVIL se refiere al proceso de portabilidad, reiterando su solicitud a la Gerencia General para que se adopten las acciones correctivas y/o coercitivas para que se atienda su solicitud de suspensión de líneas móviles portadas que mantienen deuda pendiente con dicha empresa operadora.

Como es posible apreciar, la nueva prueba alcanzada por AMÉRICA MÓVIL no permite desvirtuar la comisión de la infracción por el incumplimiento del artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso, ni podría aportar información relevante que pudiera ser considerada para reducir la sanción impuesta, máxime si como se advierte de la Resolución N° 00260-2017-GG/OSIPTEL, en tal pronunciamiento, la Gerencia General señaló que la circunstancia alegada por dicha empresa operadora -generación de deudas y morosidad en virtud del ACUERDO- no sería considerada en el análisis del presente PAS; tal y como se advierte a continuación:

"(...)

[3] El mismo que forma parte de la resolución de Gerencia General impugnada.

Así, de la evaluación de la información presentada por tales empresas operadoras -no sólo ENTEL- en el Informe N° 00134-GFS/2016 notificado a AMÉRICA MÓVIL el 21 de junio de 2017, la GFS concluyó que en el caso de ENTEL, de los 80 usuarios que se portaron a AMÉRICA MÓVIL 19 mantienen deuda30 pendiente por S/.8903.38; y en el caso de Telefónica del Perú S.A.A., de los 171 usuarios que se portaron, 9 mantienen deuda pendiente por S/.333.51; de otro lado, en el caso de BITEL, ninguno de los 7 usuarios que portaron mantiene deuda pendiente.

Sobre el particular, si bien AMÉRICA MÓVIL no puede ser considerada responsable por las decisiones de consumo de los abonados que deciden portarse, generando una condición de deuda o morosidad en perjuicio del operador cedente; no puede ser desconocido que los términos ofrecidos en el Acuerdo podría favorecer tal situación.

No obstante, en la medida que no se cuenta con mayores elementos de juicio que permitan afirmar una relación de causa - efecto entre la portabilidad realizada por los usuarios -con el consiguiente beneficio económico otorgado por el bono de la promoción "Regresa a Casa"- y la deuda generada con el operador cedente, tal circunstancia no será considerada en el análisis del presente PAS." (Sin subrayado en el original)

Siendo así, en la medida que el argumento que señala AMÉRICA MÓVIL no fue considerado para la determinación de la comisión de la infracción, o en la graduación de la sanción impuesta, resulta irrelevante la nueva prueba presentada.

3.2 Respecto del incumplimiento del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso

Al igual que en el punto anterior, AMÉRICA MÓVIL se refiere al INFORME, y reitera, según considera, la naturaleza civil del ACUERDO, y alude a que se contraviene el Principio de Tipicidad, puesto que no se podría incumplir el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, al no tratase de un contrato de abonado en el cual se regulen las condiciones inherentes al servicio de telecomunicaciones.

AMÉRICA MÓVIL alude como nueva prueba al **Informe N° 110-PIA/2017 de fecha 02 de octubre de 2017**, en el cual la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General reconoce que en una acción punitiva la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen infracción administrativa y al administrado los hechos que pueden resultar excluyentes de responsabilidad y de ser el caso los atenuantes.

En base a la nueva prueba, dicha empresa operadora afirma que considerando que durante el desarrollo del presente PAS no se ha probado que el ACUERDO sea un contrato de abonado, por lo tanto, no se ha probado el incumplimiento del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso.

Agrega que pese a que en el presente caso no existe afectación al derecho de portabilidad, y que no se ha probado durante el trámite del PAS la existencia de un riesgo de posible afectación; en la resolución impugnada se han efectuado especulaciones y afirmaciones sin el debido sustento en los hechos, como afirmar la posible afectación al proceso competitivo.

Al respecto, cabe señalar que en el punto anterior se ha hecho alusión a la disconformidad de AMÉRICA MÓVIL sobre la naturaleza del ACUERDO según lo determinado por la Gerencia General en la resolución impugnada, lo cual –tal y como se ha indicado- no será materia de análisis o pronunciamiento por parte de la Gerencia General.

OSIPTEL G.G.PIA M. OROZCO

OSIPTEL G.G.PIA M. ORTIZ

De otro lado, en cuanto a la nueva prueba alcanzada por dicha empresa operadora, se aprecia que lo señalado en dicho Informe N° 110-PIA/2017 no constituye un criterio interpretativo, sino la alusión a un Principio rector de la facultada punitiva de la Administración, tal es el Principio de Presunción de Licitud previsto en el numeral 9 del artículo 246° del TUO de la LPAG, en virtud del cual la Autoridad administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario (Presunción de Inocencia).

Asimismo, tal y como reconoce AMÉRICA MÓVIL, frente a lo señalado, no debe perderse de vista que corresponde al administrado probar los hechos que puedan resultar excluyentes de responsabilidad, y de ser el caso, los atenuantes; así como la acreditación de la diligencia debida, de los elementos cognoscitivos o volitivos que determinen la falta de voluntariedad del infractor o de los hechos impeditivos o extintivos que lo exoneren de responsabilidad.

Al respecto, conforme se analizó en el pronunciamiento de la Gerencia General impugnado, en el presente caso se acreditó el incumplimiento de AMÉRICA MÓVIL de lo dispuesto por el artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, puesto que dicha empresa operadora no remitió el ACUERDO con la finalidad que sea revisado y aprobado por el OSIPTEL de manera previa a su comercialización.

Cabe indicar que ni en sus Descargos, ni a través de la nueva prueba presentada en el recurso de reconsideración dicha empresa operadora ha acreditado circunstancia alguna que pueda exonerarla de responsabilidad, o atenuar la sanción impuesta; con lo cual, no se vulnera el Principio de Licitud.

En orden a lo señalado, sobre las posibles consecuencias de la suscripción del ACUERDO -en relación a la posible afectación del proceso competitivo y de portabilidad, así como las limitaciones a los derechos de los abonados- como se ha indicado, tales circunstancias únicamente reflejan la relevancia de que el ACUERDO fuera puesto en conocimiento del OSIPTEL para su aprobación previa a la comercialización de la campaña "Regresa a Casa" aplicable a los Planes Conexión.

Siendo así, las mismas no determinan la configuración de la infracción, debiendo tenerse en cuenta que es en la etapa del análisis de los contratos por la GPSU en la cual se determina la validez de los acuerdos, y si estos contienen disposiciones que ocasionan un desequilibrio importante e injustificado en perjuicio de los abonados.

Finalmente, en cuanto al error de origen alegado por AMÉRICA MÓVIL, en la medida que en esta parte de su recurso dicha empresa operadora reitera sus argumentos relacionados con la naturaleza del ACUERDO, no corresponde el pronunciamiento de la Gerencia General en este extremo.

Por todo lo anteriormente señalado, teniendo en cuenta que las nuevas pruebas ofrecidas por AMÉRICA MÓVIL no desvirtúan los fundamentos que sustentaron la emisión de la Resolución de Gerencia General Nº 00260-2017-GG/OSIPTEL; en consecuencia, no corresponde amparar el recurso de reconsideración interpuesto.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 006-2017-JUS;

SE RESUELVE:

OSIPTEL | FOLIOS
G.G. | 163

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C** contra la Resolución de Gerencia General N° 00260-2017-GG/OSIPTEL; y en consecuencia, CONFIRMAR la misma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL G.G.-PIA M. ORTIZ