

<b>A</b>	:	<b>RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO</b>
<b>CC</b>	:	<b>GUSTAVO RICARDO VILLEGAS DEL SOLAR ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 252-2023-GG/OSIPTEL</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>Expediente N° 086-2022-GG-DFI/PAS</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>10 de octubre de 2023</b>

	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>
<b>ELABORADO POR:</b>	ANALISTA LEGAL	ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO
<b>REVISADO Y APROBADO POR:</b>	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	CARLOS LEONIDAS GILES PONCE



**I. OBJETO**

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 252-2023-GG/OSIPTEL, que declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración presentado contra la Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL, la cual sancionó a dicha empresa con: (i) una multa de 40 UIT, al no haber hecho efectiva la migración a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud de los abonados en un total de 602 051 casos, (ii) una multa de 120 UIT, al no haber ejecutado las solicitudes de baja dentro del plazo previsto en un total de 5 573 casos; y (ii) una multa de 124,5 UIT, por haber entregado información incompleta que fue requerida mediante las cartas N° 351-DFI/2022 y N° 751-DFI/2022. Dichas sanciones son respecto al período de evaluación comprendido entre el 1 de julio y el 3 de octubre de 2021.

**II. ANTECEDENTES**

- 2.1 Mediante la carta N° 1586-DFI/2022 notificada el 7 de julio de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado lo siguiente:

Norma Incumplida		Tipificación	Conducta	Calificación
Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones <sup>1</sup> (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso)	Tercer párrafo del artículo 63	Artículo 2 del Anexo 5	No hacer efectivas las solicitudes de migración de plan tarifario, a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud, en un total de 602 051 casos.	Leve
	Numeral i) del artículo 76	Artículo 3 del Anexo 5	No haber ejecutado las solicitudes de baja dentro de los 5 días hábiles, en un total de 5 573 casos.	Grave

- 2.2 El 1 de agosto de 2022, luego de otorgársele una ampliación de plazo, con escrito S/N, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.
- 2.3 Con fecha 9 de agosto de 2022, la DFI mediante la carta N° 1885-DFI/2022 dispuso la ampliación de la relación de artículos que califican las posibles infracciones administrativas en virtud de las cuales se inició el presente PAS imputando, además, lo siguiente:

Norma Incumplida		Tipificación	Conducta	Calificación
Reglamento General de Infracciones y Sanciones <sup>2</sup> (en adelante RGIS)	Literal a) del artículo 7	Literal a) del artículo 7	Haber entregado información incompleta que fue requerida mediante las cartas N° 351-DFI/2022 y N° 751-DFI/2022.	Grave

- 2.4 El 23 de agosto de 2022, luego de otorgársele una ampliación de plazo, con escrito S/N, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos en atención a la imputación de cargos formulada con las cartas N° 1586-DFI/2022 y N° 1885-DFI/2022.
- 2.5 Mediante carta N° 073-GG/2023, notificada el 25 de enero de 2023, la Gerencia General trasladó a AMÉRICA MÓVIL el Informe N° 012-DFI/2023 (en adelante, Informe Final de

<sup>1</sup> Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL.

<sup>2</sup> El Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.



Instrucción) siendo que, en dicha oportunidad, la empresa operadora no remitió los descargos correspondientes.

- 2.6 Posteriormente, a través de la Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 5 de abril de 2023, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Norma Incumplida		Conducta	Multa
TUO de las Condiciones de Uso	Tercer párrafo del artículo 63	No hacer efectivas las solicitudes de migración de plan tarifario, a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud, en un total de 602 051 casos.	40 UIT
	Numeral i) del artículo 76	No haber ejecutado las solicitudes de baja dentro de los 5 días hábiles, en un total de 5 573 casos.	120 UIT
RGIS	Literal a) del artículo 7	Haber entregado información incompleta que fue requerida mediante las cartas N° 351-DFI/2022 y N° 751-DFI/2022.	124,5 UIT

- 2.7 El 28 de abril de 2023, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL, el cual fue declarado fundado en parte a través de la Resolución N° 252-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 20 de julio de 2023, en tanto dispuso el archivo de un total de 1 065 casos imputados por el incumplimiento del numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso confirmándose, a la vez, los demás extremos de la citada Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL.
- 2.8 El 14 de agosto de 2023, mediante la carta N° DMR-CE-2327-23, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 252-2023-GG/OSIPTEL.
- 2.9 Mediante Memorando N° 1055-OAJ/2023 de fecha 29 de agosto de 2023, esta Oficina solicitó a la DFI la evaluación de los medios probatorios presentados por AMÉRICA MÓVIL en su Recurso de Apelación, pedido que fue atendido con Memorando N° 1429-DFI/2023 de fecha 11 de setiembre de 2023.

### III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG)<sup>3</sup>, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

AMÉRICA MÓVIL sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1 Se habría desestimado parte de los medios probatorios remitidos en su Recurso de Reconsideración en base a un criterio que carece de base legal.
- 4.2 Se habría transgredido los Principios de Debido Procedimiento y Tipicidad al haber sido sancionada por incumplir las obligaciones contenidas en el tercer párrafo del artículo 63 y en el numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, sin que los hechos imputados se subsuman en el tipo infractor.

<sup>3</sup> Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y modificatorias.



- 4.3 Se habría configurado un supuesto de insuficiencia probatoria respecto de los presuntos incumplimientos del literal i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso y el literal a) del artículo 7 del RGIS.
- 4.4 Se habría vulnerado el Principio de Legalidad, en tanto la empresa operadora se encontraba habilitada normativamente para hacer efectivas las migraciones en el plazo más breve posible pues –a su entender- el numeral 4 del artículo primero de la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL se encontraba plenamente vigente al no haber sido inaplicado por la Resolución N° 042-2020-PD/OSIPTEL o derogado posteriormente.

## V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de AMÉRICA MÓVIL, esta Oficina considera lo siguiente:

### 5.1 Sobre los medios probatorios en el Recurso de Reconsideración.

AMÉRICA MÓVIL señala que la Primera Instancia ha desestimado parte de los medios probatorios remitidos en su Recurso de Reconsideración en calidad de nueva previa, en base a un criterio que carecería de base legal.

Agrega que, el segundo párrafo de la Resolución N° 053-2022-CD/OSIPTEL citado por la Gerencia General, no ha sido recogido en el precedente de observancia obligatoria, por lo que no debió excluirse de plano las resoluciones y otros pronunciamientos ofrecidos como nueva prueba (Resoluciones N° 079-2019-GG/OSIPTEL y N° 024-2022-CD/OSIPTEL). Asimismo, dicha empresa operadora señala que se ha rechazado la carta N° 614-DFI/2022 como medio probatorio ofrecido solo por corresponder a otro periodo evaluado, pese a tratarse de la misma materia imputada.

Finalmente, AMÉRICA MÓVIL refiere que la Gerencia General debió apartarse del criterio establecido en el precedente de observancia obligatoria por ser manifiestamente ilegal – al crear restricciones no contempladas en el artículo 219 del TUO de la LPAG, el cual –a su entender- sería excesivamente discrecional y restrictivo, afectando el Principio de Informalismo, así como su derecho de contradicción.

Sobre el particular, conforme a lo dispuesto en el artículo 219<sup>4</sup> del TUO de la LPAG, el Recurso de Reconsideración exige la presentación de una nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado. Ciertamente, conforme al precedente de observancia obligatoria, emitido a través de la Resolución N° 169-2022-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo señaló lo siguiente:

*“Los 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, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración”.*  
(Subrayado agregado)

<sup>4</sup> **“Artículo 219.- Recurso de reconsideración**

*El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.”*



Siendo ello así, el Recurso de Reconsideración está orientado a evaluar hechos nuevos acreditados en pruebas nuevas que no hayan sido analizadas anteriormente y, por tanto, no resultan pertinentes como nueva prueba los documentos que pretendan cuestionar argumentos sobre los hechos materia de controversia que ya han sido evaluados por la autoridad, dado que no se refieren a un nuevo hecho sino a una discrepancia con el pronunciamiento, tales como resoluciones, sentencias, pronunciamientos, entre otros, conforme a lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 053-2022-CD/OSIPTEL.

Es así que, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora, el criterio adoptado por el Osiptel no contraviene lo establecido en el TUO de la LPAG, sino que es acorde con la *ratio legis* de dicha norma, que exige la presentación de un medio probatorio que revista la condición de un nuevo hecho tangible con expresión material, que no haya sido evaluado con anterioridad, y que amerite la revisión del pronunciamiento anteriormente emitido<sup>5</sup>.

En tal sentido, la Primera Instancia a través de la Resolución N° 252-2023-GG/OSIPTEL desestimó como nueva prueba parte de los medios probatorios presentados por AMÉRICA MÓVIL en la medida que no aportaba nuevos hechos, limitándose a discrepar con el pronunciamiento contenido en la resolución de sanción (Resoluciones N° 079-2019-GG/OSIPTEL y N° 024-2022-CD/OSIPTEL); lo cual no se condice con la naturaleza del recurso de reconsideración previsto en el artículo 219 del TUO de la LPAG.

De otro, con relación a la carta N° 614-DFI/2022, esta se encuentra vinculada a la supervisión del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso contenida en el Expediente de Supervisión N° 0058-2022-DFI respecto a un periodo distinto al analizado en el presente PAS, no teniendo ninguna relación con los hechos del caso más allá que la similitud en la conducta imputada, razón por la cual no puede ser considerada como nueva prueba.

Finalmente, sobre la presunta afectación al Principio de Informalismo y al derecho de contradicción, estos tampoco se han visto afectados, en tanto no se ha limitado el derecho de AMÉRICA MÓVIL de contradecir la resolución impugnada; por el contrario, la empresa operadora ha interpuesto un Recurso de Apelación en el cual ha citado los medios probatorios anteriormente citados, los cuales serán analizados por la instancia oportuna, de acuerdo a la naturaleza del recurso administrativo correspondiente.

Por lo tanto, corresponde desestimar los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo de su Recurso de Apelación.

## 5.2 Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Debido Procedimiento y Tipicidad

AMÉRICA MÓVIL alega que se habría vulnerado el Principio de Debido Procedimiento y Tipicidad, al confirmar la sanción por los presuntos incumplimientos del tercer párrafo del artículo 63, así como del numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, a pesar de que los hechos verificados no se subsumirían en el tipo infractor.

### i) Sobre el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso

La empresa operadora refiere que la DFI habría verificado únicamente la fecha de ejecución de la migración (fecha operativa en sus sistemas) en lugar de su fecha efectiva (fecha en que la migración se efectiviza o surte efectos), conforme a lo establecido en el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso.

<sup>5</sup> MORON URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II. Decimocuarta edición. Lima, 2019. Gaceta Jurídica, p. 216-217.



Asimismo, argumenta que dicha disposición sí hace distinción entre ambos términos y que, contrariamente a lo señalado por la Primera Instancia, sí es relevante la fecha de facturación del servicio, en tanto esta responde al día de inicio del ciclo de facturación inmediato posterior en el cual debe hacerse efectiva la migración solicitada, evitando así prorratesos en el recibo.

En dicho marco, adjunta como medio probatorio<sup>6</sup> un documento en el cual se acreditaría que, en diversos casos imputados, la fecha de ejecución de la migración no se condice con la fecha de “efectivización” de la misma, puesto que la facturación del servicio recién se inicia al inicio del ciclo inmediato posterior.

Sobre el particular, cabe señalar que, el Informe de Supervisión N° 131-DFI/SDF/2022 – vinculado al presente PAS- ha efectuado un análisis conforme con lo establecido en la norma<sup>7</sup>, la cual no establece ninguna diferencia entre la fecha de ejecución de la migración y la fecha efectiva de la migración. En tal sentido, en línea con lo señalado por la Primera Instancia en la resolución impugnada, la interpretación realizada por la empresa operadora respecto de la “fecha efectiva de la migración” resultaría forzada, al tratar de separar en dos eventos diferentes la ejecución efectiva de la migración, de acuerdo a lo que establece el TUO de las Condiciones de Uso.

Así, si bien -como ha señalado AMÉRICA MÓVIL- la ejecución de la migración se encuentra vinculada a la facturación del servicio en tanto la primera debe ser efectuada en la fecha de inicio del ciclo de facturación inmediato posterior para evitar prorratesos en el recibo, la ejecución efectiva de la migración se produce cuando se le asigna los beneficios propios que contempla el plan al cual se está migrando. Por ello, no es posible afirmar que la “fecha de ejecución de la migración” y la “fecha efectiva de la migración” correspondan a dos eventos separados en el tiempo o con efectos diferentes sobre las obligaciones de las empresas operadoras.

En esa línea, respecto a los medios probatorios presentados por dicha empresa operadora en su Recurso de Apelación, cabe indicar que, conforme a lo señalado por la DFI en su Memorando N° 1429-DFI/2023, son los mismos que los remitidos adjuntos a su Recurso de Reconsideración<sup>8</sup>. En tal ocasión, la DFI advirtió que la empresa operadora presentó capturas de pantallas de sus sistemas en los cuales se muestra la fecha de ejecución de la migración y el ciclo de facturación correspondiente, además de los estados de cuenta y recibos de pago en los cuales se puede apreciar que se habría facturado los servicios en sus nuevos planes sin prorrateso.

Como se advirtió de dichas pruebas, la migración se realizó en una fecha diferente al inicio del ciclo de facturación inmediato posterior, por lo que la empresa operadora no hizo efectiva

<sup>6</sup> Anexo 1 de su Recurso de Apelación.

<sup>7</sup> **“Artículo 63.- Aceptación de la solicitud de migración**

*Formulada la solicitud de migración por el abonado, la empresa operadora comunicará de manera inmediata si procede o no la solicitud, o en todo caso, la necesidad de un plazo adicional para su evaluación. Dicho plazo no podrá exceder de tres (3) días hábiles.*

*La solicitud de migración y su aceptación deberán realizarse utilizando los mecanismos de contratación previstos en el Título XIII.*

**La empresa operadora deberá hacer efectiva la migración a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de aceptada la solicitud.**

*El abonado tendrá el derecho a iniciar un procedimiento de reclamo, de acuerdo a la Directiva de Reclamos, en caso la empresa operadora (i) no hubiera comunicado la procedencia o no de la solicitud dentro del plazo establecido en el primer párrafo del presente artículo; (ii) no aceptara la migración solicitada; (iii) no efectuara la migración dentro del plazo previsto en el párrafo precedente; o (iv) no efectuara la migración pendiente dentro del plazo de tres (3) meses dispuesto en el artículo 62.”*

<sup>8</sup> Y que fueron evaluados por la DFI mediante el Memorando N° 822-DFI/2023 de fecha 31 de mayo de 2023.



la migración de acuerdo a lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso. En tal sentido, corresponde mantener las imputaciones en este extremo desestimando, a la vez, los argumentos de la empresa operadora.

**ii) Sobre el numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso**

AMÉRICA MÓVIL refiere que la DFI y la Primera Instancia habrían efectuado una interpretación incorrecta del cálculo del plazo previsto en el numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso para que la empresa ejecute la baja de un servicio, puesto que – a su entender – ello se da luego de 5 días hábiles contados desde la fecha en que se efectuó la comunicación, es decir, como máximo el sexto día hábil.

Asimismo, señala que, respecto de las solicitudes presentadas en los días 28 y 29 de agosto de 2021 no se habría considerado el feriado del día 30 de agosto en el cálculo de los plazos, por lo que remite un archivo en formato Excel<sup>9</sup> conteniendo diversos casos imputados, que acreditaría que se deben excluir de la imputación un total de 3590 casos.

Sobre el particular, conforme a lo señalado y analizado por la DFI en el Memorando N° 1429-DFI/2023, se advierte lo siguiente:

- Dicho medio probatorio fue analizado a través del Memorando N° 822-DFI/2023, en tanto el mismo fue presentado también con ocasión de la presentación de su Recurso de Reconsideración. Por tanto, ha sido materia de pronunciamiento por parte de la Primera Instancia a través de la Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL, razón por la cual reitera lo señalado en el indicado memorando.
- Sí se consideró el feriado del 30 de agosto de 2021 en la evaluación de las bajas solicitadas los días 28 y 29 de agosto de 2021; no obstante, luego de revisar lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, se optó por realizar una reevaluación de todos los casos imputados.
- Así, luego de dicha reevaluación se obtuvieron los siguientes resultados:
  - i) Se observó que, respecto de las bajas solicitadas los días 28 y 29 de agosto de 2021, se había determinado el 3 de setiembre del mismo año como fecha límite, cuando ésta debió ser el 6 de setiembre de 2021. En ese sentido, la DFI advirtió que, en 427 registros la baja del servicio se habría ejecutado dentro del plazo de los 5 días hábiles, por lo que corresponde excluir de la imputación y, por tanto, archivar dichos casos, según el detalle contenido el Anexo 1 del Memorando N° 1429-DFI/2023.
  - ii) Corresponde mantener la imputación respecto a un total de 4 081 registros, para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2021 al 3 de octubre de 2021

Ahora bien, conforme a lo indicado por la Primera Instancia en la Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL respecto a la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, en atención a los hechos acreditados, al Principio de Razonabilidad, a los criterios establecidos en la Ley N° 27336 de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel (en adelante, LDFF), y considerando principalmente el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción y la probabilidad de detección de la infracción, se obtuvo una multa base calculada equivalente a 208,4 UIT, que fue



<sup>9</sup> Anexo 2 de su Recurso de Apelación.



reconducida a 150 UIT<sup>10</sup>; no obstante, considerando el cese de la conducta infractora, se impuso una multa final de 120 UIT.

Así, teniendo en cuenta que la multa base calculada excede al tope previsto en la norma, por lo que dicha multa fue reconducida –, se determina que, a pesar del archivo de 427 casos, no corresponde la variación de la multa impuesta.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL sobre alguna vulneración a los Principios de Legalidad, Tipicidad y Verdad Material, en tanto los incumplimientos fueron debidamente sustentados por el órgano instructor, evaluando los medios probatorios remitidos por la empresa operadora, concluyendo que se debían excluir de la imputación un total de 427 casos.

### 5.3 Sobre la presunta insuficiencia probatoria

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que se habría configurado un supuesto de insuficiencia probatoria en la evaluación de la información que sustenta la imputación de cargos por los incumplimientos del literal i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, y del literal a) del Artículo 7 del RGIS, situación que no permitiría despejar la presunción de licitud que ostenta dicha empresa en el presente PAS.

Sobre la infracción del literal i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, AMÉRICA MÓVIL señala que, a diferencia de lo requerido en la Carta N° 614-DFI/2022, en el presente caso, el requerimiento de información fue efectuado de manera general, sin que se solicitase datos específicos sobre la fecha en la cual el abonado solicitó la baja del servicio, no existiendo pruebas de cargo para sustentar el incumplimiento imputado.

Con respecto a la infracción del literal a) del artículo 7 del RGIS, dicha empresa operadora sostiene que la DFI habría interpretado erróneamente la información sobre la fecha de ejecución de las bajas al concluir que, en los casos en los que se incumplió, correspondía efectuar devoluciones y remitir la acreditación de las mismas, pese a no solicitarse de manera específica dicha información.

Aunado a ello, cita como ejemplo un caso por el que el incumplimiento del numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso fue archivado, pero en el cual se mantuvo la imputación respecto de la infracción del literal a) del artículo 7 del RGIS por presuntamente no haber remitido información de devoluciones de las cuales no correspondería su ejecución.

Finalmente, argumenta que el cálculo de la multa impuesta por el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS sería erróneo, en tanto la falta de entrega de información no habría generado alguna afectación a la supervisión de las obligaciones de los artículos 63 y 76 del TUO de las Condiciones de Uso.

Sobre el particular, cabe recordar que, en una acción punitiva como es el presente PAS, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y el administrado investigado debe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad y, de ser el caso, atenuantes de la misma.

Al respecto, la Primera Instancia, mediante Resolución N° 294-2020-GG/OSIPTEL de fecha 16 de noviembre de 2020, que fue confirmada mediante Resolución de Consejo Directivo

<sup>10</sup> Conforme a la escala establecida para las multas graves en el artículo 25 de la LDFF.



N° 106-2022- CD/OSIPTEL, ha señalado en lo concerniente a la disponibilidad del material probatorio lo siguiente:

*“(…) Así, corresponde diferenciar entre a quien corresponde oficialmente la investigación de los hechos, de aquellos que se encuentran únicamente obligados a aportar pruebas. En el primer caso, precisamente en búsqueda de la verdad material, es de cuenta de la Autoridad administrativa la indagación de los hechos que sustentan el PAS (Principio de Impulso de Oficio previsto también en el antes citado artículo 173°). No obstante, ello, dicha situación no significa que corresponda a esta última, de modo exclusivo y excluyente la carga de la prueba, dado que también corresponde a los administrados aportar aquellas conducentes a apoyar un pronunciamiento a su favor o a la exoneración de su presunta responsabilidad, en ejercicio de su derecho de defensa. De lo señalado se tiene que, en algunos supuestos, en aplicación del Principio de disponibilidad probatoria, la carga de la prueba recaerá sobre la parte que con mayor facilidad podía aportarla al procedimiento o se hallaba en una mejor posición probatoria por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba. (…)”.*

(Subrayado agregado)

Por lo tanto, AMÉRICA MÓVIL se encontraba en mejor posición para proporcionar la información necesaria para acreditar datos específicos sobre la fecha en la que el abonado solicitó la baja del servicio, y si estos se encontraban en el supuesto de hecho de la excepción que prevé el numeral i) del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso<sup>11</sup>, la cual habilita a la empresa operadora a ejecutar la baja en un plazo mayor a los 5 días hábiles, pero a su vez no mayor a 1 mes calendario.

Pese a ello, como se aprecia de los actuados, la empresa operadora no ha presentado – ni en la etapa de supervisión, ni en la de tramitación del presente PAS – documentación alguna que acredite que alguno de los casos analizados se encontrara en dicha casuística. Asimismo, es necesario reiterar lo señalado por la Primera Instancia en la Resolución N° 117-2023-GG/OSIPTEL en cuanto a un total 389 registros cuyas bajas se ejecutaron en fecha posterior a 1 mes calendario.

Sobre la infracción del literal a) del artículo 7 del RGIS, cabe indicar que la misma ha sido debidamente acreditada por el órgano instructor mediante la carta N° 1885-DFI/2022 y el Informe Final de Instrucción, en tanto se ha verificado que AMÉRICA MÓVIL entregó información incompleta en atención a los requerimientos efectuados mediante cartas N° 351-DFI/2022 y N° 751-DFI/2022.

No obstante, a pesar de que AMÉRICA MÓVIL ha señalado una presunta insuficiencia probatoria en cuanto no se le habría solicitado en la carta N° 751-DFI/2022 que acreditase que podrían existir casos en que los abonados hayan solicitado la baja en una fecha específica, no ha remitido medios probatorios que respalden dicha afirmación. En consecuencia, la empresa operadora no puede pretender evadir su obligación de remitir, dentro de los plazos perentorios otorgados, la información completa cuando le es requerida con carácter obligatorio, únicamente en base a afirmaciones no sustentadas.

<sup>11</sup> **“Artículo 76.- Causales para la terminación del contrato de abonado de duración indeterminada**

*El contrato de abonado de duración indeterminada termina por las causales admitidas en el ordenamiento legal vigente, y especialmente por:*

*(i) Decisión del abonado comunicada a la empresa operadora, sin necesidad de expresión de causa, con una anticipación no menor de cinco (5) días hábiles ni mayor de un (1) mes calendario, estando la empresa operadora prohibida de establecer cualquier restricción o limitación respecto a la oportunidad de la referida comunicación. El abonado podrá indicar la fecha en la cual terminará el contrato; en caso contrario, éste quedará resuelto automáticamente luego de transcurrido cinco (5) días hábiles, desde la fecha en que se efectuó la comunicación respectiva. Para estos efectos, el abonado podrá comunicar su decisión a través de cualquiera de los mecanismos de contratación que hayan sido implementados y utilizados por la empresa operadora, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 118, estando ésta impedida de establecer mecanismos distintos para los actos referidos a la contratación del servicio y terminación del contrato. En los casos que el abonado actúe mediante representante será de aplicación lo establecido en el artículo 2;*  
*(…)*”



Por lo tanto, no se puede pretender que la imputación vinculada al incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS sea archivada, al haber sido archivados algunos casos del artículo 76 del TUO de las Condiciones de Uso, ya que no solo representan dos infracciones diferentes, que afectan a distintos bienes jurídicos, sino que la empresa operadora ha omitido remitir medios probatorios que acrediten que dicha información no pudo ser enviada en tanto no correspondía ejecutar la baja del servicio.

Asimismo, es necesario recordar que el incumplimiento del literal a) del artículo 7 del RGIS genera afecta el cumplimiento de las funciones de este Organismo Regulador, pues al no haber remitido la empresa operadora la información solicitada de manera completa, no ha sido posible verificar el cumplimiento de la obligación prevista en el numeral i) del artículo 76 del TUO de Condiciones de Uso, afectándose así el servicio brindado a los usuarios. Dicha afectación, así como los criterios previstos tanto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG como en la LDFF, han sido tomados en consideración para el cálculo de la multa impuesta por este incumplimiento.

Por lo antes señalado, se desestiman los argumentos esgrimidos por AMÉRICA MÓVIL, en este extremo.

#### 5.4 Sobre la presunta vulneración al Principio de Legalidad

AMÉRICA MÓVIL refiere que se habría vulnerado el Principio de Legalidad, al haberse imputado el incumplimiento del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso cuando –a su entender- en el período supervisado se encontraba vigente el numeral 4 del artículo primero de la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL que la habilitaba normativamente para hacer efectivas las migraciones en el plazo más breve posible. Esto último, en la medida que dicha disposición continuaba formando parte del ordenamiento jurídico, dado que no había sido inaplicada por la Resolución N° 042-2020-PD/OSIPTEL ni se habría delimitado su vigencia en función al aislamiento social obligatorio, por lo que esta norma no se encontraría derogada expresa o tácitamente.

Sobre el particular, en el marco del Estado de Emergencia Nacional declarado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, este Organismo emitió diversas disposiciones normativas extraordinarias<sup>12</sup> -entre ellas la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL que aprobó las “*Medidas adicionales y temporales para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones durante el aislamiento social*”- no solo con el objeto de adoptar medidas que coadyuvasen a prevenir el contagio del Covid-19, sino también para garantizar el acceso y la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones a fin de evitar que, en un contexto de aislamiento social obligatorio (cuarentena), los usuarios de dichos servicios resultasen afectados.

Para tal efecto, los mencionados dispositivos modificaron temporalmente disposiciones que venían siendo exigibles a las empresas operadoras –como lo previsto en el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso-, bajo un tenor distinto, sobre todo aquellas obligaciones que, en su versión primigenia, necesariamente implicaban el desplazamiento de los abonados y/o usuarios a centros de atención presenciales.

En efecto, con relación a las solicitudes de migración de plan tarifario, la indicada Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL, estableció lo siguiente:

<sup>12</sup> Resoluciones N° 035-2020-PD/OSIPTEL, N° 045-2020-CD/OSIPTEL, N° 040-2020-PD/OSIPTEL y N° 050-2020-CD/OSIPTEL.



**“Artículo Primero.-** Las empresas operadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones deben seguir las siguientes medidas adicionales y temporales para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, las cuales se encuentran orientadas a facilitar la teleeducación, telesalud y teletrabajo - trabajo remoto a entidades públicas y privadas, así como, a establecer las solicitudes que pueden realizar los abonados y usuarios durante el periodo de aislamiento social:

(...)

4. Las solicitudes de migración de plan tarifario, suspensión temporal del servicio y baja del servicio solo se pueden presentar vía canal de atención telefónica y ejecutar de manera remota. Las solicitudes de migración podrán ser ejecutadas en el tiempo más breve que pueda ser atendida por la empresa operadora, sin esperar el siguiente periodo de facturación. En tales casos, el prorrateo de la renta se realizará solo en función de los días transcurridos, sin cobrar como consumos adicionales el uso de los beneficios otorgados por el plan tarifario anterior. Para tal efecto, las empresas operadoras deben realizar las validaciones correspondientes a fin de corroborar que la solicitud es realizada por el abonado del servicio, empleando medidas de seguridad similares a las establecidas para recibir reclamos vía telefónica de los servicios públicos móviles, así como, para recibir los reportes de sustracción o pérdida de equipo terminal móvil.

(...)

En atención a lo expuesto, se resume a continuación la atención de las principales solicitudes de los servicios públicos de telecomunicaciones durante el periodo de aislamiento social.

(Subrayado agregado)

Así, conforme se advierte del texto del numeral 4 del artículo primero de la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL, uno de los presupuestos necesarios para la aplicación de dicha disposición radica en que las solicitudes de migración de plan tarifario realizadas por los abonados y usuarios, hayan sido efectuadas durante el período de aislamiento social, cuyo alcance nacional abarcó del 16 de marzo al 30 de junio de 2020<sup>13</sup>, siendo que entre el 1 de julio y el 3 de octubre de 2020<sup>14</sup> se volvió una medida excepcional de carácter focalizado.

En esa línea, la única disposición aplicable al período evaluado en el presente PAS (del 1 de julio al 3 de octubre de 2021) era el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso en la medida que, tal como se desarrolló en los párrafos que preceden, el numeral 4 del artículo primero de la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL ya no se encontraba vigente dado que había culminado el periodo de aislamiento social obligatorio tanto a nivel nacional como focalizado.

Ahora bien, cabe indicar que cada una de las imputaciones analizadas en el presente PAS se sustenta en las pruebas recopiladas en etapa de supervisión<sup>15</sup>, donde se evaluó cada envío de información por parte de la empresa operadora, respetando así la carga de la prueba que le corresponde en este procedimiento.

Considerando ello, se verificó que AMÉRICA MÓVIL no hizo efectivas 602 051 solicitudes de migración de plan tarifario a partir del ciclo de facturación inmediato posterior de

<sup>13</sup> De acuerdo al artículo 1 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM por quince (15) días calendarios que abarcó el periodo del 16 de marzo hasta el 31 de marzo de 2020. El referido plazo fue prorrogado por trece (13) días calendarios mediante Decreto Supremo N° 051-2020-PCM, llegando hasta el 13 de abril de 2020. Por Decreto Supremo N° 064-2020-PCM se prorrogó el aislamiento por un término de catorce (14) días calendario, a partir del 13 de abril hasta el 26 de abril del 2020. El referido plazo fue prorrogado por trece (13) días calendarios mediante Decreto Supremo N° 075-2020-PCM, llegando hasta el 10 de mayo de 2020. Asimismo, Por Decreto Supremo N° 083-2020-PCM se prorrogó el aislamiento por un término de catorce (14) días calendario, abarcando el periodo del 11 de mayo de 2020 hasta el domingo 24 de mayo de 2020. Finalmente, por Decreto Supremo N° 094-2020-PCM, el referido plazo fue prorrogado hasta el 30 de junio de 2020.

<sup>14</sup> De acuerdo a la Única Disposición Complementaria del Decreto Supremo N° 162-2020-PCM que deroga el artículo 2 del Decreto Supremo N° 116-2020-PCM.

<sup>15</sup> El Órgano Instructor ha sustentado el presente PAS en la información que ha sido evaluada en el Informe de Supervisión N° 131-DFI/SDF/2022 donde se ha advertido que, en 602 051 solicitudes de migración, AMÉRICA MÓVIL no hizo efectiva dichas solicitudes de migración de plan tarifario a partir del ciclo de facturación inmediata posterior de aceptada la solicitud, cuyo detalle consta en el Anexo 03 de dicho Informe.



aceptada la solicitud, incumpliendo así lo previsto en el tercer párrafo del artículo 63 del TUO de las Condiciones de Uso.

En efecto, las referidas solicitudes de migración se hicieron efectivas en una oportunidad distinta a la establecida en dicha disposición, ajustándose así al tipo infractor materia de sanción por lo que se descarta, a la vez, alguna vulneración al Principio de Legalidad.

De otro lado, tal como se expuso anteriormente, el numeral 4 del artículo 1 de la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL establece clara y expresamente el trámite a seguir respecto a la atención de las solicitudes de migración de plan tarifario durante el período de aislamiento social, a partir de lo cual se advierte que, la vigencia de dicha disposición estaba sujeta a la duración del citado período de aislamiento, ya sea en su alcance nacional o focalizado.

Cabe precisar que, AMÉRICA MÓVIL no ha remitido medios probatorios que acrediten que solicitudes de migración fueron efectuadas en zonas bajo aislamiento social total o focalizado a efectos de la aplicación del numeral 4 del artículo primero de la Resolución N° 045-2020-CD/OSIPTEL.

De acuerdo a lo antes expuesto, corresponde desestimar lo alegado por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

## **VI. PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN**

De conformidad con el artículo 33 de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes o el procedimiento administrativo haya causado estado.

Por tanto, en caso que el Consejo Directivo del Osiptel confirmase que corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL por las infracciones graves tipificadas en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, y en el artículo 7 del RGIS, correspondería publicar la resolución en el Diario Oficial El Peruano.

## **VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, esta Oficina recomienda declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 252-2023-GG/OSIPTEL y, en consecuencia:

- (i) ARCHIVAR en presente PAS respecto de la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por haber incumplido con lo estipulado en el numeral i) del artículo 76 de la referida norma, en relación a 427 registros detallados en el Anexo 1 del Memorando N° 1429-DFI/2023,
- (ii) CONFIRMAR en sus demás extremos la Resolución N° 252-2023-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

