

|                   |   |                                                                                                                             |
|-------------------|---|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>A</b>          | : | JESUS OTTO VILLANUEVA NAPURI<br><b>PRESIDENTE EJECUTIVO (E)</b>                                                             |
| <b>CC</b>         | : | GUSTAVO RICARDO VILLEGAS DEL SOLAR<br><b>ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN</b>                                                       |
| <b>ASUNTO</b>     | : | RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA<br>EMPRESA AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. CONTRA LA<br>RESOLUCIÓN N° 370-2023-GG/OSIPTel |
| <b>REFERENCIA</b> | : | <b>EXPEDIENTE N° 00141-2022-GG-DFI/PAS</b>                                                                                  |
| <b>FECHA</b>      | : | <b>29 de diciembre de 2023</b>                                                                                              |

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de  
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados  
Digitales, su y modificatorias. La integridad del documento y  
la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:  
<https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

|                      | <b>CARGO</b>                                   | <b>NOMBRE</b>                  |
|----------------------|------------------------------------------------|--------------------------------|
| <b>ELABORADO POR</b> | ANALISTA LEGAL                                 | MARIA PIA HUAMAN<br>VIVANCO    |
| <b>APROBADO POR</b>  | DIRECTOR DE LA OFICINA DE<br>ASESORIA JURIDICA | CARLOS LEONIDAS GILES<br>PONCE |



**I. OBJETO**

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MOVIL PERÚ S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL, que declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL, y en virtud de ello dispuso:

- (i) Archivar el procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), en los extremos referidos a la imputación de las infracciones tipificadas en los numerales 47, 52 y 53 del Anexo N° 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija<sup>1</sup> (en adelante, TUO del Reglamento de Portabilidad), sobre 2, 48 y 1 números telefónicos, respectivamente.
- (ii) Modificar la sanción de 23,8 UIT a 12,6 UIT, por la comisión de la infracción calificada como leve tipificada en el numeral 47 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad, por cuanto incumplió con el artículo 24 de la norma referida, al no haber deshabilitado de su red 51 números telefónicos portados dentro de la ventana de cambio.
- (iii) Modificar la sanción de 26,6 UIT a 12, 6 UIT por la comisión de la infracción calificada como leve tipificada en el numeral 52 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad, por cuanto incumplió con el artículo 33 de la referida norma, al no deshabilitar 4 números telefónicos en la fecha y hora comunicada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal (ABDCP).
- (iv) Modificar la sanción de 15,9 UIT a 12,7 UIT por la comisión de la infracción calificada como leve tipificada en el numeral 53 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad, por cuanto incumplió con lo dispuesto en el artículo 33, al no haber habilitado 47 números telefónicos por el Concesionarios Receptor.
- (v) Confirmar la multa de 6,4 UIT por la comisión de la infracción calificada como leve tipificada en el numeral 44 del Anexo N° del TUO del Reglamento de Portabilidad, por cuanto incumplió con lo dispuesto en el artículo 23 de la referida norma, al no haber habilitado 1046 números telefónicos en la fecha y hora comunicada al ABDCP.

**II. ANTECEDENTES**

- 2.1. Mediante la carta N° 2775-DFI/2022<sup>2</sup>, notificada el 10 de noviembre de 2022, la DFI comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente PAS por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los numerales 44, 47, 52 y 53 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad, las cuales fueron calificadas como leve, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en los artículos 23, 24 y 33 de la referida norma.
- 2.2. El 1 de diciembre de 2022, luego de la ampliación de plazo otorgada, mediante la carta DMR/CE/2884/22 AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos por escrito.
- 2.3. Mediante carta N° 0270-GG/2022, notificada el 3 de mayo de 2023, la Primera Instancia notificó a AMÉRICA MÓVIL el Informe N° 072-DFI/2023 (Informe Final de Instrucción) a la Primera Instancia, otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus

<sup>1</sup> Aprobado mediante la Resolución N° 286-2018-CD/OSIPTEL y modificatorias.

<sup>2</sup> Mediante la cual se dejó sin efecto la comunicación de la carta N° 2432-DFI/2022.



descargos. No obstante, la empresa operadora no presentó descargos al Informe Final de Instrucción.

- 2.4. A través de la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 31 de julio de 2023, la Primera Instancia –entre otros- resolvió lo siguiente:

| Conducta Imputada                                                                                                                                                       | Tipificación                                                      | Resolutivo      |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|-----------------|
| No haber habilitado mil cuarenta y seis (1 046) números telefónicos portados en la fecha y hora comunicada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal. | Numeral 44 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>6,4 UIT</b>  |
| No haber deshabilitado en su red cincuenta y tres (53) números telefónicos portados dentro de la ventana de cambio.                                                     | Numeral 47 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>23,8 UIT</b> |
| No haber deshabilitado cincuenta y dos (52) números telefónicos portados en la fecha y hora comunicada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal.     | Numeral 52 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>26,6 UIT</b> |
| No haber habilitado cuarenta y ocho (48) números telefónicos en la fecha y hora programada por el Concesionario Receptor.                                               | Numeral 53 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>15,9 UIT</b> |

- 2.5. Por medio de la carta DMR/CE/N°2431/23, recibida el 21 de agosto de 2023, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL.

- 2.6. Posteriormente, mediante la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 27 de octubre de 2023, se declaró fundado en parte el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa operadora y en virtud se ello dispuso:

| Conducta Imputada                                                                                                                                                       | Tipificación                                                      | Resolutivo                                           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------|
| No haber habilitado mil cuarenta y seis (1 046) números telefónicos portados en la fecha y hora comunicada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal. | Numeral 44 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>CONFIRMAR</b> multa de <b>6,4 UIT</b>             |
| No haber deshabilitado en su red cincuenta y uno (51) números telefónicos portados dentro de la ventana de cambio.                                                      | Numeral 47 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>MODIFICAR</b> multa de 23,8 UIT a <b>12,6 UIT</b> |
| No haber deshabilitado cuatro (4) números telefónicos portados en la fecha y hora comunicada al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal.               | Numeral 52 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>MODIFICAR</b> de 26,6 UIT a <b>12,6 UIT</b>       |
| No haber habilitado cuarenta y siete (47) números telefónicos en la fecha y hora programada por el Concesionario Receptor.                                              | Numeral 53 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad. | <b>MODIFICAR</b> de 15,9 UIT a <b>12,7 UIT</b>       |

- 2.7. El 20 de noviembre de 2023, a través del escrito N° DMR/CE/N°3333/23 AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL.

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

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones y modificatorias (en adelante, RGIS)<sup>3</sup>, y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación

<sup>3</sup> Denominación acorde con lo dispuesto en el Artículo Segundo de la Resolución N° 00259-2021-CD/OSIPTEL, antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

<sup>4</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



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 solicita que se revoque la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL sobre la base de los siguientes argumentos:

- 4.1. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, dado que se habría sancionado a la empresa operadora, pese a que los incumplimientos corresponden a infracciones leves y se sustentarían en una ínfima cantidad de casos.
- 4.2. La multa impuesta habría sido determinada de manera arbitraria y contraria a las garantías mínimas reconocidas por el TUO de la LPAG, en tanto se habría inaplicado la metodología de cálculo de multa.
- 4.3. Se habrían vulnerado los Principios de Culpabilidad, Verdad Material y Presunción de Licitud, en tanto la Primera Instancia habría realizado un inadecuado análisis de los argumentos y medios probatorios ofrecidos en el trámite del presente PAS.

#### **V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Respecto a los argumentos de AMÉRICA MÓVIL, cabe señalar lo siguiente:

##### **5.1. Sobre la presunta vulneración a los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad**

AMÉRICA MÓVIL alega que se habrían vulnerado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, dado que no se consideró la posibilidad de optar por la imposición de una medida menos gravosa, a pesar que los presuntos incumplimientos representarían una ínfima cantidad de casos y que las infracciones cometidas se encuentran calificadas como leves.

Aunado a ello, la empresa operadora menciona que el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF) no sólo establece un rango de 0,5 a 50 UIT para las infracciones leves, como se da en el presente caso, sino que -además- faculta al Regulador para que éstas puedan ser sancionadas con una amonestación escrita. Asimismo, señala que esta situación ha sido recogida en el artículo 17 del RGIS; sin embargo, dicha disposición establece que la conducta infractora no debe encontrarse bajo el supuesto de reincidencia.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL hace remisión al pronunciamiento emitido a través de la Resolución N° 1 del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) de fecha 19 de octubre de 2017, emitida en el marco del Expediente N° 00019-2017/TRASU/ST-PAS, en el cual se concluyó que para el caso de infracciones leves y siempre que no exista reincidencia, resultaría legalmente factible imponer una sanción de amonestación, en atención a lo establecido en el artículo 17 del RGIS.

Asimismo, la empresa operadora señala que la Primera Instancia no se habría pronunciado expresamente respecto a la posibilidad de sancionar con una amonestación escrita, lo cual acreditaría que no se ha cumplido con realizar un análisis adecuado del Test de Razonabilidad en la Resolución de sanción.



Además, AMÉRICA MÓVIL señala que las multas han sido calculadas en el marco de la Metodología de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores ante el OSIPTEL<sup>5</sup> (en adelante, la Metodología de Cálculo 2021) y la Norma que establece el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTEL<sup>6</sup> (en adelante, Norma que establece el Régimen de Calificación de Infracciones), siendo que, mediante el artículo 3 de ésta última, se ha reconocido expresamente la posibilidad de imponer una amonestación para infracciones leves.

Por otro lado, la empresa operadora hace remisión a la Resolución N° 140-2017-CD/OSIPTEL mediante la cual el Consejo Directivo se señaló que la sanción es la última *ratio* a utilizar y que, de optarse por su imposición, dicha carga deberá respetar el Principio de Razonabilidad. Además, señala que, a través de la Resolución N° 098-2013-CD/OSIPTEL, se ha reconocido que una decisión razonable debe responder a la adopción de la medida más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados.

Teniendo en cuenta lo expuesto, AMÉRICA MÓVIL solicita que se revoque la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL, dejando sin efecto las sanciones impuestas, o en su defecto, se proceda con la imposición de una sanción de amonestación.

Sobre el particular, conforme al numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG que regula el Principio de Razonabilidad, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que responda a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Así, respecto a la Resolución N° 1, invocada por AMÉRICA MÓVIL, corresponde indicar que tal pronunciamiento no resulta aplicable en el presente PAS, en tanto se encuentra vinculado a conductas y circunstancias distintas, tal como se detalla a continuación:

**Tabla N° 01**

|                              | <b>Resolución N° 1<br/>Expediente N° 00019-2017/TRASU/ST-PAS</b>                                                                                                                                                                       | <b>Resolución de Gerencia General N° 266-<br/>2023-GG/OSIPTEL</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Conducta Imputada</b>     | <ul style="list-style-type: none"> <li>No haber incluido en el expediente los medios probatorios adjuntos por la usuaria en el reclamo presentado el 18 de julio de 2016.</li> <li>Evaluación de forma incompleta al TRASU.</li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>No deshabilitar 51 números telefónicos portados durante la ventana de cambio.</li> <li>No deshabilitar 4 números telefónicos en su red en la fecha y hora comunicada al ABDCP, cuyo reclamo por falta de consentimiento fue declarado fundado.</li> <li>No habilitar 47 números telefónicos en su red en la fecha programada por el concesionario receptor, considerando que el servicio solo podrá ser interrumpido por un periodo máximo de 3 horas.</li> <li>No habilitar 1046 números telefónicos portados en la fecha y hora al ABDCP.</li> </ul> |
| <b>Infracción Tipificada</b> | Artículos 29 y 77 del Reglamento de Reclamos.                                                                                                                                                                                          | Numerales 44, 47, 52 y 53 del TUO de Reglamento de Portabilidad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| <b>Sanción</b>               | Amonestación Escrita.                                                                                                                                                                                                                  | Multa                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |

<sup>5</sup> Aprobado por Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

<sup>6</sup> Aprobado por Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL.



Al respecto, cabe traer a colación que si bien es cierto de que la Administración Pública debe contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los administrados, dichas herramientas no constituyen una estructura rígida, sino que funcionan de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias que presente determinado caso en particular.

En ese sentido, es necesario señalar que, en atención a las circunstancias específicas de cada caso, tales como: el bien jurídico protegido, el tiempo transcurrido, el contexto en el que se desarrollaron los casos, entre otros; y, de una valoración en conjunto de dichos escenarios, resulta lógico que exista una diferencia en las sanciones impuestas por la Primera Instancia respectiva de ambos procedimientos.

Ahora bien, es pertinente precisar que, si bien es cierto que el OSIPTEL, en determinados PAS, se ha pronunciado favorablemente respecto a la aplicación de una medida menos gravosa respecto a incumplimientos de otras obligaciones, ello no exige a este Organismo Regulador a actuar de la misma manera en todos los casos en que el administrado la solicita; siendo que la determinación de la sanción debe analizarse en función de las particularidades de cada expediente, sin que esto implique una vulneración al Principio de Predictibilidad o de Razonabilidad.

En ese sentido, respecto a la imposición de una amonestación escrita, esta Oficina considera necesario señalar que la misma no resulta posible, toda vez que, en el presente caso, la vulneración del artículo 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad, cuyos incumplimientos configuraron las infracciones en los numerales 52 y 53 del Anexo N° 2 del mismo cuerpo normativo, implican la transgresión de garantías al derecho de los usuarios de retornar su número telefónico como consecuencia de un reclamo que ha sido declarado fundado y así evitar que el abonado permanezca con una interrupción y como consecuencia de ello vea desincentivada su actuación en el marco de los procedimientos de portabilidad.

En ese sentido, el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad resulta de carácter fundamental, pues tiene como finalidad proteger el bien jurídico protegido constituido por la portabilidad, derecho del abonado de mantener su número móvil aun cuando cambie de operador de los servicios públicos móviles. Por ello, la demora, retraso o interrupción del procedimiento de portabilidad por incidencias en los sistemas o procesos que intervienen en la portabilidad, vulnera directamente el derecho a la portabilidad numérica.

Por otro lado, respecto al incumplimiento del artículo 23 del TUO del Reglamento de Portabilidad, primero, es necesario señalar que vulnera el derecho de los usuarios a la habilitación o deshabilitación, la cual permite concretar la portabilidad de una línea móvil. Sobre el particular, es menester resaltar que la portabilidad es un mecanismo de promoción de la competencia, dado que permite que las empresas operadoras ofrezcan sus servicios en el mercado en atención a la inversión, innovación y precios.

En cuanto al incumplimiento del artículo 24 del TUO del Reglamento de Portabilidad, cabe señalar que involucra una afectación al servicio del número portado, en tanto, al no ejecutarse todas las actividades necesarias que permitan el correcto encaminamiento de las llamadas hacia y desde el número telefónico portado, el abonado puede presentar problemas en su servicio, la ejecución por parte de éstos de todas las actividades. Además de ello, debe resaltarse que tanto la habilitación como la deshabilitación buscan garantizar la dinámica coordinada entre las empresas operadoras, ya que de ello depende la concretización de la portación de líneas móviles.



Cabe agregar que, ante la evidente afectación del bien jurídico antes mencionado, las sanciones impuestas se encuentran justificadas en la medida que se busca generar un efecto disuasivo que en lo sucesivo permita a AMÉRICA MÓVIL cumplir con las obligaciones contenidas en los artículos 23, 24 y 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad.

Adicionalmente, debe señalarse que en la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL se analizó la aplicación del Principio de Razonabilidad, determinándose sobre la base de los parámetros del test de razonabilidad, en sus tres (3) dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad, que corresponde como medida idónea la imposición de las multas impuestas.

Así las cosas, si bien el juicio de necesidad exige que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, en el presente caso la imposición de amonestaciones al ser menos lesivas que las sanciones ya impuestas a AMÉRICA MÓVIL, no cumplirían con eficacia la finalidad de disuadir la comisión de una nueva infracción.

Bajo dicho contexto, conforme a lo señalado por el Consejo Directivo<sup>7</sup>, a pesar que el artículo 25 de la LDFF y el artículo 17 del RGIS prevean que es posible la sanción de amonestación ante la comisión de infracciones leves, no implica que esta medida deba aplicarse en todos los casos, por ser menos gravosa que una sanción de multa, sino que su aplicación dependerá de las particularidades de cada caso y del hecho que esta medida cumpla con la finalidad de desincentivar la conducta infractora.

En tal sentido, no se advierte que la Primera Instancia haya vulnerado el Principio de Razonabilidad, toda vez que las multas impuestas resultan idóneas, necesarias y proporcionales a los hechos que constituyen las respectivas infracciones administrativas.

Ahora bien, esta Oficina considera necesario señalar que -inclusive- la Primera Instancia, al evaluar los factores atenuantes para la determinación de la sanción, advirtió que para la fecha de emisión de la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL, la empresa operadora aún mantiene incumplimientos referidos a los numerales 47, 52 y 53 del Anexo N° 2 del TUO del Reglamento de Portabilidad, dado que no acreditó el cese de las conductas infractoras; mientras que, para la infracción prevista en el artículo 44 del Anexo N° 2 de la referida norma se verificó que AMÉRICA MÓVIL cesó la conducta infractora con anterioridad al inicio del presente PAS; por lo que, en aplicación de lo dispuesto por la Metodología de Multas 2021, se redujo la sanción en un veinte por ciento (20%)<sup>8</sup>.

Además, cabe mencionar que la ausencia de reincidencia no implica -per se- la reducción en el monto de las multas base calculadas, en tanto, para la graduación de la sanción se analizan los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, tales como como i) el beneficio ilícito resultante, ii) la probabilidad de detección de la infracción, iii) gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, iv) el perjuicio económico causado, v) circunstancias de la comisión de la infracción y v) la existencia de intencionalidad; así como los parámetros contenidos en la Metodología de Cálculo 2021.

<sup>7</sup> Así se ha pronunciado el Consejo Directivo a través de las Resoluciones N° 031-2020-CD/OSIPTEL y N° 088-2023-CD/OSIPTEL.

<sup>8</sup> Ref. Página 34 de la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL.



Finalmente, es pertinente precisar que, si bien es cierto que el OSIPTEL se ha pronunciado favorablemente respecto a la aplicación de una sanción como última *ratio*, esto no implica la obligatoriedad de actuar igual para todos los casos; siendo que la determinación de la medida a tomar debe analizarse en función de las particularidades de cada caso, sin que esto implique una vulneración al Principio de Predictibilidad o de Razonabilidad.

Por lo tanto, en vista de que no se ha advertido vulneración alguna al Principio de Razonabilidad, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

## 5.2. Sobre la supuesta vulneración a los Principios de Debido Procedimiento, Buena Fe, Seguridad Jurídica y Predictibilidad o Confianza Legítima

AMÉRICA MÓVIL alega que, mediante la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL, se habría efectuado una variación del cálculo de las multas informadas a través de la Carta de Notificación de Cargos, lo que habría limitado el ejercicio de su Derecho de Defensa, pues habría impedido que se despliegue una estrategia de defensa acorde al cálculo de multa proyectado.

Asimismo, la empresa operadora señala que la Primera Instancia no habría sustentado las razones por las cuales cambió el criterio de probabilidad de detección para el cálculo de las cuatro (4) multas impuestas por el presunto incumplimiento de los artículos 23, 24 y 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad. En ese sentido, agrega que las multas habrían sido calculadas erróneamente, en tanto la Primera Instancia consideró que la probabilidad de determinación de la sanción es MEDIA; no obstante, -a su entender- ello no sería consistente con lo dispuesto en la Metodología de Cálculo 2021.

Aunado a ello, AMÉRICA MÓVIL alega que la probabilidad de detección debería ser MUY ALTA, en tanto la supervisión se realizó de forma planificada, y los hechos imputados comprenden la revisión del 100% del universo supervisado. Además, la empresa operadora agrega que la información respectiva puede ser solicitada no sólo a la empresa operadora, sino también al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal (ABDCP), pues como parte del procedimiento de portabilidad, las empresas operadoras remiten diariamente toda la información correspondiente a los artículos 23, 24 y 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad.

Por lo expuesto, la empresa operadora solicita que en virtud del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad se declare fundado el Recurso de Apelación y consecuentemente se revoque las cuatro (4) sanciones impuestas, o en su defecto, se disminuya la cuantía de la sanción impuesta, aplicando correctamente las fórmulas y parámetros de la Metodología de Cálculo 2021.

Teniendo en cuenta ello, AMÉRICA MÓVIL solicita que se declare la nulidad de la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL, en tanto -a su criterio- se habría configurado la causal de nulidad contenida en el numeral 2 del artículo 10 del TUO de la LPAG, específicamente en lo concerniente al requisito de validez contemplado en los numerales 4 y 5 del artículo 3 del TUO de la LPAG.

Sobre el particular, primero es necesario traer a colación que en la Resolución N° Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia señaló -expresamente- que: *“la estimación de multa realizada al momento de imputar cargos tiene como objeto únicamente determinar la gravedad de la infracción imputada a fin de que esta sea*



*calificada, la misma que no resulta vinculante al Órgano Resolutor para la determinación de la sanción; toda vez que este cuenta con la facultad de variar los criterios de graduación empleados, en tanto se motive dicha situación a fin de evitar decisiones arbitrarias. Sin embargo, debe de resaltarse que -en este caso en particular- el cambio en la probabilidad de detección no ha variado la calificación de la infracción, pues en ambos casos nos encontrábamos ante infracciones leves (...)."<sup>9</sup>*

Al respecto, es menester indicar que, esta Oficina coincide con la Primera Instancia al señalar que la variación advertida en el cálculo de las multas no ha implicado una vulneración al procedimiento regular previsto en el RGIS y el TUO de la LPAG. En efecto, i) la imputación de cargos se realizó de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del RGIS y el artículo 3 de la Norma de Calificación de Infracciones, ii) se otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de presentar los descargos, iii) la empresa operadora presentó sus descargos, los cuales fueron debidamente analizados por el Órgano Instructor mediante el Informe Final de Instrucción, y iv) la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL consideró la totalidad de los actuados y se notificó debidamente a AMÉRICA MÓVIL.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el cálculo de las multas se llevó a cabo en momentos distintos del PAS y, además, las sanciones finalmente impuestas resultaron ser de menor cuantía a la comunicada en la imputación de cargos, conforme se advierte en el siguiente detalle:

**Tabla N° 02**

| Instrumento               | Fase Instructora                                   | Fase Sancionadora                                  |                                                    |
|---------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------|----------------------------------------------------|
|                           | Carta N° 2775-DFI/2022 (Carta de Imputación)       | Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTEL                  | Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL                  |
| Incumplimiento            | Artículo 23 del TUO del Reglamento de Portabilidad | Artículo 23 del TUO del Reglamento de Portabilidad | Artículo 23 del TUO del Reglamento de Portabilidad |
|                           | Artículo 24 del TUO del Reglamento de Portabilidad | Artículo 24 del TUO del Reglamento de Portabilidad | Artículo 24 del TUO del Reglamento de Portabilidad |
|                           | Artículo 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad | Artículo 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad | Artículo 33 del TUO del Reglamento de Portabilidad |
| Fecha de graduación       | Abr-2023                                           | Jul-2023                                           | Oct-2023                                           |
| Probabilidad de detección | Alta                                               | Media                                              | Media                                              |
| Sanción                   | 14,6 UIT                                           | 6,4 UIT                                            | 6,4 UIT                                            |
|                           | 15,9 UIT                                           | 23,8 UIT                                           | 12,6 UIT                                           |
|                           | 16,3 UIT y 14,6 UIT                                | 26,6 UIT y 15,9 UIT                                | 12,6 UIT y 12,7 UIT                                |

En dicho contexto, es necesario señalar que ello responde al cumplimiento del Principio de Debido Procedimiento<sup>10</sup>, siendo que, a lo largo de la fase instructora, las empresas operadoras pueden remitir información y/o medios probatorios que influyen en la decisión de la Administración y, consecuentemente, en el cálculo de la multa. Tan es así que -inclusive- el Recálculo de Multa que se anexó a la Resolución impugnada consideró, entre otros, una reducción en el Beneficio Ilícito obtenido, así como la aplicación de un atenuante de responsabilidad. Por lo expuesto, carece de asidero el argumento esgrimido por AMÉRICA MÓVIL en cuanto a este extremo.

<sup>9</sup> Ref. Página 11 de la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL

<sup>10</sup> Establecido en el numeral 2 del Artículo 248 del TUO de la LPAG.



Además, si bien el Órgano Instructor consideró que era ALTA la probabilidad de detección de las infracciones imputadas en el presente PAS, esta Oficina coincide con la Primera Instancia en cuanto a que el cambio efectuado en el monto (de 0,75 a 0,5) correspondiente a la probabilidad de detección no varía la calificación de la infracción, pues en ambas fases del procedimiento, las multas fueron calculadas dentro de los límites establecidos para infracciones leves en el artículo 25 del RGIS.

Por lo anteriormente señalado, se desvirtúa el argumento presentado por la empresa operadora referido a la vulneración a su Derecho de Defensa, debido a que se ha seguido el procedimiento establecido en los dispositivos normativos antes indicados.

Ahora bien, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora, la Primera Instancia sí ha analizado la probabilidad de detección de las infracciones detectadas. En efecto, en la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTel, al analizar los diferentes criterios para la graduación de la sanción, se señaló que: *“Respecto a las infracciones previstas en los numerales 44, 47, 52 y 53 del Anexo N° 2 del Reglamento de Portabilidad, esta Instancia considera que la probabilidad de detección es MEDIA, dado que si bien el OSIPTel puede tener conocimiento de los errores y/o fallas en el procedimiento de portabilidad (incluye el retorno) de AMÉRICA MÓVIL ante denuncias de otras empresas operadoras, estamos ante conductas que el Organismo Regulador no se encuentra en capacidad de detectar por sí mismo en el ciento por ciento (100 %) de los casos, siendo además necesario que se lleven a cabo acciones de supervisión.”<sup>11</sup>* (Subrayado agregado).

Por otro lado, corresponde traer a colación el hecho de que la Primera Instancia determinó el monto de las multas dentro de los márgenes previstos en la Metodología de Cálculo 2021. Bajo dicho contexto, es menester precisar que la utilización de un instrumento -debidamente publicado y cuyo tenor es de conocimiento de las empresas operadoras- como la Metodología de Multas 2021 tiene por objeto transparentar, simplificar y dar predictibilidad al procedimiento de cuantificación de multas.

Por ello, y considerando que los incumplimientos materia del presente PAS no tienen asignada una fórmula o parámetro específico en la Metodología de Cálculo 2021, la estimación de las multas se realizó conforme a la fórmula general, cuyo enfoque de cálculo es el de beneficio ilícito (BI), el cual posee diversos parámetros que deben y fueron considerados para su estimación.

Por todo lo expuesto, esta Oficina considera que no se ha vulnerado Principios del procedimiento administrativo alguno, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

### 5.3. Sobre la presunta vulneración a los Principios de Culpabilidad, Verdad Material y Presunción de Licitud.

Sobre el particular, la empresa operadora señala que se habría vulnerado los Principios de Culpabilidad, Verdad Material y Presunción de Licitud, al haberse realizado un inadecuado análisis de los argumentos y medios probatorios ofrecidos en el presente procedimiento, con relación a las infracciones imputadas; por lo que correspondería revocar la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTel. No obstante, AMÉRICA MÓVIL no

<sup>11</sup> Ref. Página 30 de la Resolución N° 266-2023-GG/OSIPTel.



ha sustentado presuntas vulneraciones, por lo que corresponde desestimar esta pretensión.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Oficina considera necesario señalar que, en el presente PAS, se analizaron las supuestas vulneraciones a los principios antes mencionados. En efecto, en la Resolución N° 266-20233-GG/OSIPTEL la Primera Instancia concluyó que no se había transgredido el Principio de Verdad Material, en la medida que los hechos que sustentaron la imputación del cargo fueron debidamente verificados; mientras que en cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Culpabilidad, éste fue debidamente analizado por la Primera Instancia en la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL, y se concluyó que para el desarrollo del presente procedimiento se ha seguido lo previsto en el RGIS y el TUO de la LPAG.

Finalmente, en cuanto a la supuesta vulneración al Principio de Licitud, las entidades deben presumir que los administrados han actuado conforme al ordenamiento jurídico mientras no se cuente con pruebas en contrario. Así, la presunción de licitud cubre la actuación del imputado, la misma que puede desvirtuarse a partir del aporte de elementos probatorios suficientes, lo cual lleva a que dicho imputado tenga que dejar de lado su rol pasivo y asumir uno más dinámico dentro del procedimiento, aportando las pruebas de su descargo. Por lo tanto, si la administración -en este caso, la DFI- ha logrado determinar los hechos y elementos configuradores de la presunta infracción, corresponde a AMÉRICA MÓVIL presentar aquellos medios probatorios que considere pertinentes para desestimar la imputación realizada.

## **VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo con los fundamentos expuestos en el presente Informe, esta Oficina de Asesoría Jurídica recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 370-2023-GG/OSIPTEL y, consecuentemente, confirmar las multas impuestas.

Atentamente,

CARLOS LEONIDAS GILES PONCE  
DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA  
JURIDICA  
OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA

