

- Remitir la información requerida señalada en el Anexo 2 de la carta N° C.00366-GSF/2019, relacionada a ciento ochenta y ocho (188) líneas correspondientes al primer semestre de 2018, dentro del plazo de un (1) mes contado desde el día siguiente de la notificación de la presente Resolución.”

Artículo 2°.- DESESTIMAR la nulidad formulada por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

Artículo 3°.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

4.1 La notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. y el Informe N° 045-GAL/2020.

4.2 La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial “El Peruano”.

La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 045-GAL/2020 y las Resoluciones N° 004-2020-GG/OSIPTTEL y N° 276-2019-GG/OSIPTTEL en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

4.3 Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1867562-1

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 043-2020-CD/OSIPTTEL

Lima, 10 de marzo de 2020

EXPEDIENTE N°:	012-2019-GG-GSF/PAS 059-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA:	Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 013-2020-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) el 5 de febrero de 2020, contra la Resolución N° 013-2020-GG/OSIPTTEL, mediante la cual se sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una (1) multa de ochenta y seis con 80/100 (86,8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 50 del Anexo 2 del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija (en adelante, Reglamento de Portabilidad), aprobado con Resolución N° 166-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias¹; con una (1) multa de ciento cincuenta y uno (151) UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 23 del Anexo 2 del Reglamento de Portabilidad; y con una (1) multa de ciento cincuenta (150) UIT, al haber incurrido en la infracción grave tipificada en el artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias.

(ii) El Informe N° 046-GAL/2020 del 28 de febrero de 2020, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y

(iii) El Expediente N° 00012-2018-GG-GSF/PAS y los Expedientes de Supervisión N° 017-2018-GSF, N° 088-2018-GSF y N° 090-2018-GSF.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

Expediente N° 012-2019-GG-GSF/PAS

1.1. Mediante carta C.395-GSF/2019, notificada el 22 de febrero de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización² (en adelante, GSF) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por el presunto incumplimiento de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad durante el periodo del 01 de diciembre de 2017 al 31 de mayo de 2018 y del 01 al 31 de julio de 2018, así como por haber incurrido en el literal a) del artículo 7 del RFIS.

1.2. Mediante escrito recibido el 29 de marzo de 2019, AMÉRICA MÓVIL remitió descargos.

1.3. Con carta C.694-GSF/2019 notificada el 8 de abril de 2019, la GSF realizó una precisión a la carta de imputación en el extremo referido a la infracción tipificada como grave en el literal a) del artículo 7 del RFIS.

1.4. En atención a ello, con fecha 2 de mayo de 2019, AMÉRICA MÓVIL remitió nuevos descargos.

1.5. Posteriormente, la GSF, mediante carta C.1246-GSF/2019 notificada el 25 de junio de 2019, comunicó a AMÉRICA MÓVIL la ampliación del presente PAS por hechos adicionales vinculados al incumplimiento de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad y el artículo 7 del RFIS, durante el periodo de enero a julio de 2018.

Expediente N° 059-2019-GG-GSF/PAS

1.6. Mediante carta C.1061-GSF/2019, notificada el 30 de mayo de 2019, la GSF comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por el presunto incumplimiento de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, durante el periodo de enero a junio de 2018.

Acumulación de expedientes

1.7. Mediante carta C.1251-GSF/2019, notificada el 25 de junio de 2019, la GSF comunicó a AMÉRICA MÓVIL la acumulación de los expedientes N° 012-2019-GG-GSF/PAS y N° 059-2019-GG-GSF/PAS, asimismo subsanó una omisión parcial advertida en los anexos del Informe de Supervisión N° 056-GSF/SSDU/2019, otorgándole plazo para remitir descargos adicionales.

1.8. En atención a ello, mediante escrito recibido el 23 de julio de 2019, AMÉRICA MÓVIL amplió sus descargos.

1.9. Con carta C.645-GG/2019 notificada el 20 de setiembre de 2019, la Gerencia General puso en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL el Informe Final de Instrucción N° 142-GSF/2019, a fin que presente sus descargos, siendo que no presentó descargos al referido informe.

1.10. Mediante Resolución N° 0288-2019-GG/OSIPTTEL del 21 de noviembre de 2019³, la Primera Instancia sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una (1) multa de ochenta y seis con 80/100 (86,8) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 50 del Anexo 2 del Reglamento de Portabilidad, una (1) multa de ciento cincuenta y uno (151) UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el numeral 23 del

¹ El Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, fue aprobado con la Resolución de Consejo Directivo N° 286-2018-CD-OSIPTTEL de fecha 28 de diciembre de 2018.

² A través del Decreto Supremo N° 045-2017-PCM se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL, variándose el nombre de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

³ Notificada el 21 de noviembre de 2019.

Anexo 2 del Reglamento de Portabilidad; y con una (1) multa de ciento cincuenta (150) UIT, al haber incurrido en la infracción grave tipificada en el artículo 7 del RFIS.

1.11. El 12 de diciembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 288-2019-GG/OSIPTEL.

1.12. Mediante Resolución N° 013-2020-GG/OSIPTEL del 14 de enero de 2020⁴, la Gerencia General resolvió declarar infundado el Recurso de Reconsideración.

1.13. Con fecha 5 de febrero 2020, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 013-2020-GG/OSIPTEL; los cuales fueron ampliados mediante carta recibida el 24 de febrero de 2020.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RFIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos por los que AMÉRICA MÓVIL considera que la resolución impugnada debe revocarse, son:

3.1. Se ha vulnerado los Principios de Debido Procedimiento, Presunción de Veracidad y Buena Fe Procedimental, al haberse descartado de plano su afirmación referida a que el expediente de supervisión se encontraría incompleto.

3.2. Se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento debido a que el Informe Final de Instrucción elaborado por la GSF no incluyó las propuestas de multas.

3.3. Se ha vulnerado el Principio de Buena Fe Procedimental y Predictibilidad o Confianza Legítima dado que los periodos evaluados respecto de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, estarían subsumidos en los alcances de otras medidas administrativas.

3.4. Se ha vulnerado los Principios de Verdad Material y Tipicidad al confirmar la multa impuesta por un presunto incumplimiento del artículo 7 del RFIS.

3.5. La multa respecto al cumplimiento del artículo 7 del RFIS ha sido impuesta de manera arbitraria y contraria al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad. Asimismo, respecto a la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad solicitó la aplicación del criterio adoptado en la Resolución N° 021-2020-CD/OSIPTEL.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO:

A continuación, se analizarán los argumentos de AMÉRICA MÓVIL:

4.1. Sobre el cuestionamiento a la integridad del Expediente de Supervisión

AMÉRICA MÓVIL señala que el Expediente de Supervisión N° 00017-2018-GSF se encontraría incompleto. Dicha empresa refiere que, dado que la primera cara del Plan de Supervisión que se encuentra foliado con el N° 1, correspondía que el folio N° 2 sea la continuación del contenido del referido plan, sin embargo, el folio N° 2 corresponde a la carta C.851-GSF/2018 que comunica una acción de supervisión.

Al respecto, debe indicarse que tal como ha señalado la Gerencia General, el Instructivo para la foliación de documentos generados y recibidos en el OSIPTEL⁶, en concordancia con la Directiva N° 005-2008-AGN-DNDAAI, "Normas para la foliación de documentos archivísticos en los archivos integrantes del Sistema Nacional de Archivos", aprobada por Resolución Jefatural N° 375-2008-AGN/J⁷, establece que no se folia el reverso o la cara vuelta de las hojas ya foliadas. Dicha disposición también se encuentra prevista en la Directiva N° 006-2019-AGN/DDPA: "Lineamientos para la foliación de documentos

archivísticos de las entidades públicas", aprobada por Resolución N° 026-2019-AGN/J, la cual dejó sin efecto la Directiva N° 005-2008-AGN-DNDAAI.

De acuerdo a ello, contrariamente a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, el hecho de que el folio N° 2 del referido expediente no contenga la segunda cara del Plan de Supervisión no constituye una constatación de que este se encontrara incompleto.

AMÉRICA MÓVIL cuestiona además que no se le haya requerido el íntegro del Expediente de Supervisión N° 0017-2018-GSF, sin embargo, de la revisión del referido expediente, que obra en poder de este Organismo, se advierte que en efecto, este se encuentra completo y que el reverso o cara vuelta del Plan de Supervisión no se encuentra foliado, de conformidad con las disposiciones sobre foliación vigentes al momento de emitirse el referido Plan de Supervisión.

En ese sentido, no se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento dado que en todo momento del transcurso del presente PAS, la GSF ha identificado plenamente los hechos que sirven de imputación de cargos y AMÉRICA MÓVIL se ha encontrado facultado a presentar sus descargos, los cuales fueron valorados tanto por la GSF como por la Primera Instancia. Incluso, debe indicarse que de la revisión de los actuados, se advierte que AMÉRICA MÓVIL solicitó copias del Expediente de Supervisión N° 0017-2018-GSF en dos ocasiones a través de las cartas DMR/CE/N°1660/18 y DMR/CE/N°388/19.

De otro lado, debe indicarse que no corresponde con la realidad la alegación de AMÉRICA MÓVIL respecto a que se habrían rechazado sus afirmaciones sin contar con medio probatorio alguno, dado que como hemos señalado, la certeza respecto a la integridad del Plan de Supervisión viene dada por la revisión del Expediente de Supervisión, en el que se puede apreciar que dicho plan se encuentra completo. En tal sentido, no se ha vulnerado el Principio de Presunción de Veracidad ni Buena Fe Procedimental.

De acuerdo a lo antes señalado, debe desestimarse este extremo del Recurso de Apelación.

4.2. Sobre la omisión de la propuesta de sanción en el Informe Final de Instrucción.

AMÉRICA MÓVIL señala que se ha afectado el Principio de Debido Procedimiento al haberse emitido el Informe Final de Instrucción sin recomendación de multa, lo cual además, según dicha empresa, contravendría lo dispuesto en el artículo 255 del TUO de la LPAG.

Al respecto, el numeral 5 del artículo 255⁸ del TUO de la LPAG, establece que corresponde al Órgano de Instrucción elaborar un informe en el que se concluya determinando las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, así como la norma que prevé la imposición de sanción y la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción. En ese sentido, a diferencia de

⁴ Notificada el 15 de enero de 2020.

⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.

⁶ Vigente a la fecha de emisión del Plan de Supervisión correspondiente al Expediente N° 00017-2018-GSF.

⁷ También vigente a la fecha de emisión del Plan de Supervisión correspondiente al Expediente N° 00017-2018-GSF.

⁸ "Artículo 255.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

(...)

5. Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento concluye determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción; o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula un informe final de instrucción en el que se determina, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de sanción; y, la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda.

(...)"

lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, conforme señala el TUO de la LPAG no se ha establecido expresamente que, entre las recomendaciones efectuadas por el Órgano de Instrucción, se realice el cálculo de la multa.

En esa misma línea, en el artículo 20 del RFIS se establece que, una vez culminada la etapa de instrucción, en calidad de Órgano de Instrucción, la GSF emite un informe proponiendo la imposición de una sanción o el archivo del procedimiento; siendo competencia del Órgano de Resolución –entre ellos la Gerencia General-aplicar la sanción que corresponda (amonestación o multa), así como establecer el monto de la multa, de ser el caso.

Debe indicarse que la GSF, en su calidad de órgano instructor, emitió su Informe Final de Instrucción en el que determinó las conductas que se consideran probadas constitutivas de infracción y la calificación de la infracción que correspondía a cada una.

De acuerdo a ello, AMÉRICA MÓVIL conocía de manera antelada, que en caso de imponérsele una sanción de multa, cuál habría sido el monto mínimo y máximo que se le podía imponer por las infracciones cometidas. En ese sentido, la emisión del Informe Final de Instrucción se ajusta a lo dispuesto en la normativa vigente.

De otro lado, es importante mencionar que, conforme a lo establecido en el numeral 182.1 del artículo 182 del TUO de la LPAG, salvo disposición legal expresa, los informes se presumen facultativos y no vinculantes, de modo que el contenido del Informe Final de Instrucción elaborado por la GSF en su calidad de órgano supervisor e instructor del procedimiento sancionador, no resulta imperativo a la Gerencia General, que finalmente determina si existe responsabilidad administrativa y determina la sanción a imponer, en caso corresponda.

En ese sentido, este Consejo considera que no se ha afectado el debido procedimiento ni el derecho de defensa de AMÉRICA MÓVIL en el presente caso, por lo que debe desestimarse este extremo.

4.3. Sobre la supuesta subsunción de los periodos evaluados respecto de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad en los alcances de una Comunicación Preventiva

AMÉRICA MÓVIL señala que con fecha 26 de noviembre de 2018, es decir con anterioridad al inicio del PAS, se le notificó la carta C.1969-GSF/2018 a través de la cual se le informó el resultado del monitoreo realizado para verificar lo dispuesto en los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, exhortándola a través de una Comunicación Preventiva a cumplir con la referida norma. Asimismo, ha hecho referencia a la carta C.0098-PD/2019, mediante la cual el Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL, exhorta al cumplimiento del Reglamento de Portabilidad.

De acuerdo a dicha empresa, se debió disponer el archivo del PAS por los presuntos incumplimientos de los artículos antes mencionados, dado que estos se encontrarían dentro de los alcances de la mencionada Comunicación Preventiva, así como de la carta C.0098-PD/2019.

Al respecto, debe indicarse en primer término que la emisión de una Comunicación Preventiva en el marco de un Monitoreo no excluye el inicio de un PAS, en la medida que aquella constituye una figura destinada a poner en conocimiento de la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que esta adopte las acciones correspondientes cuando aún no se ha verificado la consumación de un incumplimiento. Sin embargo, en caso se opte por realizar una Acción de Supervisión, que puede abarcar un periodo previo, posterior o que incluya a la Comunicación Preventiva; y se verifiquen incumplimientos, corresponderá iniciar el trámite para la imposición de medidas que correspondan cuando ya se ha consumado un incumplimiento, por ejemplo, una Medida Correctiva o una sanción.

Ello no constituye un exceso de punición para el administrado, en la medida que la Comunicación Preventiva, no obliga a la empresa a adoptar alguna medida específica, sino que, con un enfoque de prevención, es la empresa operadora la que decidirá si

adopta alguna medida o no, como reacción a la referida comunicación.

Cabe señalar que la Exposición de Motivos del Reglamento General de Supervisión⁹ establece que *“la comunicación preventiva no es requisito previo para la realización de una acción de supervisión, el inicio de procedimientos administrativos sancionadores o de medidas correctivas”*. En ese sentido, queda claro que la aplicación de la figura de la Comunicación Preventiva y el inicio de un PAS es independiente.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, debe indicarse que los inconvenientes advertidos en la Carpeta de Monitoreo N° 0089-2018-GSF/MON -que fueron únicamente respecto del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad- corresponden a casuística distinta a la evaluada en el presente PAS, toda vez que en el Monitoreo se evaluó las consultas previas y solicitudes de portabilidad rechazadas indebidamente por la causal *“El número telefónico no pertenece al Concesionario Cedente – REC01PRT05”*, en tanto en el presente PAS se han analizado las casuísticas distintas.

En consecuencia, la emisión de la Comunicación Preventiva a la que hace referencia AMÉRICA MÓVIL, no suprime la acción fiscalizadora y sancionadora del OSIPTEL respecto a los incumplimientos detectados en las acciones de supervisión llevadas a cabo por la GSF.

En cuanto a la emisión de la carta C.098-PD/2019, esta tampoco limita el ejercicio de las funciones supervisoras y sancionadoras de los órganos instructor y sancionador, puesto que además de no estar regulada como una *“medida específica”* en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, ni en el Reglamento General de Supervisión, no ha sido emitida en el marco de ningún expediente de supervisión ni monitoreo.

De otro lado, respecto a las Resoluciones N° 074-2018-CD/OSIPTEL y N° 075-2018-CD/OSIPTEL a los que hace referencia AMÉRICA MÓVIL en su Recurso de Apelación, no resultan aplicables al caso particular, toda vez que a diferencia de las circunstancias presentadas en el presente PAS, en dichos casos sí existía traslape de entre un PAS y Medidas Correctivas previas, no respecto de una Comunicación Preventiva.

De acuerdo a lo antes expuesto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

4.4. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Verdad Material y Tipicidad respecto del incumplimiento del artículo 7 del RFIS.

AMÉRICA MÓVIL señala que contrariamente a lo señalado por la GSF y la Gerencia General, si entregó la información solicitada de manera oportuna, la cual fue posteriormente ampliada, lo que no implicaba que la información entregada en un primer momento no resulte válida o haya sido presentada fuera del plazo otorgado por la GSF o no exista. Asimismo, dicha empresa señala que se habría imputado una supuesta infracción administrativa que en realidad de los hechos no se ha configurado, lo que vulneraría el Principio de Tipicidad.

Con relación a ello, debe indicarse que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 7 del RFIS, la no entrega de información incompleta requerida al OSIPTEL constituye una infracción grave, siendo que incurrirá en dicha infracción la empresa operadora que entregue información incompleta, siempre y cuando, se den las siguientes condiciones: (i) que el OSIPTEL hubiere requerido por escrito la solicitud de la información, (ii) que el regulador hubiere calificado como obligatoria su remisión y (iii) que se le hubiera indicado el plazo perentorio para su entrega.

En ese sentido, los supuestos tipificados en el literal a) del artículo 7 del RFIS se presentarán cuando: la empresa no presente información calificada como obligatoria o no la presente dentro del plazo perentorio previamente determinado por el OSIPTEL; o, cuando la empresa operadora presente información incompleta, calificada como obligatoria dentro de un plazo perentorio previamente determinado por el OSIPTEL.

⁹ Aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

Ahora bien, en el presente caso la infracción imputada respecto al artículo 7 del RFIS se configuró respecto de la entrega extemporánea y no remisión en el plazo de la información del “*histórico de movimientos del estado de números telefónicos que presentaron objeción de a su consulta previa y/o solicitud de portabilidad por el motivo de Titularidad, a fin de analizar las objeciones presentadas desde diciembre de 2017 a mayo de 2018 y julio de 2018*”, solicitada a través de las cartas C.1193-GSF/2018 y C.1654-GSF/2018.

Cabe indicar que AMÉRICA MÓVIL remitió la información correspondiente a la primera carta a través de la comunicación DMR/CE/N°1416/18 y posteriormente, reemplazó esta información mediante la comunicación DMR/CE/N°1474/18, recibida el 13 de setiembre de 2018. Asimismo, dicha empresa remitió la información correspondiente a la segunda carta a través de la comunicación DMR/CEN°1767/18 y posteriormente, reemplazó esta información mediante comunicación DMR/CE/N°1770/18, recibida el 13 de noviembre de 2018.

En tal sentido, respecto a lo alegado por dicha empresa en su Recurso de Apelación respecto a que las cartas DMR/CE/N°1474/18 y DMR/CE/N°1770/18 no dejaron sin efecto sus comunicaciones DMR/CE/N°1474/18 y DMR/CE/N°1770/18, respectivamente, sino que únicamente compilaron y/o complementaron la información remitida inicialmente con información adicional; de la revisión del expediente, este Consejo Directivo coincide con la Gerencia General respecto a que dicha alegación parte de una premisa errada. En efecto, del contenido de las cartas DMR/CE/N°1474/18 y DMR/CE/N°1770/18 se desprende que es la propia empresa la que señala que la información contenida en estas reemplazan a la remitida en las cartas anteriores.

En atención a lo antes expuesto, no se ha vulnerado el Principio de Tipicidad, toda vez que la conducta sancionable se encuentra claramente definida, siendo que es obligación de la empresa entregar información en el plazo establecido y de manera completa al OSIPTEL.

Asimismo, no se ha vulnerado el Principio de Verdad Material en la medida que ha adoptado su decisión respecto de considerar que la información remitida mediante las comunicaciones DMR/CE/N°1474/18 y DMR/CE/N°1770/18, reemplazaba a la información remitida con anterioridad, sobre la base de lo señalado por el mismo administrado. En este punto, es importante mencionar que ante un requerimiento de información, la empresa operadora debe dar cumplimiento cabal de la entrega en los plazos previstos y no entregar cualquier información distinta o incompleta a efectos de argumentar haber remitido la misma dentro del plazo, para luego “subsanarla” o “reemplazarla”; lo contrario generaría un perjuicio a la Administración, dado que no contará con la información necesaria para lograr la finalidad de dicho requerimiento en los plazos previstos.

De otro lado, debe indicarse que además de la información que fue remitida fuera de plazo, la imputación incluye información que no fue remitida, específicamente respecto a veintisiete mil setecientos cuarenta y tres (27 743) registros de información vinculados a los rechazos indebidos por titularidad, así como veintinueve mil ochocientos treinta (29 830) registros de información vinculados a los rechazos indebidos por modalidad de pago. Cabe señalar que respecto a este extremo AMÉRICA MÓVIL no ha negado haber incurrido en la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 del RFIS¹⁰.

En consecuencia, debe desestimarse este extremo del Recurso de Apelación.

4.5. Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.

Respecto al incumplimiento del artículo 7 del RFIS

AMÉRICA MÓVIL señala que, en lo correspondiente a la probabilidad de detección, si esta es alta, la sanción que le correspondería no debería ser la máxima contemplada en el rango de las infracciones calificadas como graves. Asimismo, dicha empresa refiere que en el presente caso la Gerencia General ha reconocido que no existen elementos objetivos de un perjuicio económico

causado, reincidencia en la comisión de la infracción ni intencionalidad de la conducta, ni se ha considerado como circunstancia de la comisión de la infracción, la información remitida mediante cartas DMR/CE/N°1416/18 y DMR/CE/N°1767/18.

Con relación a ello, debe indicarse que, tal como reconoce AMÉRICA MÓVIL, toda sanción no es resultado de un único criterio, por lo que el que la probabilidad de detección haya sido determinada como Alta no podría determinar de forma individual la cuantía de una sanción administrativa. Así, es preciso indicar que la Gerencia General ha desarrollado cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RFIS, acotando el análisis de cada uno de ellos¹¹ a los hechos observados en el presente expediente.

En ese sentido, tomando en cuenta que –en general– la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no son considerados en la determinación de la multa, tal como se advirtió para los criterios indicados por AMÉRICA MÓVIL; no obstante, ello no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado por Gerencia General.

Cabe indicar que un criterio que ha sido importante para el cálculo de la cuantía de la presente multa ha sido el beneficio ilícito, el cual es un costo evitado representado por todas las actividades o medidas que debió desplegar, dirigidas a cumplir con remitir la información al OSIPTEL, dentro del plazo establecido o de manera completa.

Asimismo, debe considerarse que con su conducta, AMÉRICA MÓVIL ha evitado que la GSF verifique el cumplimiento del Reglamento de Portabilidad, respecto de cincuenta y siete mil quinientos setenta y tres (57 573) registros, toda vez que respecto de dichos registros, la empresa operadora no remitió información alguna, es decir, afectó la función supervisora respecto de la verificación del cumplimiento de la obligación de los artículos 20 y 22 del referido reglamento.

Por otra parte, en relación a la intencionalidad y la reincidencia, resulta importante señalar que –de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG– constituyen agravantes; sin embargo, los mismos no han sido observados ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fueron considerados en la graduación de la multa impuesta.

Finalmente, respecto a lo alegado sobre las circunstancias de comisión de la infracción, nos remitimos a lo señalado en el acápite anterior.

En ese sentido, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

Respecto al incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad

AMÉRICA MÓVIL ha solicitado aplicar el criterio adoptado en la Resolución N° 021-2020-CD/OSIPTEL, a efectos que se determine un nuevo importe de la multa en atención al rango establecido para infracciones leves.

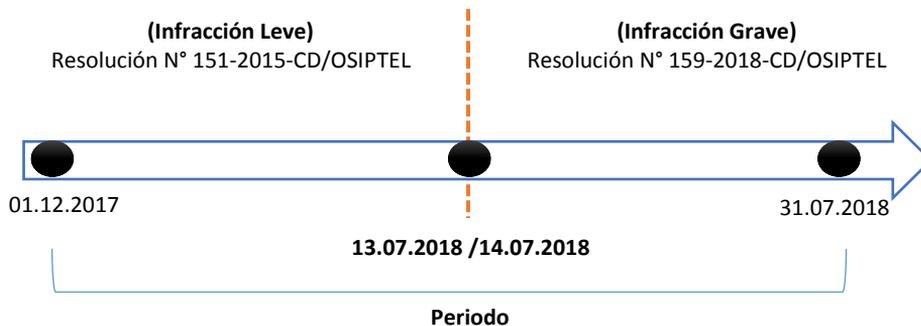
Sobre el particular, corresponde precisar que a través de la Resolución N° 159-2018-CD/OSIPTEL vigente desde el 14 de julio de 2018, se modificó —entre otros—, la calificación de la infracción asociada al incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, es decir, a partir de dicha fecha las objeciones indebidas de consultas previas de solicitudes de portabilidad, dejaron de ser leves para ser calificadas como graves.

¹⁰ Si bien en el transcurso del presente PAS AMÉRICA MÓVIL ha remitido información adicional, la misma sigue teniendo observaciones.

¹¹ Tales como: Beneficio ilícito, probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, reincidencia, circunstancias de la comisión de la infracción y, existencia o no de intencionalidad.

Ahora bien, de conformidad con lo establecido en el numeral 5 del artículo 248 del TUP del LPAG, son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción. Sin embargo, de los actuados en el presente PAS se verifica que los incumplimientos imputados corresponden al periodo de

1 de diciembre de 2017 al 31 de julio 2018; es decir, a hechos ocurridos durante la vigencia de dos normas, la primera que califica la infracción como leve (Resolución N° 151-2015-CD/OSIPTEL) y la segunda que califica la infracción como grave (Resolución 159-2018-CD/OSIPTEL), conforme se explica a continuación:



Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar el tipo de infracción que constituye el incumplimiento, para lo cual se analiza la conducta infractora como la acción concreta que aquella tipifica como ilícito administrativo.

En el caso de la objeción indebida de consulta previa de la solicitud de portabilidad, acorde a lo señalado por la Gerencia General, aun cuando cada rechazo indebido supuso por separado una infracción, en tanto se vulnera el mismo o similar precepto, se considera como una única infracción; por lo que, para efectos del presente PAS, se dará el tratamiento de una infracción continuada¹².

Ahora, si bien nos encontramos ante una infracción continuada y, por lo tanto, correspondería aplicar la norma vigente a la terminación del periodo de realización de la conducta infractora; lo cierto es que, en este caso en particular, durante el periodo de la comisión de la infracción se encontraron vigentes dos normas, y la última agravó la calificación de la infracción, es decir que pasó de ser una infracción leve a una grave.

Es importante señalar que, no existe una posición única en la Doctrina cuando se refiere a una conducta que hubiera estado tipificada desde que se empieza a cometer y, que posteriormente, durante el periodo en que se consuma se agrava la sanción aplicable.¹³ Al respecto, este Colegiado considera que debe aplicarse la sanción más leve. Ello, sustentando en que estaríamos ante un conflicto en la aplicación de dos normas sancionadoras inmediatamente aplicables y no ante el conflicto de dos normas en el tiempo; por lo que debe solucionarse aplicando la norma más favorable en caso de duda o conflicto¹⁴.

Conviene señalar que si bien la aplicación retroactiva de las normas en el tiempo se regula en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, la regulación de la aplicación más favorable en caso de duda o conflicto simultáneo en el tiempo, se encuentra contenida en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución. Teniendo en cuenta ello, en este caso en particular, ante el conflicto por la aplicación de las normas que califican la infracción –objeción indebida de la consulta previa de la solicitud de portabilidad– como leve y posteriormente como grave, corresponde aplicar la norma más favorable al administrado.

En consecuencia, si bien la conducta imputada se extiende y se consuma dentro del ámbito de vigencia de la Resolución N° 059-2018-CD/OSIPTEL, en atención a la aplicación de la norma más favorable, la conducta de la empresa operadora será sancionada bajo lo dispuesto en la Resolución N° 151-2015-CD/OSIPTEL, es decir que la infracción se considerará como leve.

Ahora bien, debe resaltarse que en tanto la graduación de la multa base era incluso mayor al tope establecido para las multas leves, el monto de la multa debe ser reconducido al tope máximo de las sanciones calificadas como leves, es decir 50 UIT.

En virtud de todo lo expuesto, corresponde modificar el monto de la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, de 86,8 UIT a 50 UIT.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, el análisis y conclusiones contenidos en el Informe N° 046-GAL/2020, que esta instancia hace suyos, corresponde declarar fundado en parte el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL.

V. PUBLICACION DE SANCIONES

Al ratificar este Consejo Directivo que corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL con una (1) multa por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 23 del Reglamento de Portabilidad, así como con una (1) multa por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7 del RFIS, corresponde la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 737.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 013-2020-GG/OSIPTEL, y en consecuencia:

(i) MODIFICAR la multa de ochenta y seis con 80/100 (86,8) UIT a cincuenta (50) UIT, al haber incurrido en la infracción leve tipificada en el numeral 50 del Reglamento de Portabilidad en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 166-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber incumplido lo establecido en el artículo 20 de la referida norma.

(ii) CONFIRMAR la MULTA de ciento cincuenta y un (151) UIT, al haber incurrido en la infracción muy grave tipificada en el numeral 23 del Reglamento de Portabilidad

¹² Víctor Sebastian Baca Oneto. La Prescripción de las Infracciones y su Clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En Especial, Análisis de los Supuestos de Infracciones Permanentes y Continuadas). Derecho y Sociedad 37.

¹³ Víctor Sebastian Baca Oneto. LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE EN DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. Pág 269.

¹⁴ Marcial Rubio Correa. Aplicación de la Norma Jurídica en el tiempo. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 79

en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 166-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias, al haber incumplido lo establecido en el artículo 22 de la referida norma.

(iii) CONFIRMAR la MULTA de ciento cincuenta (150) UIT, al haber incurrido en la infracción grave tipificada en el artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias.

Artículo 2°.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 046-GAL/2020 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.;

(ii) La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano".

(iii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 046-GAL/2020, la Resolución N° 0288-2019-GG/OSIPTTEL y la Resolución N° 013-2020-GG/OSIPTTEL, en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

(iv) Poner en conocimiento la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1867563-1

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 044-2020-CD/OSIPTTEL**

Lima, 10 de marzo de 2020

EXPEDIENTE N°	065-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA	Recurso de Apelación interpuesto contra la Resolución N° 014-2020-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 014-2020-GG/OSIPTTEL, mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 268-2019-GG/OSIPTTEL la misma que sancionó de acuerdo al siguiente detalle:

- Una (1) multa de ciento cincuenta y un (151) UIT, al haber incurrido en la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹, (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), en tanto incumplió con lo estipulado en el primer párrafo artículo 11-E de la referida norma.

- Una (1) multa de cincuenta y un (51) UIT, al haber incurrido en la infracción grave tipificada en el artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, en tanto incumplió con lo estipulado en el numeral i) del artículo 12 de la referida norma.

- Una (1) multa de cien (100) UIT, al haber incurrido en la infracción grave tipificada en el artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones² (en adelante, RFIS).

(ii) El Informe N° 043-GAL/2020 del 27 de febrero de 2020, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta

el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y

(iii) El Expediente N° 065-2019-GG-GSF/PAS y el Expediente N° 102-2018-GSF.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. La Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) mediante carta N° 1305-GSF/2019 notificada con fecha 4 de julio de 2019, comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de las siguientes infracciones:

Incumplimiento	Infracción	Gravedad	Conducta	N° de líneas
Primer párrafo del artículo 11-E del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones ³ , (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso)	Artículo 4 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso	Muy Grave	Contrató y activó la undécima línea (y subsiguientes), sin que se haya validado la identificación del contratante con el sistema de verificación biométrica.	174
Numeral i) del artículo 12 del TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 3 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso	Grave	No conservó el cargo de presentación del cuestionamiento de titularidad en la que se señala el plazo máximo en que se retiraría la información de los datos personales incluidos en el registro respectivo y el código o número correlativo de identificación del cuestionamiento de titularidad.	17
			No señalar el código o números correlativos de identificación en la constancia de cuestionamientos de titularidad	
Artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones ⁴ (en adelante, RFIS)	Artículo 7 del RFIS	Grave	Remitir de manera incompleta, la información requerida con carta N° 1999-GSF/2018 en el plazo perentorio establecido en la carta N° 214-GSF/2019	-

1.2. Mediante escritos recibidos el 12 de agosto y el 2 de setiembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.

1.3. La GSF remitió el Informe Final de Instrucción N° 154-GSF/2019 a la Gerencia General, el cual fue notificado a AMÉRICA MÓVIL el 1 de octubre de 2019, mediante carta N° 668-GG/2019, a fin que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

¹ Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL y sus modificaciones

² Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias.

³ Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL y sus modificaciones

⁴ Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias.