

**ORGANISMO SUPERVISOR
DE INVERSIÓN PRIVADA EN
TELECOMUNICACIONES**

**Declaran infundado recurso de apelación
interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ
S.A.C. contra la Res. N° 204-2020-GG/
OSIPTEL y confirman multa**

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 167-2020-CD/OSIPTEL**

Lima, 9 de noviembre de 2020

EXPEDIENTE N°	: 00041-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA	: Recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 204-2020-GG/OSIPTEL
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° 204-2020-GG/OSIPTEL, mediante la cual declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL que sancionó a la referida empresa con una multa de cincuenta y uno (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 19 del Reglamento de Calidad de la Atención a Usuarios por parte de las Empresas Operadoras de Servicio de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles¹ (en adelante, Reglamento de Calidad de Atención), al haber incumplido el artículo 16 de la referida norma, al obtener valores por debajo de la meta específica en tres (3) Centros de Atención al Cliente (en adelante, CAC) durante los meses de julio y agosto de 2017.

(ii) El Informe N° 013-OAJ/2020 del 30 de octubre de 2020, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 00041-2019-GG-GSF/PAS

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante carta N° 878-GSF/2019, notificada el 10 de mayo de 2019, la Dirección de Fiscalización e Instrucción² (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado el presunto incumplimiento del artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención, por no haber cumplido la meta específica del indicador "Tiempo de Espera para la Atención Presencial" (TEAPij) prevista en el Anexo B, conforme al siguiente detalle³:

Tipificación y Calificación	Mes	Oficina	Trámite - TEAPij %				
			Alta	Baja	Consulta	Reclamo	
Reglamento de Atención a Usuarios	Artículo 19	Grave	Julio 2017	CAC Iquitos	33,11%		
			Agosto 2017	CAC Huaraz		34,43%	
				CAC Tumbes	34,56%		37,53%

1.2. El 7 de junio de 2019, luego de concedérsele una prórroga de plazo de diez (10) días hábiles, AMÉRICA MÓVIL remitió sus descargos.

1.3. A través de la carta N° 841-GG/2020 notificada el 12 de diciembre de 2019, la Primera Instancia remitió a AMÉRICA MÓVIL copia del Informe N° 172-GSF/2019 (en adelante, Informe Final de Instrucción), en el que se analiza los descargos presentados por dicha empresa; otorgándosele un plazo de cinco (5) días para la formulación de descargos.

1.4. Mediante Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL⁴ del 9 de enero de 2020, la Primera Instancia dispuso

ampliar por tres (3) meses el plazo para resolver el PAS en primera instancia⁵.

1.5. Con Decreto de Urgencia N° 026-2020, publicado el 15 de marzo de 2020, se declaró la suspensión por treinta (30) días hábiles contados a partir del 16 de marzo de 2020, del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia de dicha disposición normativa. Dicha suspensión de plazos fue objeto de sucesivas prórrogas, la última hasta el 10 de junio de 2020, a través del Decreto Supremo N° 087-2020-PCM.

1.6. Mediante Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL⁶ del 27 de mayo de 2020, la Primera Instancia sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una multa de cincuenta y uno (51) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 19 del Reglamento de Calidad de Atención, al haber incumplido el artículo 16 de la referida norma, al obtener valores por debajo de la meta específica en tres (3) Centros de Atención al Cliente (en adelante, CAC) durante los meses de julio y agosto de 2017.

1.7. El 30 de junio de 2020, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL.

1.8. Mediante Resolución N° 204-2020-GG/OSIPTEL⁷ del 31 de agosto de 2020, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por AMÉRICA MÓVIL.

1.9. Con fecha 21 de septiembre de 2020, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 204-2020-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones⁸ (en adelante, RFIS) 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) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, 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:

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

3.1. La Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL que dispuso ampliar el plazo de caducidad no se encuentra sustentada; por lo que, a su entender, sería nula de pleno derecho al haber vulnerado el Principio de Legalidad.

3.2. Se habrían vulnerado los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud, debido a que no se han valorado las acciones que acreditan su debida diligencia.

3.3. Se habrían vulnerado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, toda vez que no se ha evaluado la posibilidad de imponer una medida menos gravosa.

3.4. Se habrían vulnerado los Principio de Razonabilidad, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad

¹ Aprobado por Resolución N° 127-2013-CD/OSIPTEL

² De acuerdo al nuevo Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, cuya Sección Primera fue aprobada por Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y su Sección Segunda fue aprobada por Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL, las funciones correspondientes a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización son realizadas en lo sucesivo por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.

³ La imputación se sustentó en el Informe N° 041-GSF/SSDU/2019, de fecha 6 de mayo de 2019, emitida en el Expediente de Supervisión N° 004-GSF/2019.

⁴ Notificada el 10 de enero de 2020, a través de la carta N° 027-GG/2020.

⁵ Dicha resolución se sustenta además en el Informe N° 008-PIA/2020 del 9 de enero de 2020.

⁶ Notificada mediante correo electrónico del 27 de mayo de 2020.

⁷ Notificada mediante correo electrónico del 31 de agosto de 2020.

⁸ Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL

o Confianza Legítima por cuanto no se ha aplicado el atenuante por implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Con relación a los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL, cabe señalar lo siguiente:

4.1. Respecto a la supuesta nulidad de la Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL, que dispuso ampliar el plazo de caducidad, no se encuentra debidamente sustentada debido a que las razones alegadas por la Primera Instancia no justifican dicha ampliación; por lo que, al contravenir lo dispuesto en el artículo 259 del TUO de la LPAG, es nula de plena derecho.

En ese sentido, AMÉRICA MÓVIL expresa que el análisis contenido en la Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL que le impuso una multa de cincuenta y uno (51) UIT no difiere del Informe Final de Instrucción y tampoco se ha realizado una sola actuación "adicional", toda vez que desde el 7 de junio de 2019 -fecha de presentación de descargos- no ha presentado alegatos adicionales ni descargos al Informe Final de Instrucción.

AMÉRICA MÓVIL sostiene que -teniendo en cuenta que la Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL sería nula de pleno derecho- habría operado automáticamente la caducidad en tanto que el PAS fue iniciado con carta N° 878-GSF/2019, de fecha 10 de mayo de 2019, y la Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL que la sancionó le fue notificada mediante correo electrónico de fecha 27 de Mayo de 2020.

Sobre el particular, cabe señalar que el numeral 1 del artículo 259 del TUO de la LPAG dispone que el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contados desde la fecha de notificación de la imputación de cargos y que dicho plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento.

Como puede advertirse, la regla general es que los procedimientos administrativos sancionadores se resuelvan y notifiquen en nueve (9) meses; no obstante, existe una excepcionalidad en virtud de la cual la autoridad competente puede ampliar el plazo justificando su decisión de manera motivada mediante una resolución que deberá ser notificada al administrado en forma anterior al vencimiento del referido plazo de caducidad.

En el presente caso, se advierte que la Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL se encuentra debidamente motivada, toda vez que al remitirse al Informe N° 008-PIA/2020, sustenta claramente que la justificación de la ampliación obedece no solo a la necesidad de contar con el tiempo adecuado para evaluar los argumentos y medios probatorios presentados por AMÉRICA MÓVIL sino también al incremento desproporcionado de expedientes sancionadores a cargo de la Primera Instancia Administrativa. Por lo tanto, la alegada vulneración al artículo 259 del TUO de la LPAG es inexistente.

De otro lado, es importante mencionar que la labor de los órganos competentes para imponer sanciones, como es el caso de la Primera Instancia, no consiste en una mera aprobación o rechazo de lo expuesto en el Informe Final de Instrucción remitido por la DFI sino que implica una evaluación detallada de los cargos imputados, los descargos presentados por la empresa operadora, así como de las condiciones eximentes y atenuantes de responsabilidad.

Por lo tanto, si bien los argumentos contenidos en la Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL que resolvió sancionar a AMÉRICA MÓVIL pueden coincidir con lo expuesto en el Informe Final de Instrucción de modo alguno esto implica que la Gerencia General no haya efectuado el análisis de los alegatos expuestos ni haya valorado los medios probatorios ofrecidos por la empresa operadora, luego de haberse dispuesto la ampliación del plazo de caducidad.

Finalmente, toda vez que la Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL no contiene vicios que cause su nulidad

de pleno derecho, habiéndose iniciado el PAS el 10 de mayo de 2019, el plazo máximo para resolver y notificar la resolución final se habría cumplido, en principio, el 10 de mayo de 2020; sin embargo, en virtud del Decreto de Urgencia N° 026-2020 y sus respectivas ampliaciones, se suspendió el plazo de tramitación desde el 16 de marzo hasta el 10 de junio de 2020. Por lo tanto, al haberse notificado la Resolución N° 105-2020-GG/OSIPTEL mediante correo electrónico de fecha 27 de Mayo de 2020, no queda duda que la misma se produjo dentro del plazo establecido.

Por lo expuesto, al no existir causal de nulidad en la Resolución N° 009-2020-GG/OSIPTEL, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

4.2. Respecto a la supuesta vulneración de los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud

AMÉRICA MÓVIL sostiene que se han vulnerado los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud, toda vez que la Primera Instancia le ha atribuido responsabilidad objetiva toda vez que se ha limitado a señalar el incumplimiento de la meta establecida para el indicador específico TEAPij y no ha verificado si ha actuado con culpa, a partir de la evaluación de las acciones desplegadas que acreditan su diligencia debida, las cuales le han permitido alcanzar un alto nivel de cumplimiento. Por ello, considera que lo que sucedido en los tres (3) CAC imputados como incumplimiento, escapa de su responsabilidad.

Al respecto, expresa que las acciones desplegadas para dar cumplimiento a la meta específica el indicador TEAPij fueron: i) la configuración del Sistema de Gestión Colas que garantiza que todos los tipos de trámite efectuados en sus CAC sean atendidos de manera equitativa, sin discriminarse uno de otros; ii) el dimensionamiento de personal desplegado en sus CAC a nivel nacional el cual se mantiene constante y no ha variado respecto a los meses anteriores (septiembre 2016 a agosto 2017), en los que se alcanzó la meta específica; y, iii) la implementación de la "Jefatura de Control e Información" que monitorea los resultados de los indicadores en sus CAC a efectos de tomar las acciones correctivas respectivas y que ha conllevado a que los resultados mensuales obtenidos mejoren progresivamente.

De manera preliminar, corresponde indicar que el artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención dispone que las empresas operadoras deben cumplir, entre otras, la meta específica del indicador TEAPij previsto en el Anexo B de la referida norma.

Cálculo mensual por oficina de atención y trámite:

$$TEAPij = \frac{\text{Número de atenciones personales por trámite y oficina en un mes, atendidas dentro los primeros 15 minutos de espera}}{\text{Número total de atenciones personales por trámite y oficina, en un mes}} \times 100$$

Donde:

i = número de la oficina de atención

j = tipo de trámite (alta, baja, consulta y reclamo)

atenciones personales = constancias de arribo entregadas a los usuarios

Nota: Los quince (15) minutos deben ser contabilizados desde la entrega al usuario de la constancia de arribo hasta que se inicia la atención al usuario.

Se excluye de la medición las constancias de arribo entregadas para atención preferente.

Al respecto, la Exposición de Motivos del Reglamento de Calidad de Atención señala que la meta específica del indicador TEAPij ha sido establecida para "(...) evitar que la empresa operadora pueda compensar de manera excesiva los promedios de los valores por tipo de trámite y oficina (...)"; por lo que "(...) en ningún caso el valor del porcentaje del indicador para un trámite y oficina en particular deberá ser inferior al 40 %."

En esa línea, el Reglamento de Calidad de Atención tiene por objeto establecer las condiciones mínimas y los indicadores de calidad de atención a usuarios a ser aplicados por las empresas operadoras de los servicios de telefonía fija y servicios públicos móviles, con el fin de garantizar estándares mínimos de atención en los trámites que realicen los usuarios.

Siendo ello así, el artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención dispone que las empresas operadoras deben cumplir con las metas para cada uno de los indicadores de atención, siendo entre otros, la meta específica del indicador TEAPij contemplada en el Anexo B del citado Reglamento, esto es, que el cálculo mensual

por oficina y trámite del referido indicador no sea menor al cuarenta por ciento (40%).

De otro lado, es importante precisar que para la configuración de la infracción no es necesaria la intencionalidad en la conducta por parte de la empresa operadora sino que, como ha sido expuesto por la Primera Instancia, basta que esta actúe sin la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación, es decir, infrinja el deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo prever.

Siendo ello así, y en la línea de lo sostenido por la Primera Instancia, la diligencia debida es exigida a los administrados respecto al cumplimiento de lo dispuesto en una norma. Es decir, dicho deber de cuidado está directamente relacionado con las acciones a cargo de los administrados a efectos de evitar algún posible incumplimiento, máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento, y por ende, debida observancia, resulta exigible.

En efecto, la doctrina especializada⁹ –reconocida fuente del derecho–, señala que la “diligencia” debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que, en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren habilitación administrativa (como es el caso de la Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones) y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior.

Por tal motivo, el nivel de diligencia exigido a AMÉRICA MÓVIL debe ser alto, puesto que dicha empresa operadora, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado.

En el caso en particular, la Primera Instancia determinó la responsabilidad administrativa de AMÉRICA MÓVIL luego de verificar que, en los meses de julio y agosto de 2017, en los CAC Iquitos, Huaraz y Tumbes se obtuvo valores por debajo de la meta específica del indicador TEAPIj establecida en el Anexo B del Reglamento de Calidad de Atención, esto es el 40%, y que dicho resultado fue ocasionado por la falta de diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones; lo cual evidencia la adopción de un régimen de responsabilidad subjetiva y, por lo tanto, no se vulnera el Principio de Culpabilidad.

A mayor abundamiento, corresponde indicar que las acciones que AMÉRICA MÓVIL alega haber desplegado para dar cumplimiento a la meta específica del indicador TEAPIj evidencian no solo su falta de diligencia puesto que no resultaron efectivas para dar cabal cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención sino que también permiten concluir que existen defectos en su organización interna. De este modo, no existe vulneración al Principio de Presunción de Licitud, toda vez que ha quedado plenamente acreditado que AMÉRICA MÓVIL no actuó con la diligencia debida para dar cumplimiento a la meta específica del indicador en los tres (3) CAC imputados.

En efecto, la sola implementación de un Sistema de Gestión Colas no permite advertir que AMÉRICA MÓVIL haya actuado con la diligencia debida puesto que la misma no ha resultado lo suficientemente eficiente para cumplir su obligación. Asociado a ello, se advierte que la implementación de la Jefatura de Control e Información no ha tomado las acciones correspondientes para mejorar los resultados obtenidos puesto que, de haber actuado diligentemente, hubiera advertido oportunamente la disminución del porcentaje del indicador TEAPIj en cada uno de los CAC imputados y hubiera recomendado, entre otras acciones, el incremento de asesores a fin de evitar que en julio (CAC Iquitos) y agosto (CAC Huaraz y Tumbes) de 2017 se incumpla la meta para dicho indicador.

En ese sentido, conforme se advierte del cuadro inserto en la página 37 de su Recurso de Apelación, para el caso del CAC Iquitos, el porcentaje del indicador TEAPIj para el trámite de altas empieza a disminuir durante los meses de abril (75.48%), mayo (63.54%) y junio (57.36%) de 2017 para llegar al mes de julio en donde se obtuvo un indicador de 33.11%, cuyo incumplimiento ha sido materia del presente PAS. Situación similar se produce en el CAC Huaraz y en el CAC Tumbes y no solo en los trámites cuyo incumplimiento ha sido imputado en el PAS sino que, en todos los trámites en general, se advierte una disminución progresiva de porcentaje del indicador TEAPIj, de acuerdo

a los cuadros insertos en las páginas 38 y 39 del Recurso de Apelación.

De otra parte, en cuanto a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL respecto al bajo porcentaje de incumplimientos que representa el 0.15% de todo el universo evaluado, debe indicarse que de la lectura del artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención, así como de su Anexo B, se desprende que la tipificación del incumplimiento de la meta específica del indicador TEAPIj contempla la posibilidad de sancionar el incumplimiento independientemente de la cantidad de situaciones o casos en las que se advierta dicho incumplimiento.

De este modo, al no existir vulneración de los Principios de Culpabilidad y Presunción de Licitud, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

4.3. Respecto a la supuesta vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad

AMÉRICA MÓVIL sostiene que se han vulnerado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad al confirmarse la multa de cincuenta y uno (51) UIT sin valorarse que el porcentaje de incumplimiento representa únicamente el 0.15% de un universo de 3,264 trámites en los que sí ha superado la meta específica del TEAPIj por tipo de trámite, por lo que descartar de plano la aplicación de otras medidas previstas por el ordenamiento que pudieran resultar efectivas para la corrección de la conducta infractora genera un exceso de punición.

En ese sentido, expresa que se cumplen los presupuestos para la aplicación de una Medida Correctiva, toda vez que: i) no ha existido beneficio ilícito o costo evitado alguno, pues en los meses imputados continuó contratando la misma cantidad de personal con los cuales se venía cumpliendo con la meta específica del indicador TEAPIj; (ii) se trata de una infracción cuya probabilidad de detección es alta, toda vez que los resultados de los indicadores TEAP y TEAPIj son remitidos al OSIPTEL y publicados en su página web; y, iii) no se han presentado factores agravantes.

Al respecto, alude a la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en los Expedientes N° 003-2015-PI/TC y N° 0012-2015-PI/TC (acumulados) en la cual se ha establecido un criterio para aplicar medidas correctivas en lugar de imponer sanciones, pues dicho Colegiado ha señalado que la sanción debe ser la *última ratio* del ejercicio del poder público por parte de las entidades estatales.

En principio, corresponde reiterar que la descripción de la obligación contenida en el artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención, se desprende que la tipificación contempla la posibilidad de sancionar el incumplimiento de la empresa operadora, independientemente de la cantidad de situaciones o casos en los que se advierta el incumplimiento, el cual ha quedado plenamente acreditado conforme se ha expuesto ampliamente en el numeral anterior del presente Informe.

Cabe señalar que, en virtud del enfoque de regulación responsiva, 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; sin embargo, 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, contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, se advierte que la Primera Instancia no ha descartado de plano la aplicación de otras medidas alternativas a una sanción sino que ha efectuado el análisis correspondiente al

⁹ Al respecto, DE PALMA DEL TESO, Angeles (“El Principio de Culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador”. Tecnos, 1996. P. 142), sostiene lo siguiente:

“El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia”.

Principio de Razonabilidad. En efecto, en relación al **juicio de adecuación**, se verifica que ante la evidente afectación del bien jurídico tutelado por el artículo 16 del Reglamento de Calidad de Atención, la sanción impuesta se encuentra plenamente justificada debido a que está destinadas a reprimir la conducta infractora de AMÉRICA MÓVIL para que, en lo sucesivo, adopte las medidas necesarias para cumplir la meta específica del indicador TEAPij en todos los trámites que realiza en sus CAC a nivel nacional.

Por otro lado, respecto del **juicio de necesidad** y la posibilidad de aplicar medidas menos gravosas en vez de una sanción, se verifica que no es posible imponer una Medida Correctiva toda vez que la infracción afecta, en primer término, los tiempos de espera de los usuarios en los trámites que realizan en los CAC, siendo que constituye derecho de todo usuario acceder a servicios de atención eficientes; asimismo, en el caso de los CAC Tumbes y Huaraz no es la primera vez que se incumple la meta específica del indicador TEAPij, conforme se advierte del Expediente N° 029-2017-GG-GSF/PAS.

Adicionalmente, se debe considerar que si bien la probabilidad de detección de la infracción es elevada, el beneficio ilícito no resulta reducido en tanto se encuentra representado por los costos evitados de AMÉRICA MÓVIL respecto a la contratación de personal y adquisición de los equipos con la finalidad de cumplir con la meta específica del indicador TEAPij. De otro lado, la imposición de una Medida de Advertencia en el marco de un PAS no es posible, toda vez que dichas medidas solo pueden imponerse dentro de un procedimiento de Supervisión.

Finalmente, en relación al **juicio de proporcionalidad**, conforme a lo desarrollado por la Primera Instancia, la imposición de la sanción busca generar incentivos suficientes para que la empresa operadora realice las acciones necesarias para cumplir la meta específica del indicador TEAPij en todos los trámites que realiza en sus CAC a nivel nacional, lo cual permite concluir que el beneficio en favor del interés público es mayor que el eventual perjuicio que pueda afectar la esfera de AMÉRICA MÓVIL, por lo que no puede alegarse la existencia de exceso de punición.

De otro lado, en cuanto a la Sentencia Constitucional recaída en los Expedientes N° 0003-2015-PI/TC y N° 0012-2015-PI/TC, a la que alude AMÉRICA MÓVIL, es importante resaltar que fue expedida en el marco de los procesos de inconstitucionalidad iniciados contra la Ley N° 30230, "Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país"¹⁰, la cual no ha regulado ningún ámbito de actuación del OSIPTEL; por lo tanto, lo resuelto en dicha sentencia no es vinculante a este organismo regulador.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que el Tribunal Constitucional ha señalado -en el fundamento jurídico 13 de la referida sentencia- que el Estado promueve plenamente el respecto del medio ambiente con la adopción de medidas perfectamente razonables impulsando su poder sancionador allí donde se verifica indiscutibles situaciones graves. A partir de dicho criterio, se puede concluir que la gravedad de la afectación del bien jurídico protegido condicionará la adopción de medidas administrativas más intensas como es el caso de las sanciones.

De este modo, dado el grado de afectación que el incumplimiento de la meta específica del indicador TEAPij ocasiona en los tiempos de espera de los usuarios en los trámites que realizan en los CAC, es decir, en su derecho de acceder a servicios de atención eficientes, no es posible imponer otras medidas distintas a la sanción sin que se deje sin protección el referido bien jurídico.

Por lo expuesto, al no existir vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

4.4. Respecto a la supuesta vulneración de los Principios de Razonabilidad, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad o Confianza Legítima

AMÉRICA MÓVIL expresa que la Resolución N° 204-2020-GG/OSIPTEL contiene un error insubsanable, toda vez que la Primera Instancia alude a supuestos correos electrónicos presentados en noviembre de 2019 y a resultados de los meses de septiembre y octubre de 2019, que no corresponden a los medios probatorios presentados en su Recurso de Reconsideración, vulnerando el Principio de Debido Procedimiento, al no haberse valorado los medios probatorios presentados

ni emitido un pronunciamiento motivado respecto a los mismos; por lo que, sería nula de pleno derecho en virtud del numeral 2 del Artículo 10 del TUO de la LPAG.

De otro lado, AMÉRICA MÓVIL sostiene que se ha vulnerado los Principios de Razonabilidad, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad o Confianza Legítima toda vez que, a diferencia de la Resolución N° 240-2017-GG/OSIPTEL en donde se valoró positivamente los medios probatorios presentados en un caso similar, la Primera Instancia ha desestimado arbitrariamente los medios probatorios destinados a acreditar las acciones implementadas a efectos de asegurar la no repetición de la conducta infractora.

En este punto, AMÉRICA MÓVIL reitera que los correos electrónicos de noviembre 2017 acreditan la implementación de un sistema de alertas con escalamiento a nivel gerencial sobre los resultados del indicador TEAPij, el cual ha garantizado el cumplimiento de la Meta específica de dicho indicador en los tres (3) CAC imputados, durante los meses posteriores a la implementación de dicha medida, conforme se advertiría de los resultados obtenidos hasta enero 2018.

En principio, es importante señalar que la Resolución N° 204-2020-GG/OSIPTEL, en su sección II denominada "Verificación de requisitos de admisibilidad y procedencia" ha individualizado cada uno de los medios probatorios ofrecidos en el Recurso de Reconsideración, identificando a los correos electrónicos de fechas 7 y 9 de noviembre de 2017 como Pruebas 12 y 13, respectivamente, replicando dicha identificación en su numeral 2.2 en donde evalúa las acciones implementadas por AMÉRICA MÓVIL, conforme se advierte de las páginas 12 y 13 de la referida Resolución.

De este modo, si bien en dos párrafos de la referida Resolución la Primera Instancia ha hecho referencia a correos de "noviembre de 2019"; no obstante esto no constituye un error insubsanable, como argumenta AMÉRICA MÓVIL, sino que se trata de simples errores materiales que no alteran el contenido de dicho acto administrativo ni mucho menos modifican el sentido de la decisión adoptada.

Por lo tanto, no existe vulneración alguna al Debido Procedimiento ni causal de nulidad de pleno derecho, toda vez que la Primera Instancia sí se ha pronunciado sobre cada una de las pruebas presentadas en el Recurso de Reconsideración concluyendo que, luego de la valoración correspondiente, los mismos no acreditan la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

De otro lado, respecto al atenuante de responsabilidad alegado por AMÉRICA MÓVIL, es importante señalar que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 18 del RFIS, este se configura con la efectiva implementación de mejoras en los procesos internos de la empresa operadora y, posteriormente a su implementación, debe verificarse que, necesariamente, dichas mejoras aseguren que la conducta imputada no volverá a cometerse en lo sucesivo.

Debe tenerse en cuenta que si bien, en virtud del Principio de Verdad Material, la autoridad administrativa está facultada para verificar la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, más aún en los casos en que está de por medio el interés público; no obstante, dicho principio no implica la sustitución en el deber probatorio que le corresponde a los administrados.

Al respecto, es importante precisar que, si bien corresponde a la Administración Pública la carga de la prueba a efectos de atribuirle a los administrados las infracciones que sirven de base para sancionarlos, ante la prueba de la comisión de los hechos que configuran la infracción, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad¹¹ así como de los atenuantes que pudiesen concurrir.

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 12 de julio de 2014. La referida ley, entre otras disposiciones, determinó en su artículo 19 que el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), durante un plazo de tres (3) meses, ante la verificación de infracciones bajo su ámbito, privilegie la imposición de medidas correctivas y únicamente ante su incumplimiento proceda a imponer la sanción correspondiente.

¹¹ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

En el presente caso, respecto a la implementación de medidas alegadas por AMÉRICA MÓVIL, esto es un sistema de alertas con escalamiento a nivel gerencial, compartimos lo expuesto por la Primera Instancia en el sentido que los medios probatorios aportados no permiten acreditar que tal acción haya sido ejecutada ni tampoco de qué manera habría asegurado que no se repita el incumplimiento de la meta específica del indicador TEAPij para todos los tramites en sus CAC a nivel nacional.

De otro lado, respecto a la aplicación del atenuante bajo lo expuesto en la Resolución N° 240-2017-GG/OSIPTTEL, compartimos lo expuesto por la Primera Instancia en tanto las acciones realizadas por AMÉRICA MÓVIL –esto es la apertura de oficinas desde diciembre de 2014 y la implementación de la Jefatura de Control e Información desde 2015– aseguraron la no repetición de la conducta infractora para los meses correspondientes al periodo abril a agosto de 2015, situación que difiere del presente PAS en donde no ha quedado acreditada la ejecución de las acciones aludidas por AMÉRICA MÓVIL ni de qué modo aseguraran que la inconducta no vuelva a producirse.

Por lo tanto, toda vez que no pueden aplicarse las mismas consecuencias jurídicas a situaciones de hecho que difieren entre sí, no existe vulneración de los Principios de Razonabilidad, Buena Fe Procedimental y Predictibilidad o Confianza Legítima, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

V. PUBLICACION DE SANCIONES

Al ratificar este Colegiado que corresponde sancionar a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 19 del Reglamento de Calidad de Atención, 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 OSIPTTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTTEL en su Sesión N° 770 de fecha 5 de noviembre de 2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 204-2020-GG/OSIPTTEL y, en consecuencia, **CONFIRMAR** la multa de cincuenta y uno (51) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 19 del Reglamento de Calidad de Atención de Usuarios por parte de las Empresas Operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles, aprobado por Resolución N° 127-2013-CD/OSIPTTEL, al haber incumplido el artículo 16 de la referida norma, al obtener valores por debajo de la meta específica en tres (3) oficinas durante los meses de julio y agosto de 2017.

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 las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución 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° 013-OAJ/2020, así como las Resoluciones N° 204-2020-GG/OSIPTTEL y N° 105-2020-GG/OSIPTTEL, en el portal web institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

(iv) 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

1902517-1

Declaran fundado en parte recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Res. N° 186-2020-GG/OSIPTTEL; asimismo, archivan y confirman multas

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 168-2020-CD/OSIPTTEL**

Lima, 9 de noviembre de 2020

EXPEDIENTE N°	: 00087-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA	: Recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 186-2020-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° 186-2020-GG/OSIPTTEL, mediante la cual declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 103-2020-GG/OSIPTTEL que sancionó a la referida empresa con una multa de ciento cincuenta y uno (151) UIT, al haberse verificado la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los ítems 9, 10 y 11 del Anexo 15 - Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo N° 123-2014-CD/OSIPTTEL y modificatorias (en adelante, Reglamento de Calidad), en tanto que, durante el primer semestre del año 2018, incumplió los compromisos de mejora de los indicadores Calidad de Cobertura de Servicio (CCS) y Calidad de Voz (CV).

(ii) El Informe N° 016-OAJ/2020 del 2 de noviembre de 2020, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 00087-2019-GG-GSF/PAS

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante carta N° 1676-GSF/2019, notificada el 3 de septiembre de 2019, la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los ítems 9, 10 y 11 del Anexo 15 - Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Calidad, en tanto que, durante el primer semestre del año 2018, incumplió lo dispuesto en el numeral 5 de los Anexos 8, 9 y 10 de la referida norma conforme al siguiente detalle:

Norma	Obligación	Tipificación	Conducta Imputada	Gravedad
Reglamento de Calidad	Numeral 5 del Anexo 8	Ítem 9 del Anexo 15	Incumplir con los Compromisos de Mejora para el indicador TEMT ² en 3 centros poblados.	Grave
	Numeral 5 del Anexo 9	Ítem 10 del Anexo 15	Incumplir con los Compromisos de Mejora para el indicador CCS ³ en 2 centros poblados.	Grave
	Numeral 5 del Anexo 10	Ítem 11 del Anexo 15	Incumplir con los Compromisos de Mejora para el indicador CV ⁴ en 27 centros poblados.	Grave

¹ De acuerdo al nuevo Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL, cuya Sección Primera fue aprobada por Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y su Sección Segunda fue aprobada por Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTTEL, las funciones correspondientes a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización son realizadas en lo sucesivo por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.

² Indicador Tiempo de Entrega de Mensajes de Texto (TEMT)

³ Indicador Calidad de Cobertura de Servicio (CCS)

⁴ Indicador del servicio móvil Calidad de Voz (CV).