



SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aceptar la renuncia formulada por el señor Rodolfo Enrique Paz Peña en el cargo de confianza de Jefe de la Unidad de Abastecimiento de la Oficina de Administración del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal – COFOPRI, bajo el régimen laboral de contratación administrativa de servicios regulado por el Decreto Legislativo N° 1057 dispuesta mediante el artículo 2 de la Resolución Directoral N° D000098-2024-COFOPRI-DE, exonerándose del plazo de ley, y en consecuencia su último día de labores es hasta el 18 de julio del 2024, dándosele las gracias por los servicios prestados.

Artículo 2.- Designar, a partir de la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano, al señor Segundo Felix Saba Castañeda en el cargo de confianza de Jefe de la Unidad de Abastecimiento de la Oficina de Administración del Organismo de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI, bajo el régimen laboral de contratación administrativa de servicios regulado por el Decreto Legislativo N° 1057.

Artículo 3.- Disponer que la Unidad de Trámite Documentario y Archivo, notifique la presente Resolución a las personas a que se refieren los artículos 1 y 2 precedentes, para su conocimiento y fines pertinentes.

Artículo 4.- Disponer que la Unidad de Trámite Documentario y Archivo y la Oficina de Sistemas realicen las acciones correspondientes, a fin de que la presente resolución sea publicada en el Diario Oficial El Peruano y en el Portal Institucional del COFOPRI (www.gob.pe/cofopri).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ANIBAL MARTÍN SOTO FIGUEROA
Director Ejecutivo - COFOPRI

2308758-1

ORGANISMOS REGULADORES

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES

Declaran infundado recurso de apelación presentado por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC contra la Resolución N° 118-2024-GG/OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00192-2024-CD/OSIPTEL

Lima, 13 de julio de 2024

EXPEDIENTE N° :	00078-2023-GG-DFI/PAS
MATERIA :	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 118-2024-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO :	AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC

VISTO:

(i) El recurso de apelación interpuesto por la empresa América Móvil Perú SAC. (en adelante AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 118-2024-GG/OSIPTEL.

(ii) El Informe N° 197-OAJ/2024 del 27 de junio de 2024, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica;

(iii) El Expediente N° 00078-2023-GG-DFI/PAS.

I. ANTECEDENTES

1.1. A través de la carta N° 01796-DFI/2023, notificada el 12 de julio de 2023, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (en adelante PAS), por la presunta comisión de las infracciones que a continuación se detallan, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.

Norma incumplida	Tipificación	Conducta imputada	Calificación
Segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso ¹		Habría realizado 22 contrataciones de los servicios públicos móviles en la vía pública y/o de manera ambulatoria	
Punto 2 del segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso.	Segundo párrafo del Anexo 9 de la Norma de las Condiciones de Uso.	No habría validado la identidad de la persona que interviene en la contratación del servicio mediante la verificación biométrica de huella dactilar contrastada con la base de datos de RENIEC o una base de datos alterna, previo a cada contratación, en un total de 149 líneas móviles, en el periodo del 15 de marzo al 2 de abril de 2023.	Muy Grave
penúltimo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso		No habría identificado al distribuidor que participó en la contratación de la línea del servicio público móvil prepago N° 940938XXX.	
Artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones ² (en adelante, RGIS).	Literal a. del artículo 7 del RGIS.	Entregó de manera incompleta la información requerida con carácter obligatorio en la acción de fiscalización del 4 de abril de 2023 y en la carta N° 01519-DFI/2023	Muy Grave
Artículo 9 del RGIS		Mediante carta N° DMR-CE-1670-23, recibida el 8 de junio de 2023, habría entregado información inexacta	Muy Grave

1.2. A través de la carta N° DMR/CE/N°2005/23, de fecha 13 de julio de 2023, AMÉRICA MÓVIL solicitó un plazo adicional de quince (15) días hábiles para presentar los descargos correspondientes. Ante lo cual, con la carta N° C.01858-DFI/2023, notificada el 17 de julio de 2023, la DFI otorgó a AMÉRICA MÓVIL una prórroga por el plazo de diez (10) días hábiles adicionales al originalmente otorgado, el mismo que vencía indefectiblemente el 4 de agosto de 2023.

1.3. Mediante el escrito N° DMR/CE/N°2225/2023, recibido el 4 de agosto de 2023, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.

1.4. Con fecha 30 de octubre de 2023, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00205-DFI/2023, conteniendo el análisis de los descargos presentados por la empresa operadora.

1.5. Mediante carta N° 00677-GG/2023, notificada el 23 de noviembre de 2023, se trasladó a AMÉRICA MÓVIL el Informe N° 00205-DFI/2023, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos.³

1.6. Mediante Resolución N° 0118-2024-GG/OSIPTEL (en adelante RESOLUCIÓN 118), notificada el 5 de abril de 2024, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Norma incumplida	Conducta infractora	Sanción Impuesta
Segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso.	Haber realizado 22 contrataciones de los servicios públicos móviles en la vía pública y/o de manera ambulatoria, en el periodo comprendido entre el 29 de marzo y 22 de junio de 2023.	259 UIT

Norma incumplida	Conducta infractora	Sanción Impuesta
Punto 2 del segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso.	No haber validado la identidad de la persona que interviene en la contratación del servicio mediante la verificación biométrica de huella dactilar contrastada con la base de datos de RENIEC o una base de datos alterna, previo a cada contratación, en un total de 149 líneas móviles, en el período del 15 de marzo al 2 de abril de 2023.	
penúltimo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso	No haber identificado al distribuidor que participó en la contratación de la línea del servicio público móvil prepago N° 940938XXX.	
Artículo 7 del RGIS	Haber entregado de manera incompleta la información requerida con carácter obligatorio en la acción de fiscalización del 4 de abril de 2023 y en la carta N° 01519-DFI/2023	240,7 UIT
Artículo 9 del RGIS	Haber entregado información inexacta Mediante carta N° DMR-CE-1670-23, recibida el 8 de junio de 2023	315,8 UIT

1.7. El 26 de abril de 2024, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCIÓN 118.

1.8. Mediante Resolución N° 00161-2024-GG/OSIPTEL, notificada 10 de mayo de 2024, la Primera Instancia dispuso encauzar de oficio dicho recurso a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación.

1.9. El 5 de junio de 2024, AMÉRICA MÓVIL formula alegatos adicionales con motivo al encauzamiento dispuesto por la primera instancia en trámite de PAS.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, RGIS⁴) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, 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 haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

AMÉRICA MÓVIL solicita se revoque la RESOLUCIÓN 118, bajo los siguientes argumentos:

3.1 Sobre el criterio aplicado para determinar qué califica como nueva prueba.-

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que el artículo 219° del TUO de la LPAG que regula el requisito de nueva prueba, en ningún extremo prohíbe que ésta incluya el aporte de argumentos jurídicos, así como tampoco se otorga potestad discrecional a la autoridad para determinar si el medio probatorio contiene argumentos que ya fueron analizados o que no están referidos al caso en particular.

Añaden que resolución impugnada no solo es contrario al TUO de la LPAG, sino que es excesivamente discrecional, al desestimar casi la totalidad de los medios probatorios ofrecidos de manera arbitraria, razón por la cual solicita se retrotraiga el PAS para que la primera instancia efectúe una debida valoración de las pruebas presentadas a través de su recurso de reconsideración y se pronuncie sobre el mismo.

Con relación al criterio sobre la nueva prueba como requisito de procedencia del Recurso de Reconsideración, cabe indicar que el Consejo Directivo, a través de la Resolución N° 169-2022-CD/OSIPTEL, estableció como precedente de observancia obligatoria lo siguiente:

“Los documentos presentados como nueva prueba que, en realidad, no tengan por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada, sino que se trata, por ejemplo, de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente

con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad; no deberán ser considerados como nuevas pruebas y, en consecuencia, las alegaciones respaldadas en estas no podrán ser evaluadas con motivo del Recurso de Reconsideración.

No obstante, la referida Instancia deberá encauzar el escrito para pronunciamiento de la Segunda Instancia, en tanto un cuestionamiento sobre la aplicación del derecho corresponde ser analizado por el superior jerárquico en un recurso de apelación”.
(subrayado nuestro)

En virtud de ello, se advierte que la Primera Instancia, al emitir la RESOLUCIÓN 118, descartó válidamente aquellos medios probatorios que solo estaban referidos a alegaciones jurídicas no relacionadas con los hechos del caso. Por lo tanto, se descartan los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en dicho extremo.

3.2 Sobre la infracción tipificada en el segundo párrafo del Anexo N° 9 de la Norma de las Condiciones de Uso. -

3.2.1 Sobre la aplicación de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

AMÉRICA MÓVIL señala que a través del Acta de Acción de Fiscalización de fecha 04 de abril de 2023 que forma parte del Expediente N° 00078-2023-GG-DFI/PAS quedaría acreditada la implementación de un mecanismo de validación de identidad y registro de sus vendedores, pero además se evidenciaría la efectividad de dicho mecanismo bajo la perspectiva de los propios supervisores del Osiptel.

Pese a ello, sostiene que la primera instancia habría desestimado la aplicación del eximente de responsabilidad aludiendo que los efectos de la conducta infractora resultarían “fáctica y jurídicamente irreversibles”, a pesar que el numeral 1 del artículo 257° de la LPAG no exigiría la reversión de los efectos de la conducta infractora para su aplicación.

Sobre el particular, cabe señalar que, según el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, constituye condición eximente de la responsabilidad por infracciones, entre otras, la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos.

De manera concordante con ello, a través de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, se modificó el artículo 5 del RGIS, a fin de recoger las condiciones eximentes de responsabilidad previstas en el TUO de la LPAG, precisándose que, para el caso de la subsanación voluntaria de la conducta infractora, con anterioridad al inicio del PAS, corresponde verificar el cese de la conducta y la reversión de los efectos derivados de la misma, así como que la subsanación se haya producido sin que haya mediado requerimiento de subsanación o cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, sobre la reversión de los efectos como requisito para la subsanación, cabe resaltar que, tal como lo ha reconocido el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador”⁶, el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria se sustenta en una decisión punitiva, por lo cual se prefiere la acción reparadora espontánea del administrado responsable; siendo que este supuesto no sólo consiste en cesar la conducta infractora, sino que, cuando corresponda la subsanación, implica la reparación de las consecuencias o efectos dañinos al bien jurídico protegido derivados de la conducta.

Precisamente, es oportuno mencionar lo desarrollado por MORÓN URBINA⁷ sobre la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad:

“No debe perderse de vista que la subsanación implica “reparar o remediar un defecto” y “resarcir un daño”, por lo que no se subsana con solo dejar de incurrir en la práctica incorrecta, en arrepentirse de ello, sino en verdaderamente identificar el daño realmente producido al bien público protegido y revertirlo”.

En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.

En este sentido se ha pronunciado el Consejo Directivo⁸, señalando que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ello ocurrió, habrá incumplimientos que para ser subsanados requieran, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma, y habrá otros incumplimientos cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente. En estos últimos casos, la subsanación no será posible, y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

En el caso bajo análisis, cabe indicar que, si bien AMÉRICA MÓVIL desplegó medidas a fin de cumplir con establecido en el numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso; en línea con lo desarrollado por la primera instancia, los efectos causados por su incumplimiento no pueden ser revertidos por la naturaleza del mismo, toda vez que, ésta se agota con la sola ocurrencia de la conducta infractora, al activar las líneas móviles sin verificar la identidad de los intervinientes en las contrataciones del servicio móvil (vendedores), por ende, no aplica eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

En ese sentido, de acuerdo al análisis realizado, cabe señalar que la decisión de la Primera Instancia se encuentra de conformidad con lo regulado en el artículo 5 del RGIS; no habiéndose exigido en el presente PAS condición adicional alguna a lo ya previsto en el TUO de la LPAG.

3.2.2 Sobre la diligencia de AMÉRICA.

A través de su recurso de apelación, AMÉRICA MÓVIL manifiesta haber actuado con la debida diligencia en todo momento, realizando denodados y reiterativos esfuerzos ante la Superintendencia Nacional de Migraciones a fin de contar con el servicio de validación de identidad de sus vendedores extranjeros, para lo cual remitió las coordinaciones realizadas; las mismas que habrían sido desestimadas por la primera instancia sin motivación aparente. De acuerdo a ello, invoca la vulneración al Principio de Presunción de Licitud

Igualmente, alega haber adoptado todas las medidas necesarias para evitar que se realice la contratación de servicios públicos móviles en puntos de venta no autorizados por la normativa, ordenando a sus distribuidores autorizados que se abstengan de realizar la contratación en lugares no autorizados, para lo cual adjunta diversos Comunicados⁹ remitidos a sus socios comerciales.

De la revisión de la RESOLUCIÓN 118, se advierte que la Primera Instancia valoró debidamente los medios probatorios presentados por AMÉRICA MÓVIL, concluyendo que los mismos no desvirtúan de modo alguno la responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso (segundo párrafo, numeral 2 del segundo párrafo y penúltimo párrafo).

Al respecto, el punto 2 del segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso, establece que para la contratación de los servicios móviles resulta necesario que la persona natural, nacional o extranjera que participe en la contratación, por parte de la empresa operadora, valide su identidad mediante verificación biométrica de huella dactilar contrastada con la base de datos de RENIEC o una base de datos alterna, previo a cada transacción

Cabe resaltar que, con el establecimiento de canales de contratación formales y la exigencia de la verificación biométrica del personal que participa en el proceso de contratación, el Osipitel busca garantizar a los usuarios una adecuada trazabilidad, a fin de facilitar la labor de investigación de las autoridades correspondientes.

En ese sentido, las empresas operadoras deben desarrollar sus actividades adoptando todas las medidas que les permitan cumplir con las disposiciones legales

establecidas, lo cual implica el contar con personal de ventas – nacional o extranjero –, respecto del cual haya realizado la validación que hace referencia la Norma de Condiciones de Uso.

De esa manera, si bien AMÉRICA MÓVIL alega haber remitido reiteradas comunicaciones a la Superintendencia Nacional de Migraciones, con la finalidad de obtener un registro que le permitiera validar la identidad de su personal de ventas extranjero, lo cierto es que, tal como se ha indicado en los párrafos precedentes, correspondía a dicha empresa el contar con personal cuya identidad pudiera ser validada de manera previa a la contratación de los servicios.

Respecto de los comunicados presentados por AMÉRICA MÓVIL, debemos señalar que dichos documentos constituyen únicamente avisos dirigidos a sus socios comerciales, distribuidores y vendedores, sin que se evidencie que la empresa operadora haya implementado algún medio de supervisión o regulación a la actividad comercial de su personal y/o socios o acciones destinadas para asegurar el cumplimiento de las disposiciones normativas concernientes a la contratación de servicios móviles.

Para analizar el actuar diligente, este colegiado considera que no basta que AMÉRICA MÓVIL acredite haber trasladado a sus socios comerciales las disposiciones contenidas en las normas, sino que debía acreditar que tuvo la disposición de implementar acciones, métodos, mecanismos u otros que resulten efectivos para modificar la conducta detectada en diversas acciones de supervisión que atentan contra la seguridad ciudadana y los derechos de los abonados.

En ese orden de ideas, contrario a lo alegado por AMÉRICA MÓVIL, el Osipitel lo que busca es que la empresa operadora, en su calidad de concesionario público, despliegue todas aquellas medidas y/o acciones que resulten pertinentes y suficientes que acrediten efectivamente el cese de contrataciones de servicios públicos móviles en canales de contratación no previstos en la normativa.

Por lo tanto, se desestiman los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

3.2.3 Respecto de las actas de fiscalización empleadas.

AMÉRICA MÓVIL a través de su recurso de apelación, señala que las actas que sustentan la sanción impuesta resultan contrarias al ordenamiento y a la práctica¹⁰ que ha venido realizado el personal de supervisión del OSIPTEL.

Así, señala que se contraviene lo establecido en los artículos 25° y 27° del Reglamento General de Fiscalización¹¹ (en adelante, Reglamento de Fiscalización), en tanto el personal supervisor habría optado por un tipo de acta que no corresponde al objeto específico de la supervisión y cuyos datos mínimos no han sido incluidos en las actas correspondientes.

Agrega que el uso de actas de Levantamiento de Información en las acciones de supervisión limitó su derecho de defensa, en tanto que no se pudo formular observaciones, comentarios ni anotaciones, lo cual se vio reflejado finalmente en el inicio del presente PAS.

Sobre el particular, cabe resaltar que, el accionar del OSIPTEL, en el ejercicio de su función fiscalizadora, se rige por el Principio de Discrecionalidad, establecido en el literal d) del artículo 3 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF) y del Reglamento de Fiscalización, según el cual es el OSIPTEL quien determina los planes y métodos de trabajo para la consecución de los fines de la supervisión.

De este modo, el OSIPTEL tiene la facultad legal de determinar sus planes y métodos de supervisión, siendo que el planteamiento del modo en el que se abordan las supervisiones fluye de la propia naturaleza de la disposición a verificar, la misma que se encontraba relacionada a constatar el cumplimiento de la obligación de verificar la identidad del solicitante del servicio a través del sistema de verificación biométrica de huella dactilar para la contratación de servicios públicos móviles.

Ahora bien, el artículo 22 del Reglamento de Fiscalización reconoce que las acciones de fiscalización se pueden realizar a través de diversos mecanismos,

entre ellos, el levantamiento de información, el mismo que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de dicha norma, permite a través de la visualización, captura de pantalla, de audio o de video, la recolección de información contenida en una página web, aplicativo, acceso remoto u otras fuentes que guarden relación con el objeto de la supervisión, ya sean de la entidad supervisada, de un tercero o del mismo OSIPTEL.

De otro lado, el numeral 3 del artículo 240 del TUO de la LPAG reconoce que la administración pública, en el ejercicio de la actividad de fiscalización, está facultada a realizar supervisiones con o sin notificación previa.

Al respecto, debemos tener presente que, en el presente caso, las actas de levantamiento de información recogen lo observado (visualización) a través de las acciones de supervisión realizadas por la DFI. Bajo dicho contexto, resulta importante indicar que en las actas de levantamiento de información se deja constancia de las incidencias observadas en la acción de supervisión realizada por el OSIPTEL; siendo que, en el presente caso, se advierte que - contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL- se ha cumplido con la inclusión de los datos mínimos establecidos en el artículo 25 del Reglamento de Fiscalización.

En el presente caso, las actas de levantamiento de información acreditan que, entre los días del 29 de marzo y 22 de junio de 2023, AMÉRICA MÓVIL efectuó veintidós (22) contrataciones de servicios públicos móviles en la vía pública y/o de manera ambulatoria, es decir, en canales no previstos en el segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso. Además, las mencionadas actas contienen anexos con fotografías, audios y ubicación del lugar donde se efectuaron las contrataciones de servicios móviles, lo cual permite corroborar la exactitud de los hechos constatados.

En este punto, resulta pertinente indicar que, el Consejo Directivo, a través de diversos pronunciamientos¹², ha señalado que, si bien la figura del levantamiento de información recogido en el artículo 25 del Reglamento de Fiscalización y la acción de supervisión regulada en el artículo 27 de dicho Reglamento, constituyen modalidades de supervisión con reglas diferenciadas, ambas comparten la misma finalidad referida a recabar distintos hechos a fin de poder determinar el cumplimiento o incumplimiento de las distintas obligaciones a las que se encuentra sujeta la empresa operadora; siendo que la utilización de una o de otra dependerá de la obligación supervisada y de lo que determine el Órgano Supervisor con arreglo al Principio de Discrecionalidad, Costo-Eficiencia, Razonabilidad y Proporcionalidad.

Ahora bien, de la revisión de los actuados en el presente expediente, este colegiado concluye que no ha existido un exceso de la potestad discrecional en la actuación de la DFI ni de la Primera Instancia, puesto que han actuado con el respaldo normativo para ello, y, además, bajo los límites establecidos por los Principios de Legalidad y Razonabilidad.

Por lo expuesto, al no existir vulneración alguna a los Principios del Procedimiento Administrativo, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación, y, a la vez, la solicitud de nulidad invocada por AMÉRICA MÓVIL.

3.2.4 Respetto de las supervisiones encubiertas

AMÉRICA MÓVIL indica que las acciones de supervisión que sirven de sustento para la sanción impuesta son nulas, en tanto - según alega - resultan ilegales al sustentarse en supervisiones encubiertas, contraviniendo las disposiciones establecidas en el TUO de la LPAG, que exigen al fiscalizador identificarse desde el inicio del procedimiento y que le otorgan determinados derechos a los administrados durante dicha acción, como la posibilidad de grabar la diligencia y de contar con asesoría profesional.

Lo anterior, señala AMÉRICA MÓVIL quedaría acreditado, en tanto que actualmente se les viene convocando para participación en acciones de fiscalización que antes se realizaban de manera encubierta¹³. Añade que la primera instancia pretende justificar la realización

de las mismas a través de interpretaciones que no tienen base normativa.

En relación al cuestionamiento referido a las supervisiones encubiertas, el artículo 14 de la LDFF atribuye al OSIPTEL la facultad de ejecutar acciones de supervisión en las que, entre otros supuestos, los supervisores se comporten como usuarios a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora.

En este punto, resulta pertinente tener en consideración el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional¹⁴ a través del cual señala que el OSIPTEL, en su calidad de regulador de las telecomunicaciones, puede adoptar todas las medidas necesarias, oportunas y eficaces para contrarrestar las lesiones o amenazas de violación de los derechos de los usuarios. Justamente una de las medidas destinadas a prevenir la afectación de tales derechos e intereses consiste en que los supervisores del OSIPTEL, en el marco de una acción de supervisión, hagan las veces de usuarios.

Cabe precisar que, el objetivo de realizar supervisiones encubiertas, en el caso particular, es observar el comportamiento de la empresa operadora frente a usuarios convencionales. En esa línea, era necesario que los supervisores de este Organismo Regulador actúen como usuarios dado que, de otro modo, su participación como representantes del OSIPTEL hubiera tergiversado los fines de la supervisión, es decir, no se hubiera podido verificar el comportamiento de la empresa operadora sin que algún factor pudiera condicionar su conducta.

Por lo tanto, y contrario a lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, no se advierte que la modalidad de supervisión empleada por la DFI implique una vulneración a lo dispuesto en el TUO de la LPAG ni a los derechos de dicha empresa. En consecuencia, toda vez que las acciones de supervisión no vulneran el Principio de Legalidad, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en el presente extremo.

Finalmente, contrario a lo señalado por la empresa operadora y considerando lo expuesto en el presente numeral, el hecho que AMÉRICA MÓVIL discrepe de la evaluación realizada por la Primera Instancia en la resolución impugnada, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de algún vicio que afecte su validez, por lo que corresponde desestimar este extremo de su recurso de apelación y, a la vez, la solicitud de nulidad invocada por AMÉRICA MÓVIL.

3.2.5 Sobre la Razonabilidad de la multa impuesta

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que la normativa aplicable no exige perfección en el cumplimiento de normas, ya que ninguna regla puede establecer infalibilidad; en ese sentido, señala que lo que debe exigir la autoridad administrativa es el cumplimiento razonable de la conducta desplegada por la empresa operadora frente a sus obligaciones legales.

De la revisión de la RESOLUCIÓN 118, mediante la cual se sancionó a AMÉRICA MÓVIL, se advierte que la Primera Instancia tuvo en consideración: i) Los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG; ii) los parámetros previstos en el artículo 25 de la LDFF, y; iii) la "Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL"¹⁵ (en adelante, la Metodología de Cálculo), la cual es de pleno conocimiento de las empresas operadoras, incluyendo a la recurrente.

Al respecto, en concordancia con lo establecido en el artículo 2 de la Norma que establece el régimen de calificación de infracciones, aprobado mediante Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL, en caso se configure alguna conducta tipificada como infracción administrativa corresponde imponer una sanción de multa en base a fórmulas y parámetros específicos o en montos fijos que establezca la Metodología de Cálculo, siendo que para las demás infracciones corresponde la sanción de multa en base a la fórmula general prevista en dicha Metodología de Cálculo.

En relación al segundo párrafo del numeral 2.8 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso, el

beneficio ilícito está constituido por el costo evitado en la implementación de puntos de venta asociados a la comisión de la conducta infractora; así como los ingresos obtenidos por la activación de veintidós (22) servicios móviles en canales de contratación no previstos en la normativa; mientras que en el caso del incumplimiento derivado de lo establecidos en el punto 2 del segundo párrafo del numeral 2.8 de la referida norma, el beneficio ilícito se encuentra constituido por el costo evitado en el mantenimiento y gestión de un sistema que permita validar la identidad de los intervinientes (vendedores) en las contrataciones del servicio móvil mediante la verificación biométrica de huella dactilar, contrastada con la base de datos del RENIEC o una base de datos alterna; el costo evitado en la capacitación del personal de la empresa operadora respecto a activar líneas móviles, previa validación de identidad biométrica de los intervinientes en las contrataciones del servicio móvil; y el ingreso obtenido por la activación de ciento cuarenta y nueve (149) servicios móviles sin la debida validación biométrica de identidad de los intervinientes en las contrataciones del servicio móvil.

De igual manera, se advierte que, la Primera Instancia, evaluó la posibilidad de imponer alguna medida menos aflictiva que una sanción; sin embargo, concluyó que, dadas las particularidades del presente caso y la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos que se buscan tutelar, relacionados a garantizar que los derechos de los usuarios no se vean afectados a través de contrataciones realizadas en canales no previstos en la normativa, las contrataciones de servicios móviles se realicen de forma segura, verificándose la identidad de los intervinientes (vendedor) mediante el sistema de verificación biométrica de huella dactilar y la identificación del distribuidor; ninguna resultaba igualmente de efectiva que la multa finalmente impuesta.

Resulta pertinente señalar, el hecho que AMÉRICA MÓVIL discrepe de la evaluación realizada por la Primera Instancia en la resolución impugnada, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de una motivación adecuada o de algún vicio que afecte su validez.

En consecuencia, al no existir vulneración del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL en el presente extremo.

3.3 Sobre las infracciones tipificadas en los artículos 7 y 9 del RGIS. -

3.3.1 Sobre la información requerida mediante el acta de fiscalización del 04 de abril de 2023

AMÉRICA MÓVIL indica que la información requerida a través del Acta de Acción de Fiscalización del 04 de abril de 2023, no incluyó en ítem alguno la información del número móvil contratado.

Igualmente, precisa que en la carta C.1519-DFI/2023 remitida por la DFI solicitando algunas precisiones sobre la información remitida con carta DMR-CE-989-23 del 11 de abril de 2023, tampoco incluyó en extremo alguno al número del servicio público móvil contratado.

De acuerdo a ello, señala que en el presente caso se habría transgredido el Principio de Buena Fe Procedimental, en tanto fue la propia DFI quien omitió la información relacionada al número del servicio móvil en el acta y en el formato aprobado para el requerimiento efectuado a AMÉRICA MÓVIL; lo cual ocasionó que tuviera que desplegar un nuevo procesamiento de data y con ello labores adicionales de análisis que lamentablemente conllevaron a la imputación de la infracción efectuada en el presente PAS, por hechos ajenos a nuestra responsabilidad.

En esa línea, AMÉRICA MÓVIL sostiene que no se puede sancionar la omisión de aquello que no le resultaba exigible, debiendo la primera instancia presumir que la empresa operadora actuó apegada a sus deberes.

Sobre el particular, resulta pertinente identificar las conductas imputadas en el presente caso por las infracciones correspondientes al artículo 7 y 9 del RGIS:

Infracción	Conducta
Art. 7 del RGIS	<p>- AMÉRICA MÓVIL remitió información incompleta, al requerimiento de información realizado por la DFI mediante la carta N° 01519-DFI/2023, toda vez que no remitió información del número del servicio, respecto de un total de 1195 registros.</p> <p>- A través de la carta N° DMR-CE-1670-23 se remitió información incompleta a través de los archivos "base ALTAS postpago.xlsx", "base ALTAS prepago.xlsx", al no remitir información requerida mediante el acta de fiscalización del 04 de abril de 2023, sobre la hora de la activación de la línea en un total de 5 533 registros.</p> <p>- Respecto de 230 748 líneas activadas en el periodo del 15 de marzo al 02 de abril de 2023¹⁶ la empresa operadora no remitió la información requerida en el literal b) del acta de fiscalización del 04/04/2023.</p>
Art. 9 del RGIS	<p>- Se remitió 7904 registros con información inexacta, registros de información de una misma línea contratada, que contienen diferentes valores para al menos uno de los otros campos de información que conforman el registro.</p>

Como podemos ver, las conductas imputadas a AMÉRICA MÓVIL no se limitan a la falta de entrega de la identificación de la línea móvil contratada, ya que como vemos, la empresa operadora también omitió información sobre la hora de activación, expresamente requerida en el acta de fiscalización del 4 de abril de 2023. De igual manera omitió remitir todo tipo de información respecto de 230 748 líneas activadas en el periodo materia de fiscalización.

Debemos tener en cuenta además - en línea con lo analizado por la primera instancia - que en la medida que la obligación objeto de fiscalización guarda relación con el servicio de telefonía móvil, resultaba necesario que la información a ser remitida por la empresa operadora se asocie a algún número que permita identificar e individualizar cada observación que se vaya realizando según corresponda.

Cabe indicar que la potestad fiscalizadora del Osiptel tiene como finalidad última asegurar el cumplimiento de la legalidad por parte de los sujetos obligados a ello, siendo importante resaltar que, de acuerdo con el artículo 16° de la Ley N° 27336, la Empresa Operadora se encuentra sujeta, entre otros, al deber de permitir y facilitar el desarrollo de las acciones de supervisión que lleve a cabo este organismo regulador, así como proporcionar toda la información y documentación que sea solicitada a fin de llevar a cabo la acción de supervisión.

En ese sentido, no puede pretender AMÉRICA MÓVIL eximirse de responsabilidad aludiendo una supuesta falta de exigibilidad de la obligación, toda vez que el pedido de información requerido por la DFI fue claro y preciso y se enmarcó en la potestad otorgada por la normativa vigente.

De acuerdo a ello, corresponde desestimar los argumentos planteados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

3.3.2 Sobre la aplicación de eximente de responsabilidad por error inducido por la Administración.

AMÉRICA MÓVIL señala que en la medida que los requerimientos de la DFI no fueron ni claros ni precisos, no se habrían cometido las infracciones sancionadas, configurándose el eximente de responsabilidad por error inducido por la DFI.

De acuerdo a MORON URBINA¹⁷ al amparo del Principio de Predictibilidad, cuando el administrado obre de un modo determinado a partir de las expectativas que le genera las actuaciones de la Administración Pública, lo hará respaldado en la convicción de que su obrar es lícito. En tal sentido, si por este obrar incurre en una infracción, se eximirá de responsabilidad al autor por error inducido por las prácticas de la Administración Pública.

En el caso en concreto, contrario a lo indicado por la empresa operadora, los requerimientos formulados por la DFI a través del Acta de Fiscalización y la carta N° 01519-DFI/2023 fueron claros y concretos y en estricto cumplimiento de la normativa legal vigente, estableciendo claramente la información requerida.

Así, en el acta de fiscalización, se precisó expresamente que AMÉRICA MÓVIL debía entregar - entre otros - información de la fecha y hora de la activación de la línea; y pese a ello, en el caso 5 533 registros se omitió dicha información. Igualmente, el pedido efectuado por la DFI contemplaba información sobre la contratación de líneas del servicio público móvil contratado del 15 de marzo al 2 de abril de 2023 y pese a ello, se omitió entregar

información respecto de 230 748 líneas activadas en dicho periodo.

De otro, lado pese a que del mismo objeto de la fiscalización quedaba claro que la información debía estar asociada a los números de las líneas contratadas; a través de la Carta C.1519-DFI/2023 se otorgó un plazo adicional para su entrega, y pese a ello, AMÉRICA MÓVIL no cumplió con entregar la referida información respecto de un total de 1195 registros.

Como vemos, en tanto la información requerida ha sido concreta y precisa podemos determinar que no se ha configurado el eximente de responsabilidad de error inducido por la Administración, correspondiendo desestimar los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

3.4 Sobre la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que no resulta proporcional haberle impuesto multas considerando el alto nivel de cumplimiento evidenciado; en ese sentido, alude que las multas impuestas resultan excesivamente desproporcionadas.

Sobre este extremo, debe indicarse que el Principio de Razonabilidad señala que las decisiones de las autoridades cuando impongan sanciones, 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 debe tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

De la revisión de la RESOLUCIÓN 118 mediante la cual se sancionó a AMÉRICA MÓVIL en el presente PAS, se advierte que la Primera Instancia evaluó: a) los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG; esto es: el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, entre otros; b) los parámetros previstos en el artículo 25 de la LDFF; y, c) la "Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL"¹⁸ (en adelante, la Metodología de Cálculo) la cual es de pleno conocimiento de las empresas operadoras, incluyendo a AMÉRICA MÓVIL.

Siendo ello así, el hecho que AMÉRICA MÓVIL discrepe de dicha evaluación, no quiere decir que lo resuelto por la Primera Instancia adolezca de un defecto en su motivación.

Cabe señalar que, en el marco del análisis del Principio de Razonabilidad, la Primera Instancia, determinó que el PAS resultaba ser el medio idóneo frente a la imposición de otras medidas; no solamente tomando en cuenta la cantidad de casos en los que se detectó una conducta infractora, sino sobre todo la gravedad de la presunta infracción cometida, así como la relevancia de cautelar los bienes jurídicos e intereses protegidos

En efecto, hay que tener en cuenta que la no verificación de la identidad del vendedor mediante el sistema de verificación biométrica, y la no identificación del distribuidor, durante la contratación del servicio, incide negativamente en la seguridad ciudadana al no brindar certidumbre al proceso de contratación. Igualmente, en línea con lo señalado por la primera instancia, la infracción tipificada en el literal a. del artículo 7 y el artículo 9 del RGIS, significó una afectación a la función supervisora del Osipitel, en la medida que la entrega de información incompleta e inexacta, requerida a través del acta de fiscalización del 4 de abril de 2023 y la carta N° 1519-DFI/2023, impidió a la DFI verificar íntegramente el punto 2 del segundo párrafo del numeral 2.8 del Anexo N° 5 de la Norma de las Condiciones de Uso.

En ese sentido, a diferencia de lo señalado por AMÉRICA MÓVIL no existe vulneración al Principio de Razonabilidad; por lo que, corresponde desestimar este extremo del recurso.

Este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 197-OAJ/2024 emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, el cual - conforme al numeral 6.2 del Artículo 6 del TUO de la LPAG - constituyen parte integrante de la presente Resolución; y, por tanto, de su motivación.

Conforme lo dispuesto en el Artículo Tercero de la Resolución de Consejo Directivo N° 85-2024-CD/OSIPTEL que modifica el Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado mediante Resolución N° 87-2013-CD/OSIPTEL; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del Osipitel en su Sesión N° 997/24 del día 4 de julio de 2024.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el recurso de apelación presentado por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ SAC contra la Resolución N° 118-2024-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, confirmar las multas impuestas, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

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 las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 197-OAJ/2024 a la empresa apelante;

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

(iii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 197-OAJ/2024 así como las Resoluciones N° 0118-2024-GG/OSIPTEL y N° 00161-2024-GG/OSIPTEL en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osipitel.gob.pe; y,

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo
Consejo Directivo

¹ Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

² Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 87-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

³ Cabe señalar que América Móvil no presentó descargo alguno.

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

⁵ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y modificatorias.

⁶ Publicada en: <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/09/LEGIS.PE-Minjus-Gu%C3%ADa-pr%C3%A1ctica-sobre-el-procedimiento-administrativo-sancionador.pdf>

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos (2019). "Comentarios a Ley del Procedimiento Administrativo General Nuevo Texto Único Ordenado De La Ley N° 27444, Tomo II" (Décimo cuarta edición, pp. 522) Lima: Gaceta Jurídica.

⁸ A través de la Resolución N° 0054-2024-CD/OSIPTEL <https://www.osipitel.gob.pe/media/ukmlozfu/resol054-2024-cd.pdf>

⁹ Comunicado N° 23-003del 27 de enero de 2023, N° 22-060 del 26 de julio de 2022, N° 19-0074 del 23 de diciembre de 2019, N° 19-0069 del 18 de diciembre de 2019, N° 19-0067 del 09 de diciembre de 2019,

¹⁰ Se alude a diversos procedimientos sancionadores iniciados en contra de AMÉRICA MÓVIL por la supuesta contratación de servicios públicos móviles en la vía pública, se sustentaron en Actas de Acción de Supervisión y no en Actas de Levantamiento de Información (Exp. 00029-2020-GG-GSF/PAS, N° 00010-2020-GG-GSF/PAS, Exp. 0124-2019-GG-GSF/PAS

¹¹ Aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL.

¹² Ver Resoluciones N° 201-2022-CD/OSIPTEL, N° 29-2023-CD/OSIPTEL y N° 168-2023-CD/OSIPTEL.

¹³ Para ello, adjunta en calidad de nueva prueba las Cartas C.126-GSF/2020 y C.239-GSF/2020 de fechas 15 de enero y 03 de febrero de 2020, respectivamente

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N° 00858-2003-AA/TC.

¹⁵ Aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

¹⁶ De las cuales 86 501 fueron de fuente PORTABILIDAD y 144 247 de fuente RENTESEG

¹⁷ Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II. Gaceta Jurídica. 14va Edición.pg.

¹⁸ Aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL y publicada el 11 de diciembre del 2021 en el Diario Oficial El Peruano.