

resolución y el Informe N° 00156-DPRC/2021 con su anexo y apéndices, a Maral Telecomunicaciones S.A.C. y la Empresa Regional del Servicio Público de Electricidad Electronoroeste S.A.; así como, publicar dichos documentos en el Portal Electrónico del OSIPTEL (página web institucional: <http://www.osiptel.gob.pe>)

Artículo 3.- El Mandato de Participación de Infraestructura que se aprueba mediante la presente resolución entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

2003630-1

Declaran infundado Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 264-2021-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, confirman multa

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 195-2021-CD/OSIPTEL

Lima, 20 de octubre de 2021

EXPEDIENTE N°	00069-2020-GG-GSF/PAS
MATERIA	Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 264-2021-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTO:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 264-2021-GG/OSIPTEL.

(ii) El Informe N° 278-OAJ/2021 del 7 de octubre de 2021, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica;

(iii) El Expediente N° 0069-2020-GG-GSF/PAS.

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL, notificada el 12 de marzo de 2020, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) impuso a AMÉRICA MÓVIL la siguiente Medida Cautelar:

“Artículo 1°.- IMPONER una Medida Cautelar a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., a fin de que en el plazo de un (01) día hábil computado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente Resolución, cese la contratación de su servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL conforme a lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, tales como, en puntos de venta ubicados en la vía pública y/o de manera ambulatoria.

Artículo 2°.- El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la presente Resolución por parte de AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., constituirá infracción muy grave, la cual podrá ser sancionada con una multa entre ciento cincuenta y un (151) y trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.”

1.2. A través del Informe N° 0106-GSF/SSDU/2020¹ de fecha 1 de setiembre de 2020, la DFI concluyó que AMÉRICA MÓVIL habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 1 de la Medida Cautelar.

1.3. Mediante carta N° 01255-GSF/2020, notificada el 2 de setiembre del 2020, la DFI comunicó a AMÉRICA

MÓVIL el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) al haberse verificado la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del RFIS, por cuanto habría incumplido la Medida Cautelar interpuesta en el artículo 1 de la Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL.

1.4. El 16 de setiembre de 2020, luego de concedérsele una prórroga de plazo por cinco (5) días hábiles², AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.

1.5. Mediante la Resolución N° 179-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 2 de junio de 2021, la Primera Instancia sancionó a AMÉRICA MÓVIL con una multa de ciento cincuenta y uno (151) UIT, al haberse verificado el incumplimiento de la Medida Cautelar.

1.6. El 23 de junio de 2021, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 179-2021-GG/OSIPTEL.

1.7. A través de la Resolución N° 264-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 27 de julio de 2021, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración formulado por AMÉRICA MÓVIL.

1.8. El 19 de agosto de 2021, AMÉRICA MÓVIL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 264-2021-GG/OSIPTEL.

1.9. El 1 de setiembre de 2021, AMÉRICA MÓVIL solicitó el uso de la palabra.

1.10. El 14 de octubre de 2021, se realizó el informe oral solicitado por AMÉRICA MÓVIL ante el Consejo Directivo.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL (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 haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.1. Respeto de la imposición de una Medida Cautelar

AMÉRICA MÓVIL sostiene que, de conformidad con las Leyes N° 27336, N° 27332, N° 26285 y el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, el Consejo Directivo del OSIPTEL carecería de competencias para determinar el lugar en que los operadores de telecomunicaciones pueden realizar contrataciones de servicios públicos móviles o, para imponer medidas que restrinjan el ámbito de contratación a un lugar específico.

De otro lado, la empresa operadora señala que la Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL se sustentaría en lo dispuesto en el artículo 11-D del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso); sin embargo, la misma sería una norma infra legal que no prohibiría la contratación de servicios públicos móviles en la vía pública, sino que desarrollaría una regla de identificación para los distribuidores autorizados con fines informativos.

Asimismo, AMÉRICA MÓVIL refiere que, en la Exposición de Motivos del proyecto de modificación del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso –esto es, la Resolución N° 033-2015-CD/OSIPTEL– no menciona que alguna prohibición de contratación del servicio en la vía pública; o, que dicha propuesta normativa tenga como sustento la seguridad ciudadana.

Adicionalmente, AMÉRICA MÓVIL afirma que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI –a través de las Resoluciones N° 171-2020-CEB-INDECOPI y N° 033-2021/CEB-INDECOPI– tendría su misma interpretación en cuanto a

los alcances del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, esto es, que dicha disposición no contendría prohibición alguna para contratar servicios públicos móviles en la vía pública.

Al respecto, como es de pleno conocimiento de AMÉRICA MÓVIL³, es importante indicar que las Leyes N° 27332, N° 27336, así como en Decreto Supremo N° 013-93-TCC (Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones) han establecido y desarrollado las facultades del OSIPTEL dentro de las cuales se encuentran las funciones normativas, de regulación, supervisión, fiscalización, de solución de conflictos, reclamos y control de conductas anticompetitivas.

Asimismo, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 702⁴, se puede señalar que el objeto de este Organismo es ejercer sus atribuciones (regular, normar, supervisar y fiscalizar dentro del ámbito de su competencia) con la finalidad de garantizar que en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones rijan los principios de libre competencia (comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí y las de éstas con los usuarios), se protejan los derechos de los usuarios (garantizando las calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario) y se mantenga un equilibrio en dicha actividad económica (regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones).

Siendo así, en el marco de la función normativa del OSIPTEL y con el objetivo de proteger los derechos de los usuarios, se emitió la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL que modificó TUO de las Condiciones de Uso, incorporando el artículo 11-D de acuerdo a lo siguiente:

“Artículo 11-D.- Registro de distribuidores autorizados para la contratación del servicio público móvil prepago

La empresa operadora implementará un registro de distribuidores autorizados, en el cual deberá inscribir en forma obligatoria aquellos distribuidores que intervengan en la contratación de un nuevo servicio público móvil.

Luego de realizada la inscripción en el mencionado registro, la empresa operadora está obligada a entregar al distribuidor autorizado el código único que lo identifique como tal. Dicho código deberá ser empleado por el distribuidor autorizado, previa validación de la empresa operadora, en cada oportunidad que se efectúe una contratación del servicio.

En todos los casos, la empresa operadora será responsable ante el abonado por la contratación del servicio que se realice bajo su titularidad.

La empresa operadora deberá remitir al OSIPTEL el registro de distribuidores autorizados, el cual deberá contener toda la información relativa a la identificación del referido distribuidor, indicándose el(los) código(s) que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta de los distribuidores autorizados en los cuales éstos se encuentran habilitados por la empresa operadora a realizar la contratación del servicio. Asimismo, la empresa operadora deberá comunicar al OSIPTEL cualquier modificación en el referido registro, el último día hábil de cada semana, al correo electrónico distribuidores_autorizados@osiptel.gob.pe.”
[Subrayado agregado]

En relación a la citada disposición normativa, y conforme a reiterados pronunciamientos de este Consejo Directivo⁵, el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso, recoge la obligación del establecimiento de un Registro de Distribuidores Autorizados de las empresas prestadoras del servicio de telefonía móvil, el cual deberá contener toda la información relativa a la identificación del distribuidor, indicándose el(los) código(s) que se les hubiera asignado, así como la dirección de cada uno de los puntos de venta en los cuales estos distribuidores autorizados se encuentran habilitados por la empresa operadora para realizar la contratación del servicio.

Asimismo, corresponde a las empresas operadoras remitir al OSIPTEL, entre otros aspectos, el registro de distribuidores autorizados, incluyendo la dirección donde funcionarán los locales y puntos de venta autorizados para la contratación del servicio de telefonía móvil; siendo

la empresa operadora responsable por el actuar de dichos distribuidores ante los usuarios que contraten el servicio.

En tal sentido, cuando el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso exige a la empresa de telefonía móvil, que en el Registro de Distribuidores Autorizados se incluya la dirección del punto de venta habilitado para ser el lugar donde se realice la contratación del servicio con el usuario, lo que la norma persigue es que se trate de un local ubicado en un lugar dotado de una dirección cierta e identificada, donde se desarrolla la actividad comercial en forma permanente, no resultando acorde con lo previsto en dicha norma la posibilidad de realizar contrataciones en la vía pública.

Por lo tanto, el hecho que las normas referidas por AMÉRICA MÓVIL no contengan una prohibición expresa, lo cierto es que la disposición supervisada, la medida cautelar impuesta y el incumplimiento imputado se han efectuado sobre la base de facultades legalmente otorgadas al OSIPTEL.

Asimismo, sin perjuicio de lo consignado en la Exposición de Motivos, es claro que la exigencia de que el registro de distribuidores autorizados cuente con la dirección de cada uno de los puntos de venta, dotado de una dirección cierta e identificada –tal como lo prevé el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso– busca no solo permitir la adecuada fiscalización por parte del OSIPTEL del cumplimiento de la normativa sobre seguridad pública y contractual sino también la adecuada protección de los derechos de los usuarios

De otro lado, y sin perjuicio del análisis contenido en el siguiente numeral de la presente Resolución, es de pleno conocimiento de AMÉRICA MÓVIL⁶ que la Resolución N° 171-2020/CEB-INDECOPI sólo admite a trámite la denuncia presentada por AMÉRICA MÓVIL contra el OSIPTEL por la imposición de una barrera burocrática presuntamente ilegal y/o carente de razonabilidad; por lo que, tal como lo sostiene la Primera Instancia, de dicho acto administrativo no se evidencia argumento alguno que desvirtúe la comisión de la infracción relacionada al incumplimiento del precitado artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.

Conforme a lo expuesto, carece de asidero lo señalado por AMÉRICA MÓVIL.

5.2. Sobre la presunta trasgresión al Principio al Debido Procedimiento

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la Resolución impugnada contiene una motivación deficiente, debido a que desconoce la Resolución N° 033-2021-CEB-INDECOPI que declaró que constituye barrera burocrática ilegal la prohibición de contratar servicios públicos móviles de telecomunicaciones en la vía pública, materializada en diversos actos emitidos por el OSIPTEL. Sin embargo, la Primera Instancia consideró el voto en discordia de un miembro de la CEB del INDECOPI a efectos de sustentar su decisión.

Sobre el particular, en cuanto a la presunta motivación deficiente de la Resolución impugnada, corresponde indicar que la Primera Instancia ha sido clara en indicar que la Resolución N° 033-2021-CEB-INDECOPI no constituye una decisión firme; aspecto que es de pleno conocimiento de AMÉRICA MÓVIL⁷.

Ciertamente, conforme a la Doctrina⁸, es necesario tener en cuenta lo siguiente:

“(…) en sede administrativa se dice que un acto ha adquirido firmeza cuando contra dicho acto no procede recurso administrativo alguno, ni tampoco procede la interposición de una demanda contencioso – administrativa. Pero a diferencia de la autoridad de cosa juzgada que es inimpugnable e inmodificable, los actos administrativos aun cuando sean firmes, siempre podrán modificados o revocados en sede administrativa.”

[Subrayado agregado]

En efecto, corresponde precisar que mediante Resolución N° 105-2021/STCEB-INDECOPI, la Secretaría de la Comisión de Barreras Burocráticas ha concedido el recurso de apelación interpuesto por el OSIPTEL contra la Resolución N° 033-2021-CEB-INDECOPI, el cual se otorgó con efecto suspensivo.

Siendo ello así, teniendo en cuenta a la fecha el pronunciamiento emitido por la Comisión de Barreras Burocráticas no ha sido confirmado por la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas; este Colegiado considera que la Resolución N° 033-2021-CEB-INDECOPI no constituye un acto administrativo exigible o vinculante sobre el cual el OSIPTEL se encuentre en el deber de cumplir alguna decisión por parte del INDECOPI.

Bajo dicho escenario, este Colegiado coincide con la Primera Instancia en el sentido que el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 033-2021-CEB-INDECOPI no resulta aplicable a efectos de desvirtuar el incumplimiento del artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso.

Finalmente, sobre la supuesta falta de motivación de la resolución impugnada, debe precisarse que la Primera Instancia sí analiza el pronunciamiento del INDECOPI y, como consecuencia de ello, precisa los argumentos del voto singular formulado por un integrante de la Comisión de Barreras Burocráticas; por lo que ello, no significa de modo alguno que la Resolución impugnada adolezca de un defecto en su motivación, en tanto la Primera Instancia ha señalado un hecho objetivo.

Bajo las consideraciones expuestas, carece de asidero lo expuesto por AMÉRICA MÓVIL sobre el presente extremo.

5.3. Sobre la presunta nulidad de las Actas de Levantamiento de Información

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que las actas de levantamiento de adolecen de nulidad, toda vez que no cumplen con los requisitos mínimos previstos en el artículo 25 del Reglamento General de Supervisión.

Específicamente, la empresa operadora indica, entre otros aspectos, lo siguiente:

- Respecto a la supervisión realizada en el distrito de San Juan de Lurigancho: AMÉRICA MÓVIL refiere que en la reproducción del audio: (i) no se identifica la persona a cargo de la diligencia, esto es, detallando su nombre y documento de identidad; y, (ii) se precisa una hora distinta (10:51 horas) a la consignada en el Acta correspondiente (11:00 horas).

- Respecto a la supervisión realizada en el distrito de Trujillo: AMÉRICA MÓVIL indica que en la reproducción del audio (i) el supervisor no indicó su documento de identidad; y, (ii) se precisa una hora distinta (11:09 horas) a la consignada en el Acta correspondiente (11:10 horas). Del mismo modo, la empresa operadora precisa que, en el Informe de Supervisión se indica que la supervisión culminó a las (10:10 horas).

- Respecto a la supervisión realizada en el distrito de Chiclayo: AMÉRICA MÓVIL señala que en la reproducción del audio el supervisor no indicó su documento de identidad.

- Respecto a la supervisión realizada en el distrito de Piura: AMÉRICA MÓVIL refiere que en la reproducción del audio (i) el supervisor no indicó su documento de identidad; y, (ii) se precisa una hora distinta (11:16 horas) a la consignada en el Acta correspondiente (11:17 horas).

En ese sentido, la empresa operadora alega que considerando que los audios de grabación no generan certeza de la identidad de la persona que llevó a cabo la diligencia de supervisión (en tanto no se consigna el documento de identidad) y no se puede determinar con claridad la hora de inicio y fin de la supervisión, queda acreditado que dichas acciones de supervisión no cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 25 y 27 del Reglamento de Supervisión; y, en el artículo 244 del TUO de la LPAG.

En consecuencia, considerando el criterio contenido en el Informe N° 001-GSF/SSDU/2019, tramitado en el Expediente N° 00197-2016-GG-GFS; AMÉRICA MÓVIL solicita la nulidad de las actas de supervisión; y, en consecuencia, el archivo del presente PAS.

En primer término, el artículo 244 del TUO de la LPAG dispone, entre otros términos, lo siguiente:

“Artículo 244.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

244.1 El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.

(...)
244.2 Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.”

[Subrayado agregado]

En la misma línea, el Reglamento General de Supervisión establece lo siguiente:

“Artículo 25.- Levantamientos de información

Los levantamientos de información son acciones de supervisión que se realizan a través de la visualización, captura de pantalla, de audio o de video, trazas, recolección de datos o impresión de la 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.

(...)
La información recabada se plasmará en un acta, que deberá contener como mínimo, lo siguiente:

- a) Identificación del o los supervisores que intervendrán;
 - (...)
 - e) Fecha en que se efectúa el levantamiento de información con indicación de la hora del mismo;
 - f) Mención de la información recabada; y,
 - g) Firma del o los supervisores que hayan intervenido.
- El acta de levantamiento de información suscrita por un supervisor constituye instrumento público.”

[Subrayado y énfasis agregado]

Artículo 27.- Contenido del acta de acción de supervisión

El acta de acción de supervisión contendrá, bajo sanción de nulidad, los siguientes datos mínimos:

- (...)
- c) Identificación del o los supervisores, especialistas y personal instruido que intervienen, de ser el caso;
- d) El objeto de la acción de supervisión;
- (...)
- h) Fecha, hora de inicio y de culminación de la acción de supervisión; y,

(...)
[Subrayado agregado]

Conforme a las citadas disposiciones normativas, es claro que existe una exigencia legal en el contenido mínimo del acta de supervisión, siendo entre otros, la identificación del sujeto encargado de dicha diligencia, así como precisar la fecha de inicio y término de la acción de supervisión. Además, es pertinente indicar que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la LDFP, el acta, debidamente suscrita por el funcionario de OSIPTEL responsable de la acción constituye instrumento público.

En el presente caso, de manera preliminar, en las cuatro (4) Actas de Levantamiento de Información se advierte la siguiente información:

FECHA	HORA DE INICIO y FIN	DISTRITO	IDENTIFICACIÓN DEL SUPERVISOR (NOMBRE Y DNI)	LA CONTRATACIÓN SE REALIZÓ EN LA VÍA PÚBLICA	N° DE LÍNEA
14/08/2020	10:38 - 11:00	San Juan de Lurigancho	SI	SI	98609xxxx
14/08/2020	11:00 - 11:10	Trujillo	SI	SI	99320xxxx
14/08/2020	11:01 - 11:06	Chiclayo	SI	SI	99368xxxx
17/08/2020	11:05 - 11:17	Piura	SI	SI	91440xxxx

Así, este Colegiado advierte que los cuatro (4) instrumentos públicos que sustentan las supervisiones realizadas por el OSIPTEL cumplen las disposiciones previstas tanto en el TUO de la LPAG como en el Reglamento General de Supervisión; y, en tal sentido, no resulta aplicable el criterio contenido en el Informe N° 001-GSF/SSDU/2019 mediante el cual se archivaron tres (3) actas de supervisión debido a que no contaban con los requisitos mínimos establecidos en el artículo 27 del Reglamento de Supervisión⁹.

Sin perjuicio de ello, atendiendo a los cuestionamientos formulados por AMÉRICA MÓVIL, este Colegiado señala lo siguiente:

a) Respecto a la supervisión realizada en el distrito de San Juan de Lurigancho: Es pertinente indicar que en el Acta de Levantamiento de Información se precisa, entre otros términos, lo siguiente:

“Siendo las 10:38 horas del día 14 de agosto de 2020, el profesional del (...) OSIPTEL, lxxxx Axxxx Pxxxx identificado con DNI N° 4670XXXX (en adelante, SUPERVISOR), quien suscribe la presente acta en Av. Próceres de la Independencia con Av. Los Jardines, distrito de San Juan de Lurigancho, de la provincia y departamento de Lima (...)”

*Para tales efectos, el SUPERVISOR que suscribe la presente acta procedió a realizar el levantamiento de información de los hechos recopilados en la grabación del audio adjunto a la presente, **teniendo en cuenta que EL SUPERVISOR se encontraba en la ubicación detalla [sic] en el primer párrafo de la presente acta (vía pública) procediendo a solicitar al VENDEDOR de LA EMPRESA la contratación de un servicio público móvil prepago a nombre del SUPERVISOR.***

En atención a ello, se deja constancia de que se efectuó la contratación de la línea 98609xxxx en la Av. Próceres de la Independencia con Av. Los Jardines, distrito de San Juan de Lurigancho, de la provincia y departamento de Lima (vía pública).

[Subrayado y énfasis agregado]

Ahora bien, de la propia reproducción del audio se advierte que, el Supervisor solicita la contratación de la línea 98609xxxx en la intersección de la avenida Próceres de la Independencia con la avenida Los Jardines del distrito de San Juan de Lurigancho; esto es, en la vía pública. Además, a efectos de realizar la contratación del servicio el Supervisor brinda su nombre y documento de identidad; aspecto que se condice con lo indicado en el Acta de Levantamiento de Información.

De otro lado, si bien de la reproducción del audio se verifica que el Supervisor indica una hora específica del término de la diligencia (esto es, 10:51) y en el Acta de Levantamiento de Información se consigna otra hora (esto es, 11:00); este Colegiado comparte la posición de Primera Instancia en el sentido que la diferencia horaria entre el Acta de Levantamiento de Información con la grabación de audio –asociado a las acciones de supervisión llevadas a cabo el 14 y 17 de agosto de 2020– corresponde a que dicha grabación podría iniciarse antes o después de iniciado el levantamiento de información; y, asimismo, podría detenerse antes o después de culminado el levantamiento de información.

Además, es relevante indicar que dicha diferencia de minutos no enerva de modo alguno la validez del instrumento público en cuya supervisión claramente se detecta la contratación de un servicio público móvil en la vía pública, lo cual resulta en contra de lo dispuesto en el artículo 11-D del TUO de las Condiciones de Uso y constituye un incumplimiento a la Medida Cautelar ordenada mediante Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL.

b) Respecto a la supervisión realizada en el distrito de Trujillo: Es pertinente indicar que en el Acta de Levantamiento de Información se precisa, entre otros términos, lo siguiente:

“Siendo las 11:00 horas del día 14 de agosto de 2020, el profesional del (...) OSIPTEL, Mxxxx Axxxx Vxxxx

Mxxxx identificado con DNI N° 4036XXXX (en adelante, SUPERVISOR), quien suscribe la presente acta en el cruce de la Av. España con Jr. Gamarra Centro de Trujillo, distrito de Trujillo, de la provincia de Trujillo y departamento de La Libertad, (...)”

*Para tales efectos, el SUPERVISOR que suscribe la presente acta procedió a realizar el levantamiento de información de los hechos recopilados en la grabación del audio adjunto a la presente, **teniendo en cuenta que EL SUPERVISOR se encontraba en la ubicación detalla [sic] en el primer párrafo de la presente acta (vía pública) procediendo a solicitar al VENDEDOR de LA EMPRESA la contratación de un servicio público móvil prepago a nombre del SUPERVISOR.***

En atención a ello, se deja constancia de que se efectuó la contratación de la línea 99320xxxx en la Av. España con Jr. Gamarra Centro de Trujillo, distrito de Trujillo, de la provincia de Trujillo y departamento de La Libertad, (vía pública).

[Subrayado y énfasis agregado]

Ahora bien, de la propia reproducción del audio se advierte que, el Supervisor solicita la contratación de la línea 99320xxxx en la intersección de la avenida España con el jirón Gamarra Centro de Trujillo del distrito de Trujillo; esto es, en la vía pública. Además, a efectos de realizar la contratación del servicio el Supervisor brinda su nombre y documento de identidad; aspecto que se condice con lo indicado en el Acta de Levantamiento de Información.

De otro lado, en cuanto a la diferencia de un minuto entre el Acta de Levantamiento de Información y la grabación asociada a la supervisión en particular, nos remitimos a lo señalado en el literal anterior, en tanto dicho aspecto no afecta la validez de dicho instrumento público.

Finalmente, en cuanto a la hora de término de la supervisión consignada en el informe de supervisión (10:10 horas) este Colegiado coincide con la Primera Instancia en tanto corresponde a un error material del propio informe, lo cual no afecta la validez del Acta de Levantamiento de Información.

c) Respecto a la supervisión realizada en el distrito de Chiclayo: Es pertinente indicar que en el Acta de Levantamiento de Información se precisa, entre otros términos, lo siguiente:

“Siendo las 11:01 horas del día 14 de agosto de 2020, el profesional del (...) OSIPTEL, Rxxxx lxxxx Cxxxx Cxxxx identificado con DNI N° 4051XXXX (en adelante, SUPERVISOR), quien suscribe la presente acta en la Av. José Balta cuadra 12, distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo y departamento de Lambayeque, (...)”

*Para tales efectos, el SUPERVISOR que suscribe la presente acta procedió a realizar el levantamiento de información de los hechos recopilados en la grabación del audio adjunto a la presente, **teniendo en cuenta que EL SUPERVISOR se encontraba en la ubicación detalla [sic] en el primer párrafo de la presente acta (vía pública) procediendo a solicitar al VENDEDOR de LA EMPRESA la contratación de un servicio público móvil prepago a nombre del SUPERVISOR.***

En atención a ello, se deja constancia de que se efectuó la contratación de la línea 99368xxxx en la Av. José Balta cuadra 12, distrito de Chiclayo, provincia de Chiclayo y departamento de Lambayeque, (vía pública).

[Subrayado y énfasis agregado]

Sobre el particular, la propia reproducción del audio se advierte que, el Supervisor solicita la contratación de la línea 99368xxxx en la avenida José Balta cuadra 12 del distrito de Chiclayo; esto es, en la vía pública. Además, a efectos de realizar la contratación del servicio el Supervisor brinda su nombre y documento de identidad; aspecto que se condice con lo indicado en el Acta de Levantamiento de Información.

d) Respecto a la supervisión realizada en el distrito de Piura: Es pertinente indicar que en el Acta de Levantamiento de Información se precisa, entre otros términos, lo siguiente:

“Siendo las 11:05 horas del día 17 de agosto de 2020, el profesional del (...) OSIPTEL, Mxxxx Sxxxx Chxxxx Pxxxx identificado con DNI N° 40936XXXX (en adelante, SUPERVISOR), quien suscribe la presente acta en Av Sanchez Cerro - Mercado Modelo de Piura frente a la Comisaría de Piura, distrito de Piura de la provincia y departamento de Piura (...)

Para tales efectos, el SUPERVISOR que suscribe la presente acta procedió a realizar el levantamiento de información de los hechos recopilados en la grabación del audio adjunto a la presente, **teniendo en cuenta que EL SUPERVISOR se encontraba en la ubicación detallada [sic] en el primer párrafo de la presente acta (vía pública)** procediendo a solicitar al VENDEDOR de LA EMPRESA la contratación de un servicio público móvil prepago a nombre del SUPERVISOR.

En atención a ello, se deja constancia de que se efectuó la contratación de la línea 91440xxxx en la Av. Sanchez Cerro - Mercado Modelo de Piura frente a la Comisaría de Piura, distrito de Piura de la provincia y departamento de Piura, (vía pública).

[Subrayado y énfasis agregado]

Ahora bien, de la propia reproducción del audio se advierte que, el Supervisor solicita la contratación de la línea 91440xxxx en la avenida Sanchez Cerro - Mercado Modelo de Piura frente a la Comisaría de Piura, distrito de Piura; esto es, en la vía pública. Además, a efectos de realizar la contratación del servicio el Supervisor brinda su nombre y documento de identidad; aspecto que se condice con lo indicado en el Acta de Levantamiento de Información.

De otro lado, en cuanto a la diferencia de un minuto entre el Acta de Levantamiento de Información y la grabación asociada a la supervisión en particular, nos remitimos a lo señalado en el literal a) del presente numeral, en tanto dicho aspecto no afecta la validez de dicho instrumento público.

En virtud a lo expuesto, quedan desvirtuados los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL; y, en consecuencia, se desestima la nulidad de las cuatro (4) Actas de Levantamiento de Información solicitada por la empresa operadora.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente indicar que, el OSIPTEL –a través de su función supervisora– ha verificado plenamente la comisión de la infracción imputada en el presente PAS, esto es, el incumplimiento del artículo 1 de la Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL; y, en consecuencia, se descarta alguna vulneración al Principio de Verdad Material alegado por AMÉRICA MÓVIL.

5.8. Respetto a la determinación de la sanción

• Sobre el beneficio ilícito

AMÉRICA MÓVIL refiere que no se habría indicado las razones por las cuales, dentro del cálculo del beneficio ilícito se ha considerado el costo de implementar un punto de venta si habría cumplido con remitir las direcciones de sus distribuidores autorizados.

Al respecto, este Colegiado coincide con lo sostenido por la Primera Instancia; y, en tal sentido, resulta correcto considerar dentro del beneficio ilícito, el costo de implementar un punto de venta; en tanto, al haber observado contrataciones en la vía pública, se entiende que la empresa operadora no incurrió en los costos de generar puntos adicionales.

Sin perjuicio de lo indicado, corresponde agregar que el costo antes indicado no fue el único factor considerado para cuantificar el beneficio ilícito, sino que también se tomó en cuenta los ingresos obtenidos por la contratación de líneas móviles en forma indebida en la vía pública.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

• Sobre la probabilidad de detección

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la probabilidad de detección no sería “baja” sino “muy alta”, en la medida que, con una simple acción de supervisión alrededor de

los puntos de venta del servicio, podría verificarse el cumplimiento de la Medida Cautelar.

Al respecto, conforme a lo sostenido por la Primera Instancia y atendiendo a las características de este PAS, se considera una probabilidad de detección “baja”, en la medida que si bien existe el incumplimiento de una orden expresa emitida por el OSIPTEL, de cesar con la comercialización de los servicios públicos móviles en la vía pública; la DFI se encuentra limitada a efectos de llevar a cabo las supervisiones orientadas a la verificación de su cumplimiento, en tanto que se tratan de contrataciones realizadas en la vía pública; y, en tal sentido, no cuentan con una dirección formal, lo cual limita las posibilidades de detección del universo de incumplimientos.

Por lo tanto, conforme a lo sostenido por este Consejo Directivo¹⁰, la capacidad de movilización de un canal de comercialización en la vía pública, hace más fácil la evasión de fiscalización haciendo incluso más costosa el ejercicio de esta actividad por parte del Regulador. Siendo ello así, si bien el Organismo Regulador ha comunicado las acciones que se encuentra realizando en materia de contratación en la vía pública; ello, no incide de modo alguno en la determinación de la probabilidad de detección de las conductas ilícitas.

En consecuencia, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

IV. PUBLICACIÓN DE LAS SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Al ratificar el Consejo Directivo la sanción a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 28 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatoria, corresponde la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones, expuestos en el Informe N° 278-OAJ/2021 del 7 de octubre de 2021, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG– constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 831/21 de fecha 14 de octubre de 2021.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 264-2021-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia CONFIRMAR la multa de ciento cincuenta y un (151) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 28 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatoria, al incumplir lo dispuesto por el artículo 1 de la Resolución N° 142-2020-GSF/OSIPTEL, de conformidad con los argumentos expuestos.

Artículo 2°.- Desestimar la solicitud de nulidad formulada por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

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 a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. y del Informe N° 278-OAJ/2021;

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

(iii) La publicación de la presente Resolución, del Informe N° 278-OAJ/2021 y de las Resoluciones N° 264-2021-GG/OSIPTTEL y 179-2021-GG/OSIPTTEL, en el portal institucional del OSIPTTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

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

Regístrese, comuníquese y publíquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo

¹ Expediente Cautelar N° 0008-2020-GG-GSF/CAUTELAR.

² Conforme a la carta N° 01301-GSF/2020, notificada el 8 de setiembre de 2020.

³ Mayor detalle en la Resolución N° 194-2020-CD/OSIPTTEL.

⁴ Decreto Legislativo N° 702 mediante el cual se declaran de necesidad pública el desarrollo de telecomunicaciones y aprueban normas que regulan la Promoción de Inversión Privada en telecomunicaciones.

⁵ Mayor detalle en las Resoluciones N° 188-2020-CD/OSIPTTEL, N° 194-2020-CD/OSIPTTEL y N° 110-2021-CD/OSIPTTEL.

⁶ Mayor detalle en la Resolución N° 194-2020-CD/OSIPTTEL.

⁷ Mayor detalle en el portal "Consulta de Expedientes" del INDECOP. Disponible en: <https://servicio.indecopi.gob.pe/portalSAE/Expedientes/consultaCEB.jsp?pLlistar=SI&pNroExpediente=364&pAnioExpediente=2019&pIdTipoExpediente=1&pIdLugarTramite=1&pIdAreaMenu=4>

⁸ MORÓN, J. (2018) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II, décimo tercera edición, Lima: Gaceta Jurídica, p. 219 - 220.

⁹ Al respecto, en dos (2) de dichas actas no se indicó la hora de fin de la supervisión realizada y en el acta restante no se consignó la firma del supervisor, razones por las cuales se recomendó el archivo de las tres (3) actas mencionadas.

¹⁰ Mayor detalle en la Resolución N° 194-2020/CD-OSIPTTEL.

2003631-1

ORGANISMOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Exceptúan al RENIEC por un total de veinticuatro cargos de confianza adicionales al tope de cincuenta

**RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA EJECUTIVA
N° 000143-2021-SERVIR-PE**

Lima, 21 de octubre de 2021

VISTO: el Informe Técnico N° 000172-2021-SERVIR-GDSRH de la Gerencia de Desarrollo del Sistema de Recursos Humanos, y;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Legislativo N° 1023, se creó la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), como Organismo Técnico Especializado, rector del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, que comprende el conjunto de normas, principios, recursos, métodos, procedimientos y técnicas utilizados por las entidades del sector público en la gestión de los recursos humanos;

Que, el numeral 2 del artículo 4 de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, indica que el límite máximo

de empleados de confianza en ningún caso será mayor al cinco por ciento (5%) de servidores públicos existentes en cada entidad. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Supremo N° 084-2016-PCM, precisa que para el cálculo del cinco por ciento (5%) de empleados de confianza en las entidades públicas, se entenderá que los "servidores públicos existentes en cada entidad" hace referencia a la sumatoria de los cargos ocupados y previstos en su Cuadro para Asignación de Personal o en el Cuadro para Asignación de Personal Provisional, más el número de servidores contratados bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios de la misma entidad al 10 de noviembre de 2016;

Que, el segundo párrafo del artículo 2 del citado Decreto Supremo dispuso que, en ningún caso, el número de empleados de confianza, existente en cada entidad, será mayor a cincuenta (50), siendo que, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva debidamente justificada, SERVIR puede establecer excepciones a este tope, la misma que deberá publicarse en el Diario Oficial El Peruano;

Que, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 080-2018-SERVIR-PE se exceptuó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC del tope de cincuenta (50) empleados de confianza;

Que, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, a través del Oficio N° 002295-2021/SGEN/RENIEC, remitió la propuesta del Cuadro para Asignación de Personal Provisional de dicha entidad; incluyéndose la solicitud de excepción del límite de cargos de confianza, a que se refiere el mencionado artículo 2 del Decreto Supremo N° 084-2016-PCM, por un total de 24 cargos de confianza adicionales al límite antes señalado;

Que, en el marco de lo establecido en el informe técnico sustentatorio remitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC, la Gerencia de Desarrollo del Sistema de Recursos Humanos en el numeral 3.4.3 del Informe Técnico N° 000172-2021-SERVIR/GDSRH opina que resulta recomendable otorgar la excepción solicitada. Asimismo, se indica que el número de cargos de confianza solicitados se encuentra dentro del cinco por ciento (5%) del total de servidores existentes en dicha entidad;

Con los vistos de la Gerencia de Desarrollo del Sistema de Recursos Humanos y de la Oficina de Asesoría Jurídica;

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Supremo que precisa la designación y los límites de empleados de confianza en las entidades públicas, aprobado por Decreto Supremo N° 084-2016-PCM, y el Reglamento de Organización y Funciones de SERVIR, aprobado por Decreto Supremo N° 062-2008-PCM y modificatorias;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Exceptuar al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC por un total de veinticuatro (24) cargos de confianza adicionales al tope de cincuenta (50), de acuerdo al sustento contenido en el numeral 3.4.3 del Informe Técnico N° 000172-2021-SERVIR-GDSRH emitido por la Gerencia de Desarrollo del Sistema de Recursos Humanos.

Artículo 2.- Dejar sin efecto la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 080-2018-SERVIR-PE que exceptuó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC del tope de cincuenta (50) empleados de confianza.

Artículo 3.- Disponer la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial "El Peruano" y en el Portal Institucional de SERVIR (www.servir.gob.pe).

Regístrese, comuníquese y publíquese.

JANEYRI ELIZABETH BOYER CARRERA
Presidenta Ejecutiva

2004359-1