

**Pontificia Universidad Católica del Perú**  
**Facultad de Derecho**



**Informe Jurídico de la Resolución de Consejo Directivo N° 95-2017-CD/OSIPTEL**

**Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de Abogada**

**Autor**

**Jazmin Isamar Rosas Tovar**

**Revisor**

**José Carlos Gonzáles Cucho**

Lima, 2021

# **INFORME JURÍDICO DE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 95-2017-CD/OSIPTTEL**

## **1. RESUMEN**

El presente informe pretende analizar las decisiones adoptadas por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, "OSIPTTEL" o "Regulador") en la Resolución de Consejo Directivo N° 95-2017-CD/OSIPTTEL, de fecha 21 de agosto (en adelante, la "Resolución"), mediante la cual se resuelve sancionar a la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, "CLARO"), por incumplir en 31 acciones de supervisión con la entrega de constancias de arribo a sus centros de atención. En este mismo informe, pretendemos analizar si la sanción impuesta a CLARO por medio de la Resolución de OSIPTTEL se encuentra conforme a los principios de la potestad sancionadora, a efectos de manifestar si fue razonable, proporcional y debidamente motivada.

## **2. RESOLUCIÓN**

N° de la Resolución	Resolución de Consejo Directivo N° 95-2017-CD/OSIPTTEL
Área (s) del Derecho sobre las cuales versa el contenido de la Resolución	Derecho Administrativo, Derecho de Protección al Consumidor, Derecho Regulatorio
Entidad Pública	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTTEL (de oficio)
Administrado	América Móvil Perú S.A.C.
Instancia	Segunda instancia
Otros	Análisis de la resolución del Consejo Directivo del OSIPTTEL y la norma aplicada.

### 3. ÍNDICE DE CONTENIDO:

1. RESUMEN.....	ii
2. RESOLUCIÓN.....	ii
3. ÍNDICE DE CONTENIDO: .....	1
1. INTRODUCCIÓN.....	2
2. CONTENIDO DEL TRABAJO:.....	7
2.1. Justificación de la elección de la resolución.....	7
2.2. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia prevista en la Resolución. ....	7
2.3. Identificación de los problemas jurídicos.....	9
1. ¿Existen pruebas suficientes que sustenten los hechos establecidos en las actas de supervisión? .....	9
2. ¿Se cumplen los requisitos formales en las actas de supervisión? .....	10
3. ¿La medida de sanción aplicada es proporcional, motivada y razonable? ....	11
4. ¿El recurso de reconsideración debió ser declarado infundado? .....	13
2.4. Análisis y posición fundamentada respecto de los problemas jurídicos de la Resolución. ....	14
1. ¿Existen pruebas suficientes que sustenten los hechos establecidos en las actas de supervisión? .....	14
2. ¿Se cumplen los requisitos formales en las actas de supervisión? .....	18
3. ¿La medida de sanción aplicada es proporcional, motivada y razonable? ....	21
4. ¿El Recurso de Reconsideración debió ser declarado infundado? .....	31
3. CONCLUSIONES .....	36
4. RECOMENDACIONES .....	37
5. BIBLIOGRAFÍA.....	38

## 1. INTRODUCCIÓN

De manera previa al análisis de la Resolución materia del presente informe, es necesario contextualizar la normativa regulatoria relacionada a la misma. La regulación económica es una herramienta de control y supervisión de las actividades productivas por parte del Estado<sup>1</sup>. La misma define en menor o mayor medida el comportamiento de los agentes económicos y busca lograr el desempeño eficiente de las industrias. En ese sentido, la regulación económica actúa cuando el mercado no puede lograr una asignación eficiente de recursos a través de la interacción de la oferta y demanda de bienes. Es decir, actúa cuando la competencia no es suficiente para lograrlo o cuando no puede abrirse paso dadas las características del mercado (Quintana, 2003)<sup>2</sup>.

Por ello, la regulación económica deberá ser aplicada únicamente en los casos que sean estrictamente necesarios y de forma supletoria debido a la existencia de fallas en el mercado, conforme indica Quintana:

*La competencia supone la rivalidad entre las empresas para ganarse la preferencia del consumidor, ofreciéndole menores precios, mejor calidad y otros beneficios adicionales. Asimismo, incentiva el comportamiento eficiente de las empresas, que buscan reducir sus costos y mejorar su gestión para así enfrentar a sus rivales. A raíz de la competencia, las empresas se ven impulsadas a innovar, ya sea en nuevas tecnologías o en los beneficios adicionales que ofrecen -tales como servicios post venta y descuentos o promociones- para así lograr la fidelidad del usuario hacia sus servicios. (2003)<sup>3</sup>*

---

<sup>1</sup> En la tensión permanente entre poder y libertad que protagoniza el desenvolvimiento del Derecho Público y por ello también el del Derecho Administrativo, el Estado de Derecho a través de la consagración que formula el principio de legalidad y de la garantía y protección de los derechos fundamentales, exige un uso jurídico proporcionado del poder, a fin de satisfacer los intereses generales con la menos e indispensable restricción de las libertades (Lopez, 1998)

López González, J.I. (1998) *El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo*, Sevilla: Universidad de Sevilla.

<sup>2</sup> Quintana Sánchez, E. (2003). ¿Es la política de competencia "supletoria" de la regulación de Telecomunicaciones?. IUS ET VERITAS, 13(27), 95-124.

<sup>3</sup> ibídem

De la misma manera, en el ordenamiento jurídico, se encuentran los Organismos Reguladores, los cuales cuentan con función normativa. De acuerdo con el literal c) del numeral 3.1 del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, esta función comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios

Así pues, el OSIPTEL, al ser un organismo regulador, se encuentra facultado para emitir normas en el marco de su competencia. Esto mismo se da en virtud del artículo 249° del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC<sup>4</sup>. Dicho reglamento indica que el OSIPTEL cuenta con la potestad de emitir normativa que regule la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones. De mismo modo, el inciso h) del artículo 25° del Reglamento General del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, establece que el Regulador tiene la facultad de reglamentar los “Estándares de calidad y las condiciones de uso de los servicios que se encuentren bajo su competencia. Esto incluye la fijación de indicadores referidos al grado de satisfacción de los usuarios”.

En razón a la función normativa, el OSIPTEL aprobó el Reglamento de Calidad de atención a usuarios por parte de las Empresas operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 127-2013-CD/OSIPTEL<sup>5</sup> (en adelante, el “Reglamento de Calidad de Atención”), con la finalidad de establecer las condiciones mínimas y los indicadores de calidad de atención a usuarios a

---

<sup>4</sup> Artículo 249.- Calidad de los servicios públicos

Con el objeto de promover la calidad de los servicios públicos brindados al usuario, es potestad de OSIPTEL emitir reglamentos que normen la calidad de los diferentes servicios públicos, siempre que no implique imponer índices o modalidades de producción o índices de productividad.

<sup>5</sup> Artículo 1°.- Objeto de la Norma

La presente norma establece 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.

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. A partir de ello, en su exposición de motivos, el Regulador señaló lo siguiente:

*Cabe señalar que, la calidad de la atención a los usuarios debe constituirse en un elemento importante de las condiciones del servicio prestado por las empresas operadoras, debe constituirse en un factor de competencia en el mercado, en la medida que la aplicación de los estándares de calidad pueda ser conocida por los usuarios en general, y pueda influir en las decisiones de elección del consumidor.*

Antes de aprobar el Reglamento de Calidad de Atención, el Regulador publicó el proyecto de Reglamento de Calidad de Atención a Usuarios por parte de las Empresas operadoras de Servicios de Telefonía Fija y Servicios Públicos Móviles<sup>6</sup>, el cual en su artículo 9° establece la obligación de que se debe entregar una constancia de arribo inmediato a cada persona que llegue al centro de atención:

*Artículo 9°.- Entrega de constancia de ingreso al usuario en oficinas comerciales Las empresas operadoras deberán entregar al usuario una constancia de ingreso a la oficina comercial en el que se consigne información relativa a la fecha y la hora de entrega de la referida constancia.*

*Dicha constancia de ingreso deberá ser entregada al usuario de manera inmediata a su llegada a la oficina comercial, independientemente si por razones de aforo no pudiera ingresar a ella.*

Respecto a este artículo, diversas empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones expresaron su desacuerdo en la matriz de comentarios de dicho proyecto normativo, toda vez que consideraron que el mismo no sería proporcional ni razonable. Así, CLARO indicó lo siguiente:

*El INDECOPI se ha manifestado respecto a la necesidad de que exista proporcionalidad entre los fines que se busca lograr y las restricciones que se imponen para lograrlos. Al respecto, el INDECOPI ha señalado lo siguiente en su Precedente de Observancia Obligatoria:*

---

<sup>6</sup> Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 159-2012-CD/OSIPTEL

*ii) la razonabilidad de la medida, lo que incluye evaluar si ésta se justifica en una función de interés público a cargo de la autoridad administrativa, así como determinar aquellos casos en que estas medidas sean desproporcionadas en relación a sus fines y establezcan opciones gravosas para los agentes económicos que concurren en el mercado.*

*Así, en el análisis de la racionalidad de una medida, el INDECOPI debe evaluar los siguientes tres (3) aspectos: (i) si la medida cuestionada tiene sustento de interés público; (ii) si la medida cuestionada es proporcional a sus fines; y, (iii) si la medida cuestionada resulta ser la opción menos gravosa para ese fin. La Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, acogiendo los parámetros del test de razonabilidad utilizados por distintos tribunales en el mundo, incluido el Tribunal Constitucional Peruano, ha desarrollado el contenido de cada uno de estos niveles de análisis de razonabilidad.*

En dichos extremos, coincidimos con la pertinencia de lo señalado por la empresa, toda vez que es necesario que las medidas impuestas realmente sean (i) las más idóneas en el sentido que puedan cumplir con alcanzar el fin deseado, (ii) proporcionales (iii) y las menos gravosas.

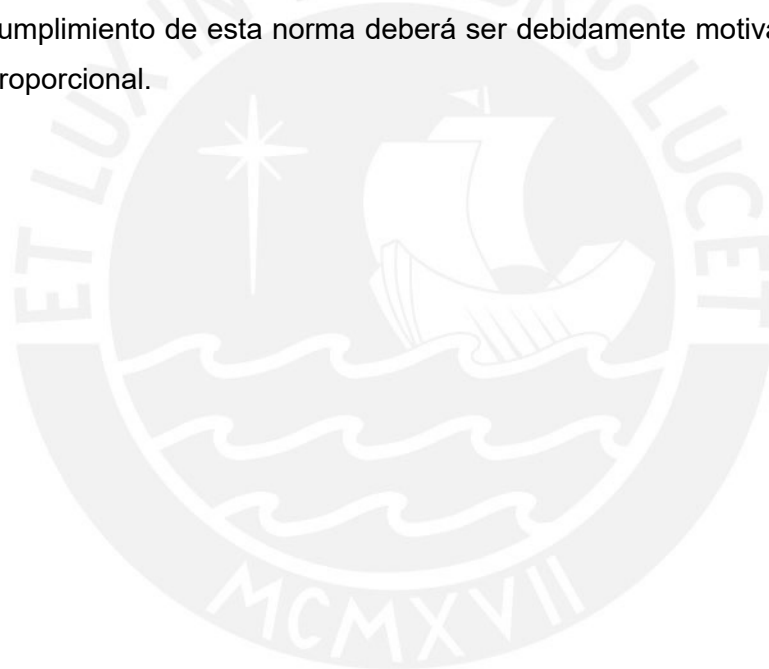
Sin embargo, al respecto consideramos lo precisado por AMERICATEL PERÚ S.A. (en adelante, ENTEL) en la matriz de comentarios al referido proyecto normativo:

*Consideramos que antes de definir la aprobación de la norma propuesta, debe realizarse un análisis integral de la problemática planteada, y si realmente es necesario regular la atención presencial en oficinas y establecer indicadores adicionales de atención telefónica, o si sería más beneficioso para el usuario impulsar otros mecanismos de atención, como el canal web u otro medio tecnológicamente viable, que implique menores costos de transacción al cliente para realizar sus trámites ante la empresa operadora. (El subrayado es nuestro)*

Con lo cual entenderíamos que lo planteado por el Regulador sobre la extensión de la intervención a la atención que se les da a los usuarios de telecomunicaciones no es necesariamente el método que garantizará una mejor calidad de atención a sus clientes. Por el contrario, es necesario que las empresas operadoras puedan competir bajo el principio de competencia por eficiencia, y de esa manera como expresa ENTEL, busquen medios

tecnológicos alternativos que sean más efectivos para garantizar la satisfacción de sus usuarios, lo cual les permitirá ser más competitivos en el mercado y atraer a una mayor cantidad de consumidores hacia su oferta comercial.

En efecto, consideramos que la aplicación de normativa que regula la atención al cliente al extremo de exigir una entrega de constancia de arribo inmediata, e inclusive sancionar a una empresa operadora por dicho incumplimiento es una alternativa que carece de razonabilidad y proporcionalidad; cuyo costo de aplicación y cumplimiento genera altos gastos que serán finalmente trasladados a los consumidores, lo cual lo implica que no sea la medida más idónea para alcanzar su objetivo. Por tanto, en los supuestos que efectivamente exista una sanción respecto al incumplimiento de esta norma deberá ser debidamente motivada, razonable y proporcional.





## **2. CONTENIDO DEL TRABAJO:**

### **2.1. Justificación de la elección de la resolución.**

Consideramos pertinente el análisis de la Resolución, toda vez que es necesario analizar el impacto que conlleva la regulación de materias que, a nuestro criterio, corresponden ser reguladas bajo la competencia por eficiencia. De mismo modo, nos permitiremos analizar los criterios que mantiene el OSIPTEL respecto al cumplimiento de normativa que pretende establecer los criterios de atención al cliente en el sector de telecomunicaciones. Asimismo, podremos estudiar si existe una debida motivación y razonabilidad de dichos criterios para la imposición de sanciones administrativas por el incumplimiento al artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención.

### **2.2. Relación de los hechos sobre los que versa la controversia prevista en la Resolución.**

- La Gerencia de Fiscalización y Sanción (en adelante, la “GFS”) del OSIPTEL realiza acciones de inspección a CLARO en marco de lo dispuesto en el Reglamento de Calidad de Atención entre las fechas del 20 de enero al 05 de marzo del 2015.
- Con fecha 17 de abril de 2015, mediante el Informe de Supervisión N° 367-GFS/2015 (en adelante, el “Informe de Supervisión 367”), se concluye que la empresa CLARO habría incumplido con lo establecido en el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención, en 31 acciones de supervisión conforme a lo siguiente:
  - i. al no entregar constancias de arribo en 07 acciones de supervisión;
  - ii. no consignar los datos referidos a la fecha y/u hora de arribo en 3 acciones de supervisión; y,

- iii. al entregar de forma no inmediata en 21 acciones de supervisión.

Con lo cual, CLARO habría incumplido en un 45% del total de las acciones de supervisión realizadas.

- El 22 de abril de 2015, CLARO es notificado con la Carta N° C. 703-GFS/2015, mediante el cual la GFS comunicó a CLARO el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, "PAS") por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de Atención, por el incumplimiento del artículo 9° de la referida norma.
- El 04 de junio de 2015, CLARO presenta sus descargos frente al inicio del PAS notificado.
- Mediante Cartas N° C.1491-GSF/2015, C. 2141-GFS/2015 y C. 2387-GFS/2016, de fechas 10 de agosto, 13 de noviembre y 30 de noviembre de 2015, respectivamente, la GFS requirió a CLARO remitir información adicional respecto de la emisión de las constancias de arribo para la atención; lo cual fue remitido por CLARO.
- El 21 de diciembre de 2015, mediante la Carta N° C. 2546-GFS/2016, la GFS comunicó a CLARO la ampliación del PAS respecto al incumplimiento de entregar las constancias de arribo en forma inmediata en las acciones de supervisión analizadas en el Informe de Supervisión, ante lo cual CLARO presentó sus descargos.
- Con fecha 05 de abril de 2017, mediante Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL, la Gerencia General de OSIPTEL resolvió imponer una multa a CLARO por 32 UIT por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de Atención, por haber incumplido el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención al no entregar las constancias de arribo de forma inmediata en treinta y un (31) acciones de supervisión.

- El 03 de mayo de 2017, CLARO presentó un recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTEL.
- Con fecha 12 de junio de 2017, la Gerencia General de OSIPTEL resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por CLARO, mediante su Resolución de Gerencia General N° 00123-2017-GG/OSIPTEL.
- El 06 de julio de 2017, CLARO interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 00123-2017-GG/OSIPTEL del OSIPTEL; asimismo, el 21 de julio del mismo año, amplió los argumentos presentados.
- El 21 de agosto de 2017, el Consejo Directivo de OSIPTEL resolvió fundado en parte el recurso de apelación presentado por CLARO, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 095-2017-CD/OSIPTEL, con lo cual modificaron la multa de treinta y dos (32) UIT a dieciocho (18) UIT.

### **2.3. Identificación de los problemas jurídicos**

#### **1. ¿Existen pruebas suficientes que sustenten los hechos establecidos en las actas de supervisión?**

En sus descargos, CLARO manifestó que no era posible verificar el incumplimiento de la obligación de entregar las constancias de arribo de forma inmediata, toda vez que los supervisores que llevaron a cabo las acciones de inspección en sus Centros de Atención al Cliente (en adelante, "CAC") no habrían acreditado con ningún medio uno de los dos elementos esenciales para la configuración del incumplimiento del artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención.

En ese sentido, CLARO expuso que para verificar que se incumplió con la obligación de entregar las constancias de arribo de forma inmediata es indispensable acreditar dos elementos:

- i. el momento de llegada del supervisor al CAC; y,
- ii. el momento en el cual se entrega la constancia de arribo

Sin embargo, CLARO sostiene que el único sustento que presenta el supervisor del OSIPTEL es un acta elaborada por él mismo.

A partir de ello, a pesar de que dicha argumentación fue debidamente desarrollada por CLARO mediante los recursos de reconsideración y apelación presentados ante el OSIPTEL, el Regulador sostuvo que la declaración realizada por los supervisores del OSIPTEL a través de las actas de supervisión (en adelante, Actas de Supervisión), son pruebas plenas y suficientes para determinar la certeza de los hechos descritos, y de tal manera, determinar la hora de llegada de los supervisores a los CAC de CLARO.

❖ Base normativa:

- Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo, numeral 1.11 Principio de verdad material del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.<sup>7</sup>

2. ¿Se cumplen los requisitos formales en las actas de supervisión?

Al respecto, CLARO señaló que el OSIPTEL sustentó la determinación de la multa en las Actas de Supervisión que no cumplían con los requisitos esenciales establecidos en el Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Presidencia N° 056-97-CD/OSIPTEL. De esta manera, en cuatro de las Actas de Supervisión, los supervisores del OSIPTEL

---

<sup>7</sup> El TUO de la LPAG dispone lo siguiente:

**“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

1.11 Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello significa que una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público (...).”

omitieron detallar la descripción y relato de las incidencias ocurridas durante las acciones de inspección realizadas en los CAC de CLARO.

A partir de ello, en base al recurso de apelación presentado por CLARO, el OSIPTEL señaló que, efectivamente, incluir el detalle de las incidencias y el relato de los hechos materia de supervisión son parte del requisito esencial de validez para las Actas de Supervisión. Como consecuencia, el Regulador declaró fundado en parte el recurso de apelación presentado por CLARO.

❖ Base normativa:

- Artículo 19° inciso d) del Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Presidencia N° 056-97-CD/OSIPTEL (derogado).<sup>8</sup>
- Numeral 1 del artículo 165 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.<sup>9</sup>

3. ¿La medida de sanción aplicada es proporcional, motivada y razonable?

CLARO manifestó en sus descargos que el OSIPTEL habría vulnerado los Principios de Razonabilidad e imparcialidad establecidos en los numerales 1.4 y 1.5 del artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado

---

<sup>8</sup> Artículo 19°.- El acta deberá carecer de borrones y/o enmendaduras y podrá ser manuscrita, mecanografiada o impresa. Dicha acta contendrá, bajo sanción de nulidad, los siguientes datos mínimos:

(...)

d. Descripción y relato de las incidencias observadas por el o los funcionarios de OSIPTEL durante la acción de supervisión, la cual se inicia en el momento del ingreso al local o lugar y culmina con el levantamiento del acta; (...).”

<sup>9</sup> Artículo 165°. Elaboración de actas.- Las declaraciones de los administrados, testigos y peritos son documentadas en un acta, cuya elaboración sigue las siguientes reglas:

1. El acta indica el lugar, fecha, nombres de los partícipes, objeto de la actuación y otras circunstancias relevantes, debiendo ser formulada, leída y firmada inmediatamente después de la actuación, por los declarantes, la autoridad administrativa y por los partícipes que quisieran hacer constar su manifestación.

(...).”

por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, respectivamente. Con respecto al Principio de Razonabilidad, CLARO sostuvo que el OSIPTEL no consideró, al momento de graduar la cuantía de la multa, el contexto y circunstancias específicas de los hechos sobre los cuales existió una supuesta acción infractora. Sumado a ello, alegó que el Regulador no desarrolla una motivación plena para justificar la imposición del monto planteado.

De mismo modo, CLARO expuso una vulneración al Principio de Imparcialidad toda vez que la multa impuesta por el Regulador fue excesiva considerando lo impuesto a otras empresas operadoras frente a hechos similares. En un caso análogo, se impuso la multa de veinte (20) UIT a Telefónica Móviles S.A. por la infracción de la misma obligación en treinta y cinco (35) acciones de supervisión, es decir, una multa menor cuantía por un mayor número de supuestos de infracción a la obligación supervisada.

❖ **Base normativa:**

- Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo, numeral 1.4. Principio de razonabilidad y 1.5. Principio de imparcialidad del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.<sup>10</sup>
- Artículo 3°, numeral 4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

<sup>11</sup> Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

- Artículo 248 numeral 3 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS<sup>12</sup>

#### 4. ¿El recurso de reconsideración debió ser declarado infundado?

CLARO planteó un recurso de reconsideración respecto a la Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTTEL, mediante el cual ofrece como pruebas nuevas (i) videograbaciones efectuadas en las acciones de supervisión contenidas en el Expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS, acreditando que en otras supervisiones se han utilizado estos métodos para ejercer su facultad supervisora, y (ii) un acta de supervisión de fecha 23 de febrero de 2015 de un procedimiento distinto. Este último contenía medios probatorios adicionales para acreditar que la simple declaración de un supervisor de OSIPTTEL plasmada en un acta de supervisión no resulta suficiente para probar un hecho.

Frente a ello, la Gerencia General del OSIPTTEL declara infundado dicho recurso, toda vez que, a su criterio, dichos documentos presentados no variaron la interpretación de órgano. Por dicho motivo, CLARO apela dicha resolución alegando que se han vulnerado el Principio de Verdad Material y Debido Procedimiento, toda vez que consideró que no se motivó debidamente el acto administrativo y las pruebas no fueron correctamente valoradas.

#### ❖ Base normativa:

- Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo , numerales 1.2 y 1.11 del Texto Único Ordenado de la Ley

---

<sup>12</sup> Artículo 246 .- Principios de la potestad sancionadora administrativa La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

248. 3 Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.<sup>13</sup>

- Artículo 3°, numeral 4 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.<sup>14</sup>

## **2.4. Análisis y posición fundamentada respecto de los problemas jurídicos de la Resolución.**

### **1. ¿Existen pruebas suficientes que sustenten los hechos establecidos en las actas de supervisión?**

De los hechos que se desprenden del caso, sabemos que estamos ante 3 tipos de supuestos por los cuales la empresa CLARO fue sancionada:

- La no entrega de constancias de arribo a los supervisores en 07 acciones de supervisión;
- no consignar los datos referidos a la fecha y/u hora de arribo en 3 acciones de supervisión; y,
- la entrega de forma no inmediata en 21 acciones de supervisión.

---

<sup>13</sup> Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas. En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.

<sup>14</sup> Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos Son requisitos de validez de los actos administrativos:

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.



Ahora bien, ante estos supuestos, es necesario hacer especial mención a los medios probatorios utilizados por el OSIPTEL a fin de acreditar que las constancias de arribo no fueron emitidas de forma inmediata en 21 de las supervisiones, y la idoneidad de los mismos para los fines pretendidos. Al respecto, dicha entidad pública deberá tener la carga de la prueba, con la cual se tenga la certeza del hecho a probar, por lo cual se señala que:

*“La administración actúa permanentemente en la búsqueda de la verdad material en todos sus órdenes. Por eso, sobre ella recae el deber de practicar **todas las diligencias probatorias que le produzcan conocimiento y convencimiento de esa certeza**, sin detenerse a analizar si los hechos materia de probanza motiven una decisión favorable o adversa a la administración o a los terceros [...]. La aplicación de la oficialidad del aspecto probatorio impone a la administración: la obligación de verificar y **probar los hechos que se imputan o que han de servir de base a la resolución del procedimiento**, así como la obligación de proceder a la realización de la actividad probatoria cuando lo requiera el procedimiento. Las actuaciones administrativas deben estar dirigidas a la identificación y esclarecimiento de los hechos reales producidos y a constatar la realidad, independiente de cómo hayan sido alegadas, y en su caso, probadas por los administrados.”* (Morón, 2009) (El énfasis es nuestro)

En ese mismo sentido, es absolutamente necesario contar con medios probatorios idóneos, debido a la vinculación e impacto que estos mismos tienen sobre los derechos de los administrados:

*“(...) El derecho a la prueba está vinculado al principio de presunción de inocencia, del que, a su vez, derivan diversas exigencias sobre el modo en que ha de ser practicado, la atribución de la carga y los tipos de prueba que pueden ser admitidos. (...)*

- a) *Los procedimientos sancionadores han de respetar la presunción de inocencia (...).*
- b) *No existe responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario. Rige en materia sancionadora también el principio in dubio pro reo.*
- c) ***Para que una prueba pueda desplazar la presunción de inocencia ha de ser suficiente y válida, para lo cual tiene que haber sido lícitamente obtenida, sin vulnerar ningún derecho del inculpaado y observando las garantías formales previstas.***

- d) **La carga de probar corresponde a la administración.**  
(MUÑOZ, 2004) (El énfasis es nuestro)

En razón de lo anterior, es necesario hacer referencia y analizar lo estipulado en el artículo 9° del Reglamento e Calidad de Atención:

*Artículo 9°.- Entrega de constancia de arribo al usuario en oficinas comerciales*

*Las empresas operadoras deberán entregar al usuario una **constancia de arribo** a la oficina comercial en el que se consigne información relativa a la fecha y la hora (a nivel de minutos) de entrega de la referida constancia.*

*Dicha constancia de arribo **deberá ser entregada al usuario de manera inmediata a su llegada a la oficina comercial,** independientemente si por razones de aforo no pudiera ingresar a ella.*

15

(El énfasis es nuestro)

Conforme se ha expuesto previamente, la finalidad de la norma es garantizar una atención de calidad a los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones. En razón de ello, a efectos de garantizar una pronta atención ha determinado que es necesario entregar una constancia de arribo de manera inmediata. Para dicha finalidad, ha establecido un periodo de 5 minutos a efectos de considerar que la entrega de la constancia de arribo ha sido emitida de forma inmediata.

En dicho sentido, en los supuestos de supervisión materia de esta Resolución, para determinar que la entrega de la constancia de arribo ha sido expedida de acuerdo a lo establecido en la norma, es necesario considerar dos momentos:

- primero, se debe determinar el momento en el que llega el supervisor al establecimiento de atención(en adelante, “Momento 1”); y,

---

<sup>15</sup> Lo dispuesto en el presente artículo solo resulta aplicable a los trámites que se regulan en la presente norma.

La constancia de arribo entregada al usuario para una atención preferente, de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27408, Ley que establece la atención preferente a las mujeres Embarazadas, las niñas, niños, los adultos mayores, en lugares de atención al público, no requiere ser diferenciada en base al tipo de trámite que se solicite.

- segundo, se debe determinar el momento en el que se entrega la constancia al supervisor (en adelante, "Momento 2").

Es así que, en base a estos dos momentos, se determina si efectivamente se ha cumplido con lo dispuesto en el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención.

Es por este motivo que la acreditación correcta, exacta e indubitable del hecho forma parte indispensable de la carga de la prueba que sostiene el OSIPTEL, debido que a partir de ello se determina la existencia de una infracción normativa. Esta es la base para que se aplique correctamente el Principio de Verdad Material para este tipo de supervisiones.

Ahora bien, respecto al caso concreto, la práctica que se ha aplicado, y que venía siendo aplicada por la administración era acreditar el Momento 1 mediante la fecha y hora que el supervisor digitaba manualmente en el Acta de Supervisión; y el Momento 2, el que la Oficina de Atención brindaba en la constancia de arribo. Sobre este último, consideramos que el método para recoger esta información por parte de la Administración no fue el idóneo.

Esto lo basamos en el hecho que cualquier actuación que dependa del accionar humano contiene la posibilidad de contener un error, incluso si es realizado por un supervisor del OSIPTEL. Con ello no pretendemos sostener que el accionar del supervisor es ineficiente. Sin embargo, para un contexto donde la exactitud al minuto es indispensable, esta no sería a vía idónea para acreditar y determinar el Momento 1.

A partir de ello, debido a lo sensible que supone acreditar con exactitud la relación entre la llegada del supervisor al establecimiento de atención y la entrega de constancia de arribo, consideramos que esto podría ser logrado de manera infalible mediante una grabación de video realizada por el ente supervisor. De otra manera, no es posible tener un tiempo exacto entre ambos momentos, lo que es, según la Administración, la base principal para determinar la infracción del Reglamento de Calidad de Atención.

Esto mismo puede ser acreditado y validado mediante las supervisiones específicas materia de la Resolución analizada. Tomando en consideración que la diferencia en 1 o 2 minutos ha significado la infracción del artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención en 4

ocasiones, según la interpretación de la Administración. En ocasiones, la demora de entrega de ticket de arribo ha sido de 6 o 7 minutos, es decir, 1 o 2 minutos más de los tolerados por la Administración al evaluar las inspecciones.

Por este motivo, coincidimos con la posición que sostiene CLARO al interpretar que este método de supervisión no es el idóneo para la acción supervisada. Por lo cual, las pruebas en las cuales se basan las sanciones, especialmente en los casos donde la diferencia en minutos es ínfima, no son las idóneas o sin espacio a la duda, a efectos de ser consideradas como suficiente medio probatorio para sancionar el incumplimiento del artículo 9 del Reglamento de Calidad de Atención.

## 2. ¿Se cumplen los requisitos formales en las actas de supervisión?

Sin perjuicio de lo anterior, es absolutamente necesario hacer un análisis respecto de cuatro (4) de las supervisiones realizadas a CLARO, materia de la Resolución. Esto debido a que la elaboración de las actas de supervisión debe contener requisitos mínimos para su validez.

El Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de Presidencia N° 056-97-CD/OSIPTEL - vigente durante la ejecución de las Actas de Supervisión -, establecía lo siguiente respecto a las actas de supervisión:

*Artículo 19°.- El acta deberá carecer de borrones y/o enmendaduras y podrá ser manuscrita, mecanografiada o impresa. Dicha acta contendrá, **bajo sanción de nulidad**, los siguientes datos mínimos:*

*(...)*

*d. **Descripción y relato de las incidencias observadas por el o los funcionarios de OSIPTEL** durante la acción de supervisión, la cual se inicia en el momento del ingreso al local o lugar y culmina con el levantamiento del acta;*

*(El énfasis es nuestro)*

Por su parte, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS establece que la elaboración de actas debe indicar las circunstancias relevantes respecto a los hechos descritos.

En ese sentido, ambas bases normativas establecen los criterios mínimos que deben cumplir las actas de supervisión. Es más, el Reglamento General de Acciones de Supervisión del Cumplimiento de la Normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones establecía expresamente la nulidad de las mismas en caso no contenga dichos criterios.

En efecto, “las omisiones o defectos en el contenido mínimo del Acta de Supervisión podrían configurar una causal de nulidad de la misma, ello supone reconocer que durante una acción de supervisión, corresponderá al OSIPTEL realizar su función bajo la aplicación concreta del Principio de Inmaculación.” (Pacheco & Salazar, 2015).

Por ello, consideramos absolutamente pertinente abordar lo suscitado frente a cuatro (4) Actas de Supervisión materia de la Resolución analizada. Es así que en uno de los casos, en la supervisión realizada en Junín el 21 de enero de 2015, el supervisor incluyó información distinta a lo acontecido en la realidad. A saber, el acta de supervisión elaborada establecía una hora de entrega de constancia de arribo distinta a la acreditada en la misma constancia de arribo. Es decir, había una diferencia de un minuto, con lo cual la entrega de la constancia de arribo no se dio a las 12:46hr sino a las 12:47hr.

En razón de ello, si bien la diferencia entre ambos momentos no tendría la diferenciación para establecer la acción dentro de un margen potencial de tolerancia para acreditar una no infracción, la falta de veracidad de la información expuesta en el acta es suficiente para acreditar la nulidad de la misma. En ese sentido, es correcto interpretar que de acuerdo a lo establecido en la normativa citada, el acta no recoge la descripción y relato de las incidencias observadas de manera exacta, lo que conlleva a su nulidad. Esta misma interpretación fue realizada en el informe N° 00103-GFS/2017 por el OSIPTEL respecto de este caso específico.

De manera tal, es necesario precisar que la facultad discrecional de la administración pública deberá ser ejercida en estricto cumplimiento del Principio de Legalidad. Con relación a ello, MORÓN URBINA ha señalado lo siguiente:

*“Con acierto se señala que mientras los sujetos de derecho privado, pueden hacer todo lo que no está prohibido, los sujetos de derecho público solo pueden hacer aquello que le sea expresamente facultado. En otras palabras, no basta la simple relación de no contradicción. Se exige, además, una relación de subordinación. O sea, que para la legitimidad de un acto administrativo, es insuficiente el hecho de no ser ofensivo a la ley. Debe ser realizado con base en alguna norma permisiva que le sirva de fundamento.” (MORÓN, 2010) (El énfasis es nuestro)*

En concreto, no es suficiente que la falta de veracidad y exactitud en el acta no sea contradictoria a lo que pretende probar la Administración, sino que el medio probatorio que presenta, por la cual se sanciona a un administrado, debe cumplir con el Principio de Legalidad. Ello significa que, al haberse comprobado que la información expresada en el acta de supervisión no es veraz, el mismo es nulo. Por lo cual, la administración no puede remitirse a su potestad discrecional para imponer una sanción basada en una prueba nula.

En adición a ello, es necesario hacer mención a otras tres (03) Actas de Supervisión en las cuales tampoco se cumple con los requisitos normativos citados para el acta de supervisión precedente. En ese sentido, en estas Actas de Supervisión, los supervisores omitieron incluir un dato absolutamente necesario, y este es el relativo a las circunstancias relacionadas al hecho materia de supervisión.

Ahora bien, la información específica que se omitió al elaborar dichas Actas de Supervisión fue detallar la cantidad de personas presentes y parte de la cola en la cual el supervisor esperaba la entrega de la constancia de arribo. Conforme analizaremos más adelante, lo anterior significa un detalle absolutamente necesario, debido a que la actuación diligente de CLARO está directamente relacionada a los actos que esta ejecuta para realizar la entrega de las constancias de arribo.

En otras palabras, en tanto exista una mayor cantidad de gente que de manera simultánea espera recibir su constancia de arribo para su atención, más será el tiempo de demora de entrega de dicha constancias, sin que ello necesariamente signifique un acto negligente por parte del administrado.

En consecuencia, coincidimos con la posición adoptada por el OSIPTEL en la Resolución, en donde reducen la graduación de la sanción debido a que en estos cuatro (04) casos específicos no se cumplieron con los requisitos formales.

3. ¿La medida de sanción aplicada es proporcional, motivada y razonable?

Sin perjuicio del análisis previo, es necesario hacer un análisis respecto a la proporcionalidad y razonabilidad de la sanción aplicada en el caso concreto. Con ello nos referiremos específicamente a los supuestos en los cuales CLARO emitió constancias de arribo de manera tardía a los supervisores.

Conforme hemos explicado previamente, toda vez que en estos supuestos las constancias de arribo cumplieron con los otros parámetros que establece el Reglamento de Calidad de Atención, a fin de acreditar dicho incumplimiento, es necesario confirmar el momento exacto en el que (i) se llegó al establecimiento, y (ii) se recibió la constancia de arribo. A partir de ello, la Administración deberá, en razón a su potestad sancionadora, determinar si los hechos por los cuales se impone la sanción son proporcionales respecto a la determinación para la graduación de la medida correctiva impuesta.

Sobre el particular, es aplicable el artículo 246° del TUO de la LPAG:

- *Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa*  
*La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:*  
*248. 3 Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor*

que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

(...)

f) Las **circunstancias de la comisión de la infracción**; y

g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

(...) (el énfasis es nuestro)

En relación a los principios de la potestad sancionadora, el Tribunal Constitucional, por medio del fundamento jurídico N° 13 de la sentencia expedida bajo el expediente 1199-2003-AA/TC, afirmó lo siguiente:

*La potestad sancionadora administrativa se orienta bajo los siguientes principios: legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el artículo 200° de la Constitución Política (último párrafo) y supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Debe existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar.<sup>16</sup>*

Frente a este supuesto, es necesario desarrollar el contexto frente al cual se desarrollaron los hechos en el caso específico. El siguiente cuadro establece las supervisiones por las cuales CLARO fue sancionada al emitir constancias de arribo fuera del lapso de tiempo del cual OSIPTEL interpreta como inmediata:

---

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional: expediente 1199-2003-AA/TC. Fundamento Jurídico N° 13.



N°	FECHA SUPERV	LUGAR	HORA ARRIBO	ENTREGÓ CONSTANCIA	HORA ENTREGA	TICKET TIENE FECHA	TICKET TIENE HORA	TIEMPO ESPERA PARA ENTREGA (MIN)	CUMPLE
1	21/01/2015	JUNIN	12:40	SI	12:47	SI	SI	7	NO
2	21/01/2015	LIMA	14:01	SI	14:07	SI	SI	6	NO
3	21/01/2015	LIMA	15:32	SI	15:43	SI	SI	11	NO
4	21/01/2015	LIMA	15:48	SI	15:54	SI	SI	6	NO
5	21/01/2015	LIMA	16:01	SI	16:37	SI	SI	36	NO
6	21/01/2015	LIMA	16:55	SI	17:10	SI	SI	15	NO
7	21/01/2015	LIMA	17:20	SI	17:28	SI	SI	8	NO
8	21/01/2015	LA LIBERTAD	17:30	SI	17:52	SI	SI	22	NO
9	21/01/2015	JUNIN	17:49	SI	18:04	SI	SI	15	NO
10	21/01/2015	LIMA	18:15	SI	18:38	SI	SI	23	NO
11	22/01/2015	LA LIBERTAD	10:56	SI	11:04	SI	SI	8	NO
12	22/01/2015	CAJAMARCA	15:38	SI	15:46	SI	SI	8	NO
13	22/01/2015	LIMA	16:42	SI	16:55	SI	SI	13	NO
14	22/01/2015	LIMA	19:10	SI	19:44	SI	SI	34	NO
15	22/01/2015	LIMA	20:44	SI	20:50	SI	SI	6	NO
16	23/01/2015	LAMBAYEQUE	12:00	SI	12:08	SI	SI	8	NO
17	26/02/2015	LIMA	17:15	SI	17:32	SI	SI	17	NO
18	26/02/2015	LIMA	17:58	SI	18:41	NO	SI	43	NO
19	26/02/2015	LIMA	18:28	SI	18:40	NO	NO	12	NO
20	26/02/2015	CALLAO	18:30	SI	18:55	SI	SI	25	NO
21	26/02/2015	LIMA	18:55	SI	19:42	SI	SI	47	NO
22	02/03/2015	LIMA	17:47	SI	19:07	SI	SI	80	NO
23	05/03/2015	LIMA	15:14	SI	15:36	SI	SI	22	NO

Como es verificable, de los veintitrés (23) casos detallados en el cuadro, veintiuno (21) son respecto de los cuales se entregó la constancia de arribo con una demora mayor a cinco (5) minutos.

Ahora bien, de los casos expuestos, es preciso indicar que a criterio del supervisor, CLARO incumplió lo establecido en el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención, dado que al apersonarse al centro de atención de la empresa, la entrega de constancia de arribo superaba los cinco (05) minutos.

En ese sentido, ponemos como ejemplo lo detallado en el Informe de Supervisión 367 respecto de una acción de supervisión realizada en la oficina de CLARO del Centro Comercial Jockey Plaza ubicado en la Av. Javier Prado Este N° 4200 tienda B12 a rededor de las 5pm.

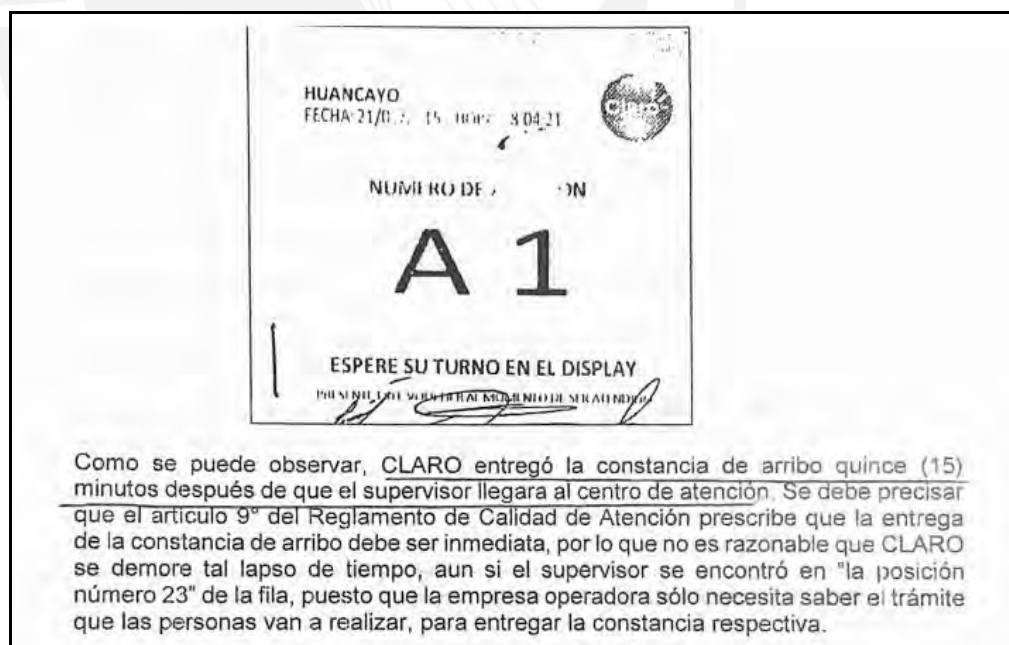
Como se puede observar, CLARO entregó la constancia de arribo notoriamente tarde, quince (15) minutos después de que el supervisor llegara al centro de atención. Se debe precisar que el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención prescribe que la entrega debe ser inmediata, con independencia de que exista una cola previa para el ingreso a la mencionada oficina, por lo que no es razonable que exista tanta diferencia de tiempo entre la hora de arribo y la entrega de la constancia.

Ergo, podemos señalar que CLARO habría incumplido con lo dispuesto por el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención, al no haber hecho entrega inmediata de la constancia de arribo, sino luego de quince (15) minutos de haber llegado el supervisor a la oficina de la referida empresa.

Mediante el Informe de Supervisión 367, precisan que independientemente de la existencia de una cola previa para el ingreso a la oficina de CLARO, el momento de entrega de la constancia de arribo, se superaron los cinco (5) minutos establecidos para la entrega.

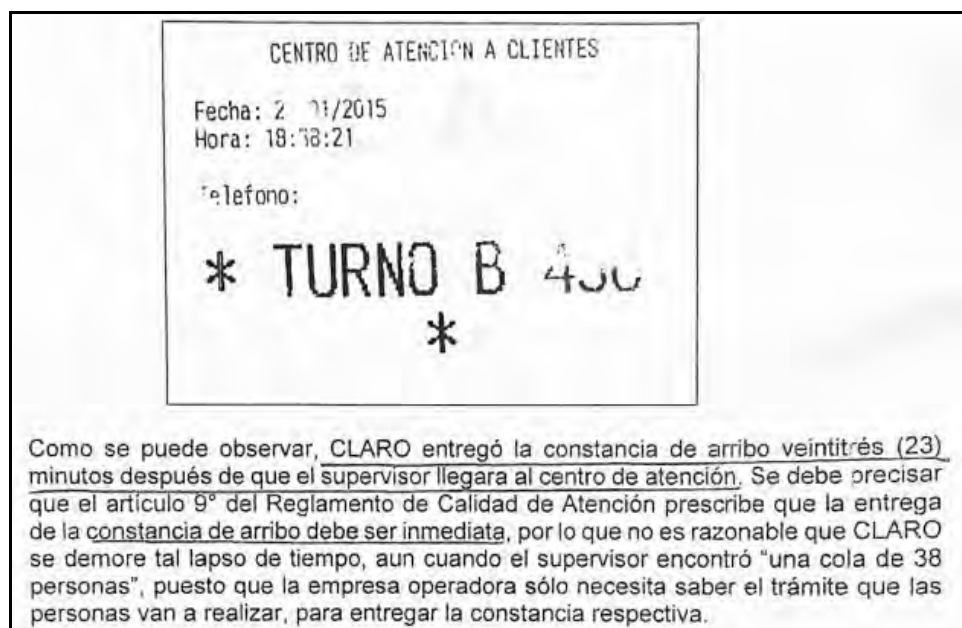
Ahora bien, es necesario hacer referencia a esta situación, toda vez que consideramos que no ha sido analizada a la extensión en la cual debió ser observada.

De esta manera, tomamos como ejemplo lo sucedido en Centro Comercial Real Plaza, en el distrito y provincia de Huancayo, departamento de Junín alrededor de las 6pm. En el mismo, el supervisor establece que existió un exceso en el tiempo de demora de entrega de constancia de arribo, inclusive considerando que él era el número 23 en la fila, es decir, habían 22 personas antes de él esperando también poder obtener un ticket de atención. Con ello, podríamos deducir que la entrega de la constancia demoró alrededor de un minuto y treinta segundos (1:30) para cada cliente.




De mismo modo, en el caso de una acción de supervisión realizada en el Centro Comercial Mega Plaza en el distrito de Independencia, provincia y departamento de Lima pasada las 6pm, se deja establecer

una demora de veintitres (23) minutos de haber llegado al centro de atención de CLARO hasta la entrega de la constancia de arribo.



Al respecto, el Informe de Supervisión 367 establece que a pesar de que el supervisor encontró una cola de 38 personas, este no es motivo para justificar la demora en entrega de la constancia de arribo. En este caso, el tiempo promedio para la entrega de la constancia es de un poco más de un minuto y cuarenta segundos (01:40) por persona.

De mismo modo, agregamos como ejemplo lo sucedido en la oficina de atención de CLARO ubicada en el Jr. De La Unión, en el distrito de Cercado de Lima, provincia y departamento de Lima, alrededor de las 4 pm.



N° Ticket:

CAC:

Fecha:

Alta  Baja  Reclamo

Consulta  Trans. Rápida  Servicio técnico

Hora de llegada:

Hora de inicio de atención:

Hora del término de la atención:

Sin embargo, en el acta de supervisión, el Supervisor consignó que "había 3 personas haciendo cola para ingreso al local", y que a las 15 horas con 52 minutos se acercó el asesor de filtro "preguntando sobre la atención a realizar", luego "siendo las 15:53h se hizo ingreso a local emitiéndose un ticket manual a las 15:54h". Como se puede observar, CLARO recién entregó la constancia luego de seis (6) minutos que el supervisor arribó, lo cual no se condice con lo dispuesto por el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención, puesto que éste establece que la entrega de la constancia de arribo debe ser inmediata independientemente si los usuarios no pueden ingresar al local por tema de aforo.

Ergo, podemos señalar que CLARO habría incumplido con lo dispuesto por el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención, al no haber hecho entrega inmediata de la constancia de arribo, sino luego de seis (06) minutos de haber llegado el supervisor a la oficina de la referida empresa.

En este caso, se detalla la demora en la entrega de constancia de arribo, el cual fue de 6 minutos. Considerando que había una cola de 3 personas antes del supervisor, se determina que el promedio de entrega de la constancia de arribo fue de un minuto y treinta segundos por cada una de las cuatro personas. De mismo modo, es importante señalar que el mismo Informe de Supervisión 367 detalla lo expuesto en el Actas de Supervisión, en la cual se señala que a las 3:52pm se consultaron por la atención a realizar, a las 3:53pm ingresó al local, y mientras se emitía el ticket manual, se le entregó el mismo a las 3:54pm, habiendo superado por un minuto el tiempo límite que el Regulador establece. Este caso es muy claro en detallar los pasos y minutos que demora emitir una constancia de arribo, que en el caso específico del supervisor fue de alrededor de dos minutos, siendo el promedio de tiempo de emisión de constancias de arribo de los clientes de un minuto y treinta segundos.

A partir de lo anterior, es evidente el tiempo promedio y razonable de entrega de constancia de arribo es entre un minuto y treinta segundos, y dos minutos por persona. Ahora, teniendo en consideración que la cantidad de personas fluctúa entre los horarios, y la cantidad de

personas que asisten es impredecible para las empresas operadoras, no es posible determinar cuántas personas puedan acudir de manera simultánea a un centro de atención de una empresa operadora.

En consecuencia, no es posible que en base a un criterio estándar, determinar si una empresa ha incumplido lo establecido en la norma por el simple hecho que su accionar encaja en el supuesto de hecho; así pues, es necesario conocer las circunstancias y en base a ello determinar el incumplimiento.

De manera tal, es necesario que los hechos por los cuales se sanciona a CLARO sean evaluados respecto al contexto en el que sucedieron. En el caso de las constancias de arribo entregados de manera tardía a los usuarios, la Administración no ha hecho un análisis de las circunstancias y contexto por el cual sucede la demora. El OSIPTEL ha basado la confirmación de las sanciones únicamente en los hechos estrictamente suscitados, sin considerar las circunstancias de los hechos supervisados y la diligencia adoptada por CLARO. En ese sentido, en la Resolución, el OSIPTEL determina el incumplimiento basándose en su potestad discrecional, sin una debida motivación. Es decir, sin pronunciarse respecto al motivo por el cual no considera relevante evaluar las circunstancias por las cuales se dieron los presuntos incumplimientos. El Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente respecto de la potestad discrecional de la Administración:

*Un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando **sólo expresa la apreciación individual** de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, **no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión**. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada”<sup>17</sup> (el énfasis es nuestro)*

---

<sup>17</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N° 8495-2006-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 34.

De los casos planteados, es claro que la Administración no ha evaluado el contexto en el cual sucedieron los hechos. No es posible determinar que existió un incumplimiento por haber superado los cinco (05) minutos de tolerancia en los casos en los que el número de personas en espera de una constancia de arribo sean más de 2 o 3 a la vez.

La Administración no está tomando en consideración que el proceso para emitir la constancia de arribo no es únicamente preguntar por el trámite que va a realizar. Tal y como ha señalado CLARO, es parte de su protocolo para dar una buena atención a sus clientes, darles la bienvenida y asistirlos en caso lo requieran. Es importante precisar que los clientes en muchos casos no están familiarizados con los temas y procesos a tratar. En ese sentido, es muy posible que a fin de responder la pregunta de “¿Qué trámite va a realizar?”, el cliente tenga preguntas adicionales o deba precisar ciertos hechos a fin que se le pueda orientar con cuál es el trámite que le corresponda realizar.

Entonces, justamente conociendo estos hechos, no es razonable que la Administración determine que existe un incumplimiento por exceder el umbral de tolerancia en caso exista una gran cantidad de personas que acuden a las oficinas de atención de una empresa operadora de servicios de telecomunicaciones. En los casos tomados como ejemplos, es claro que incluso cuando la empresa operadora toma las diligencias del caso a fin de atender inmediatamente a sus clientes, no es materialmente posible expedir constancias de atención a 38 personas que han llegado en un mismo rango de tiempo.

La cantidad de personas que pueden llegar en un mismo momento escapan del control de la empresa operadora, y de esa manera, no es posible exigir un requisito para una situación donde llegan 1 o 2 personas, de la misma manera que para un escenario donde arriban 10 o 15 personas en un mismo momento. Este último escenario implicaría una recepción, pregunta de trámite a realizar, posible consulta, respuesta y emisión del ticket en 20 o 30 segundos, lo cual es materialmente imposible.

Por este motivo, consideramos que la sanción aplicada a este caso debe ser proporcional a lo que se pretende corregir, según Morón:

*Cuando se produce un exceso de sanción estamos frente a un vicio en la finalidad del acto sancionador, configurado por la ausencia de proporcionalidad entre su objeto (el contenido material de la sanción administrativa, de su valoración o de la tipificación realizada) y su finalidad (el propósito que resulta de las normas que habilitan la competencia sancionadora), en relación con la conducta efectivamente incurrida. (2006)<sup>18</sup>*

Sumado a lo anterior, es importante hacer referencia al PAS iniciado en contra de Telefónica Móviles S.A. (hoy, Telefónica del Perú S.A.A., en adelante, Telefónica), en el cual se trata la infracción del artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención. En el mismo, sancionan a Telefónica por infringir el referido artículo 9° en 35 ocasiones, e imponiéndole una multa de 20 UIT mediante Resolución de Gerencia General N° 00437-2016-GG-GFS/PAS.

En marco de dicho caso análogo, es importante precisar que las multas administrativas impuestas a CLARO representan 60% más de las impuestas a Telefónica, inclusive cuando CLARO incumplió en una menor cantidad de ocasiones. De mismo modo, en el caso de Telefónica, hubo más casos en los cuales no se emitían tickets de arribo; esto es, dieciséis (16) casos. Esta situación es aún más gravosa que demorar unos minutos adicionales en emitir el ticket por la cantidad de personas.

Es importante recalcar lo sustentado por Morón al indicar que “[n]o debemos perder de vista que todo administrado tiene derecho a que las sanciones que les apliquen sean las menos gravosas posibles dentro de los rangos mínimos y máximos posibles, de modo que solo podrán ser elevadas las sanciones si convergen aspectos agravantes

---

<sup>18</sup> Morón Urbina, J.C. (2006). Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra del Tribunal C. Año 1 N° 7.

y la conducta carezca de circunstancias atenuantes previstos en las normas.”<sup>19</sup>

Sumado a ello, el Tribunal Constitucional en su sentencia N.º 2192-2004-AA /TC señaló respecto al rol de la autoridad al imponer una sanción:

*En el momento de establecer una sanción administrativa, no se limite a realizar un razonamiento mecánico de aplicación de normas, sino que, además, efectúe una apreciación razonable de los hechos en relación con quien los hubiese cometido; es decir, que no se trata sólo de contemplar los hechos en abstracto, sino “en cada caso” y tomando en cuenta “los antecedentes del servidor”<sup>20</sup>*

En consecuencia, en el caso analizado, no podría corresponder a CLARO una sanción mayor a la impuesta a Telefónica. Frente a este supuesto, el trato diferenciado injustificado que se manifiesta entre cómo el OSIPTEL resuelve un caso frente al otro vulneraría el Principio de Imparcialidad de la autoridad. De manera tal, la graduación de la sanción no es razonable ni coincide con lo resuelto en casos análogos, vulnerando no únicamente la seguridad jurídica del administrado, sino también la imparcialidad.

A ello añadimos lo señalado por Morón Urbina sobre el Principio de Imparcialidad:

*“No debe caerse en error de apreciación de considerar que esta exigencia sea aplicable solo en los procedimientos trilaterales, en los que convergen a la vez dos administrados, ya que también se aplica a los procedimientos concursionales (licitaciones o subastas) y también a los lineales (licencias, permisos, etc.), solo que en este último caso, el tratamiento igualitario debe apreciarse respecto de los administrados que antes, concurrente o posteriormente siguen procedimientos*

---

<sup>19</sup> Loc. Cit. A su vez CRESCI señala: “Al aplicar el principio de proporcionalidad, el juez constitucional no sólo debe evaluar las particulares circunstancias de cada caso concreto, sino que debe realizar un ejercicio argumentativo enjuiciando las disposiciones constitucionales en conflicto (ponderación), y evaluar todas las posibilidades fácticas (necesidad, adecuación), a efectos de determinar si no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.”

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional. Expediente N° N.º 2192-2004-AA /TC. Fundamento Jurídico N° 20.



*administrativos del mismo tipo ante la misma autoridad.” (MORÓN, 2009)*

Por su parte, el Tribunal Constitucional precisa lo siguiente sobre la proporcionalidad:

*Exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de su causa, o previsible a partir de ella.<sup>21</sup>*

En consecuencia, por los motivos expuestos, conociendo la falta de análisis al determinar la responsabilidad frente al posible incumplimiento de la norma; y el trato diferenciado en casos análogos, consideramos que la medida impuesta no es razonable, proporcional, e idónea para el caso analizado. Por ello, ella debería llevar a una graduación correspondiente de la sanción impuesta en la Resolución analizada.

#### 4. ¿El Recurso de Reconsideración debió ser declarado infundado?

El presente caso ha expuesto la declaración de un Recurso de Reconsideración infundado toda vez que el OSIPTEL ha considerado que los medios probatorios presentados como prueba nueva son insuficientes para variar su interpretación. Sobre el particular, es importante manifestar que consideramos que debió realizarse un análisis más exhaustivo frente a las pruebas presentadas.

Es así que, en cuanto a las pruebas nuevas ofrecidas como parte de los medios probatorios por CLARO, estas tenían por finalidad acreditar que el propio OSIPTEL, hasta en dos oportunidades anteriores, había reconocido que la simple declaración de un supervisor plasmada en una acta de supervisión no resultaba equivalente de modo alguno a la prueba plena de las afirmaciones que constan en dicho documento. En

---

<sup>21</sup> Tribunal Constitucional: expediente 090-2004-AA/TC. Fundamento Jurídico N° 35.

ese sentido, se procedió a acreditar que lo señalado en dichas Actas de Supervisión, que incluía medios probatorios adicionales, permitió generar certeza respecto de las declaraciones realizadas por los supervisores. Por dicho motivo, consideramos que el presente caso se debía proceder de la misma forma, debido a la necesidad de exactitud en los minutos, se debieron incluir medios probatorios adicionales que respalden lo estipulado en las Actas de Supervisión.

Conforme a ello, podemos acreditar que previamente el OSIPTEL ha indicado que es necesario que las actas de supervisión cuenten con un sustento que acredite o respalde lo estipulado en las mismas, en uno de los casos presentados que una supervisión se realice con una grabación simultánea y en el otro que se tome foto de la hora de llegada según la hora que indicaba un reloj.

En el caso concreto, si bien las pruebas nuevas presentadas no tenían una vinculación directa con los hechos del caso concreto, sí tiene un vínculo directo con las formas con las que se pretende desarrollar el caso. A ello nos referimos que las acciones de supervisión se llevan a cabo a fin de realizar la “comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente”, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos, hacen ciertas normas jurídicas” (Bermejo, 1998)<sup>22</sup> (el subrayado es nuestro)

En razón de lo descrito por Bermejo, entendemos que el acta de supervisión, producto de la acción de supervisión, el cual constituye un documento público que en un ambiente de conflicto de intereses, no puede otorgar valor probatorio definitivo a los hechos que ahí se describen. Si es que éstos no encuentran un sustento probatorio suficiente que los respalden, como sí sucede con la inclusión del ticket de arribo en las Actas de Supervisión que comprueba la hora de emisión, estos mismos terminarían calificando como la prueba de la verificación del cumplimiento de una obligación normativa.

---

<sup>22</sup> Bermejo Vera, J. (1998). La Administración inspectora, en Revista de Administración Pública No. 147, Setiembre – Diciembre.

De manera tal, un acta de supervisión es un documento de carácter público que sirve para constatar de la cronología de los hechos que se desarrollan durante una supervisión. Sin embargo, tales hechos deben encontrarse plenamente probados a fin de considerarse como verdaderos, más aún cuando los hechos sean determinantes para la verificación de un posible incumplimiento con la potencialidad de ser sancionado por constituir una infracción administrativa.

Consideramos que dicha situación es particularmente exigible debido a que afecta directamente al derecho de defensa. En efecto, el derecho de defensa es aquel que permite al acusado o presunto infractor efectuar sus descargos y ofrecer medios de prueba contra las afirmaciones y pruebas acusatorias de cargo efectuadas por el órgano instructor; todo lo cual únicamente resultará viable en la medida que la acusación tenga un sustento de hecho y derecho suficiente.

Al respecto, conforme ha aclarado el Tribunal Constitucional, “durante el ejercicio sus funciones, los Organismos Reguladores deben vigilar que sus actuaciones no vulneren los derechos que componen el derecho a un debido procedimiento administrativo; particularmente, el derecho al ofrecimiento y actuación de medios probatorios en el procedimiento administrativo.”<sup>23</sup> Por tanto, la imposibilidad que tiene la empresa de contradecir lo señalado en el acta debido a que no existe un medio probatorio con lo cual se pueda contrastar el acta de supervisión, vulneraría el derecho a un debido procedimiento.

Caso contrario, si el acta de supervisión constituye una prueba plena de todo lo que en ella se deja constancia, no resultaría ni siquiera necesario que el órgano instructor asuma la labor y los costos de recopilar material probatorio adicionales de sus afirmaciones, ya que aparentemente a entender de la interpretación del Regulador, el acta de supervisión lo prueba todo.

En consecuencia, no habría necesidad que los funcionarios del OSIPTEL, al momento de ejecutar las acciones de supervisión, efectúen grabaciones (de audio o video) en determinadas acciones de

---

<sup>23</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente N° 2939-2004-AA/TC. Citado Por PACHECO, José Francisco León; SALAZAR, Raicza Arrunátegui. La Aplicación del Principio de Inmaculación Probatoria en el Ejercicio de la Función Supervisora de los Organismos Reguladores.

supervisión, o que se tomen fotografías de aquellos hechos que constituirían un incumplimiento normativo.

De mismo modo, en el presente caso, se recopilan todos los tickets de arribo de cada visita efectuada a las oficinas comerciales de CLARO, lo cual tampoco resultaría necesario pues bajo la perspectiva expuesta por el OSIPTEL bastaría con analizar la información incluida en el acta de supervisión para dar por cierta las afirmaciones contenidas en las mismas.

Por ello, los medios probatorios adicionales que constatan la hora de entrega del ticket tienen la facultad de desacreditar lo dispuesto en las Actas de Supervisión. En virtud de ello, la necesidad de contar con un medio probatorio que acredite fehacientemente la hora de llegada del supervisor, tendría la facultad de permitir al administrado, en ejercicio de su derecho a la defensa, refutar lo dispuesto en el acta en caso se contradiga con lo sucedido en la realidad.

De manera tal, “el derecho a la prueba se verá afectado allí donde la actuación de un medio probatorio sea realizada de una manera defectuosa, arbitraria o irregular, que lo tornen ineficaz para poder producir prueba. Tal afectación, de producir un agravio real o efectivo para la solución justa del caso concreto (...) puede dar lugar a la nulidad de dicha actuación (...), a fin de que sea realizada correctamente, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar” (BUSTAMANTE, 1997)<sup>24</sup>.

En dicho sentido, se ha efectuado una inadecuada valoración de los medios de prueba presentados, siendo defectuosos y arbitrarios debido a que no existen medios de prueba adicionales que acreditan lo estipulado en las actas de supervisión, dejándolo únicamente a cuenta y criterio del Regulador.

De mismo modo, la valoración inadecuada debido a la falta de acreditación de la hora de inicio de las acciones de supervisión, ocasionan una flagrante vulneración al Principio de Debido Procedimiento, específicamente en lo que respecta al derecho a la Debida Motivación de los Actos Administrativos.

---

<sup>24</sup> Bustamante-Alarcón, R. (2016). El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo. Lima: Ara Editores.

León desarrolla respecto al alcance del Principio de Debida Motivación:

*[S]e encuentra subsumido dentro del Principio del Debido Procedimiento, consistiendo en un mandato imperativo a todas las entidades sin excepción alguna para que **fundamenten sus actos administrativos de manera clara y coherente, en cualquier etapa del procedimiento**, mediante una relación clara, concreta y directa de los hechos y las razones legales que justifican la adopción de dichos actos, considerándose ilegal cualquier motivación aparente que adolezca de oscuridad, ambigüedad, vaguedad, contradicción o insuficiencia, pues la debida motivación permite al administrado conocer de manera cabal y transparente los hechos analizados y el análisis lógico y jurídico efectuado al momento de emitir un acto administrativo.(2015)<sup>25</sup> (El énfasis es nuestro)*

Es así que para todo acto administrativo se considera esencial que este se encuentre debidamente motivado en toda etapa del procedimiento, incluyendo el momento de valoración de las Actas de Supervisión que a pesar de no acreditar sin lugar a duda alguna la hora de arribo del supervisor, no se realizó mayor análisis para determinar el incumplimiento más que exceder de los cinco (05) minutos de tolerancia.

Paralelamente, es necesario hacer referencia a la falta de motivación durante la graduación de la sanción para determinar la multa impuesta. En los sustentos emitidos por el OSIPTEL, se limita a enumerar si cumple con los criterios para determinar la graduación de la sanción, pero sin fundamentar en ningún caso como arribó a la cifra de treinta y dos (32) UIT y luego dieciocho (18) UIT.

*A mayor abundamiento, **la falta de motivación equivale a una falta de fundamentación y afecta la validez del acto**, ya que la Administración Pública no puede obrar arbitrariamente. Las decisiones de las entidades deben expresar los motivos de hecho y de derecho que concurren para determinar la legitimidad del acto. (...)*

*No son admisibles como motivación, **la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o***

---

<sup>25</sup> León Luna, L. M. (2015). ¡Exijo una Explicación!. La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo. Derecho & Sociedad, (45), 315-319.

**aquéllas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.** A ello se denomina 'motivación aparente' puesto que no presenta todos los elementos fácticos y jurídicos que justificarían de manera razonable la decisión o que permitirían verificar la razonabilidad de la misma (Guzmán, 2004)<sup>26</sup> (El énfasis es nuestro)

En función de lo desarrollado por Guzmán, este expone que la falta de motivación de la medida impuesta deja ver la carencia de razonabilidad de la misma. De mismo modo, indica que la falta de motivación equivale a una falta de fundamentación y afecta la validez del acto. Por tanto, consideramos que la Resolución debió revocar la resolución que declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado por CLARO.

### **3. CONCLUSIONES**

A manera de conclusión, consideramos que la normativa bajo la cual se regulan las acciones de CLARO excede la facultad de intervención del Estado en el mercado, toda vez que este mismo debe encontrar su accionar como medida supletoria ante alguna falla en el mercado, situación que no se da en el ámbito que pretende regular.

Por un lado, coincidimos con la posición que sostiene CLARO al interpretar que este método de supervisión no es el idóneo para la acción supervisada. Por lo cual, las pruebas en las cuales se basan las sanciones, especialmente en los casos donde la diferencia en minutos es ínfima, no son las idóneas o sin espacio a la duda, a efectos de ser consideradas como suficiente medio probatorio para sancionar el incumplimiento del artículo 9 del Reglamento de Calidad de Atención.

Por otro lado, pero en ese mismo sentido, coincidimos con la posición adoptada por el OSIPTEL en la Resolución, en donde reducen la graduación de la sanción debido a que en estos cuatro (04) casos específicos no se cumplieron con los requisitos formales.

En adición a ello, conociendo la falta de análisis al determinar la responsabilidad frente al posible incumplimiento de la norma; y el trato diferenciado en casos análogos,

---

<sup>26</sup> Guzmán, C. (2004) La Administración Pública y el procedimiento administrativo general. Lima: Página Blanca Editores.

consideramos que la medida impuesta no es razonable, proporcional e idónea para el caso analizado. Por ello, ella debería llevar a una graduación correspondiente de la sanción impuesta en la Resolución analizada. En adición a ello, consideramos que la Resolución debió revocar la resolución que declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado por CLARO.

Finalmente, el Regulador, al momento de imponer la sanción no motiva debidamente los criterios de su sanción, y especialmente, de acreditar el motivo por el cual no se gradúa la sanción. Sumado a ello, no es razonable ni proporcional al valorar los medios probatorios y graduar las sanciones impuestas.

Como consecuencia de lo anterior, consideramos que la empresa no debió ser sancionada con la multa impuesta para aquellos casos en donde no se acreditó sin lugar a dudas el incumplimiento del Reglamento de Calidad de Atención, sino que estos debieron ser archivados.

#### **4. RECOMENDACIONES**

A partir de lo desarrollado en el presente informe, concluimos que:

1. El Reglamento de Calidad de Atención no debe regular situaciones que el libre mercado y la competencia tendrían mayor eficacia atendiendo. En ese sentido, debería modificarse el artículo 9 de dicho reglamento con la finalidad de permitir que las empresas operadoras pertenecientes al sector, mejoren sus procesos internos a fin de mejorar la experiencia de consumidor, bajo el principio de competencia por eficiencia.
2. De aplicarse la redacción actual del artículo 9 del Reglamento de Calidad de Atención, los medios probatorios utilizados por el OSIPTEL para determinar si los administrados han cumplido con sus obligaciones deberían ser los idóneos; por ejemplo, se podría utilizar videograbaciones que permitan acreditar los tiempos transcurridos.
3. En el marco de todo PAS, la sanción a ser impuesta por el Regulador debe cumplir con los principios de la potestad sancionadora. Así, la decisión de la entidad pública tiene que estar debidamente motivada y graduada de acuerdo al contexto y caso específico, con lo cual se le garantizaría al administrado un debido procedimiento, así como seguridad jurídica.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Bermejo Vera, J. (1998). *La Administración inspectora*, en Revista de Administración Pública No. 147, Setiembre – Diciembre.
- Bustamante-Alarcón, R. (2016). *El Derecho a Probar como Elemento Esencial de un Proceso Justo*. Lima: Ara Editores.
- Cresci Vasallo, G. (2006) *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo Sancionador y la Jurisprudencia Constitucional*. Lima: Gaceta del Tribunal Constitucional N° 3, julio – septiembre.
- Guzmán, C. (2004) *La Administración Pública y el procedimiento administrativo general*. Lima: Página Blanca Editores.
- Morón Urbina, J.C. (2006). *Los principios de la potestad sancionadora de la administración pública a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra del Tribunal C. Año 1 N° 7.
- Morón Urbina, J.C. (2009). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J.C. (2010). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica. Décima Edición.
- Muñoz Manchado, Santiago. (2004). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid: Editorial Iustel.
- León Luna, L. M. (2015). *¡Exijo una Explicación!. La Importancia de la Motivación del Acto Administrativo*. *Derecho & Sociedad*, (45), 315-319.
- León Pacheco, J. F., & Arrunátegui Salazar, R. (2015). *La Aplicación del Principio de Inmaculación Probatoria en el Ejercicio de la Función Supervisora de los Organismos Reguladores*. *Derecho & Sociedad*, (45), 35-43.



López González, J.I. (1998) El principio general de proporcionalidad en derecho administrativo, Sevilla: Universidad de Sevilla.

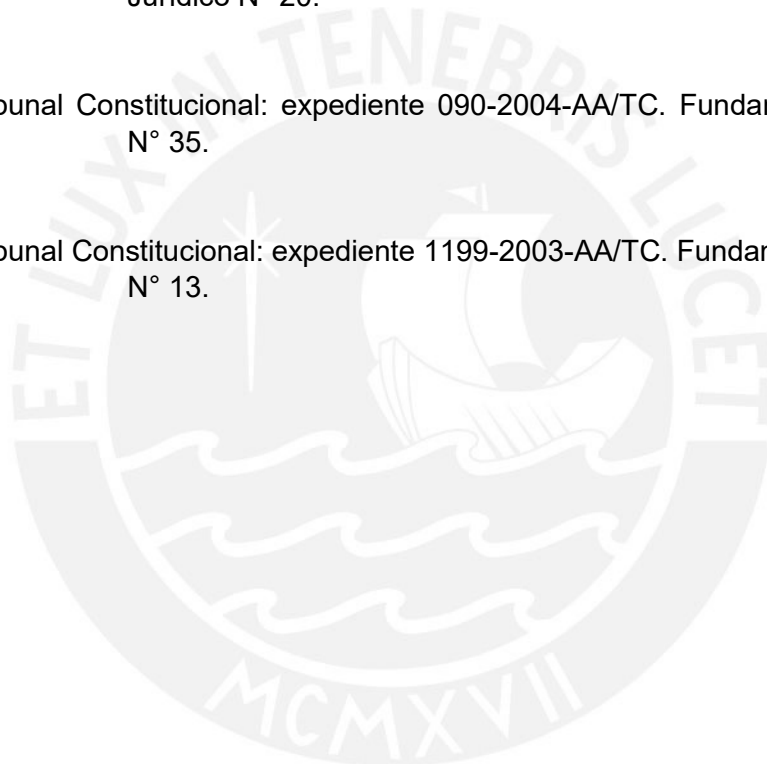
Quintana Sánchez, E. (2003). ¿Es la política de competencia "supletoria" de la regulación de Telecomunicaciones?. IUS ET VERITAS, 13(27), 95-124.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 8495-2006-PA/TC. Fundamento Jurídico N° 34.

Tribunal Constitucional. Expediente N° 2192-2004-AA /TC. Fundamento Jurídico N° 20.

Tribunal Constitucional: expediente 090-2004-AA/TC. Fundamento Jurídico N° 35.

Tribunal Constitucional: expediente 1199-2003-AA/TC. Fundamento Jurídico N° 13.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones - OSIPTEL

## RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 95-2017-CD/OSIPTEL

Lima, 21 de agosto de 2017

EXPEDIENTE N°	:	00028-2015-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00123-2017-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

### VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (en adelante AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 00123-2017-GG/OSIPTEL, que confirmó la Resolución N° 00065-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le impuso una multa de treinta y dos (32) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de Atención a usuarios por parte de las Empresas Operadoras de servicios de telefonía fija y servicios públicos móviles (en adelante, Reglamento de Calidad de Atención), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 127-2013-CD/OSIPTEL, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 9° de dicho Reglamento,
- (ii) El Informe N° 00203-GAL/2017 del 13 de agosto de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL, y
- (iii) Los Expedientes N° 00003-2017-GG-GFS/PAS y 00035-2015-GG-GFS.

### CONSIDERANDO:

#### I. ANTECEDENTES

1. Como producto de la verificación realizada al cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de Calidad de Atención, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión<sup>1</sup> (en adelante, GFS), mediante Informe de Supervisión N° 367-GFS/2015 del 17 de abril de 2015, del Expediente de Supervisión N° 00035-2015-GG-GFS, concluyó que AMÉRICA MÓVIL, habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 9° del citado Reglamento, en treinta y un (31) acciones de supervisión, al no haber entregado constancias de arribo en siete (07) acciones de supervisión, no haber consignado los datos referidos a la fecha y/u hora de arribo en tres (03) acciones de supervisión, y al haber entregado las constancias de arribo pero no de forma inmediata en veintiún (21) acciones de supervisión; con lo cual habría incumplido en un 45% del total de las acciones de supervisión realizadas.



<sup>1</sup> A partir del 17 de abril de 2017, fecha en que se publicó el Decreto Supremo N° 045-2017-PCM, que modifica el Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), la denominación de esta unidad orgánica es Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF); motivo por el cual se hará alusión a una u otra denominación dependiendo de la fecha a la que se haga referencia.

2. Mediante carta N° C.703-GFS/2015, notificada el 22 de abril de 2015, la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de Atención, por el incumplimiento del artículo 9° del referido Reglamento.
3. El 4 de junio de 2015, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.
4. Mediante carta N° C.2546-GFS/2016, notificada el 21 de diciembre de 2015, la GFS comunicó a AMÉRICA MÓVIL la ampliación del PAS, en cuanto al incumplimiento en entregar las constancias de arribo en forma inmediata en dos acciones de supervisión del 26 de febrero de 2015, realizadas en el CC Plaza San Miguel y en el Jr. De la Unión N° 431, Cercado de Lima.
5. El 13 de enero de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó nuevos descargos.
6. Mediante Informe N° 00103-GFS/2017, de fecha 8 de marzo de 2017, la GFS elaboró el análisis de los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL, el cual fue notificado el 10 de marzo de 2017, a dicha empresa.
7. El 17 de marzo de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.
8. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTTEL del 5 de abril de 2017, se resolvió MULTAR a AMÉRICA MÓVIL con treinta y dos (32) UIT, por la comisión de la infracción tipificada como leve en el artículo 19° del Reglamento de Calidad de Atención, al haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 9° de la referida norma, respecto de treinta y un (31) acciones de supervisión realizadas en diferentes regiones: al no entregar constancias de arribo en siete (07) acciones de supervisión, no consignar los datos referidos a la fecha y/u hora de arribo en tres (03) acciones de supervisión, y al entregar las constancias de arribo pero no de forma inmediata en veintitrés (23) acciones de supervisión.
9. El 3 de mayo de 2017, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00065-2017-GG/OSIPTTEL.
10. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00123-2017-GG-GFS/PAS, del 12 de junio de 2017, notificada el 13 de junio de 2017, la Gerencia General resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por AMÉRICA MÓVIL.
11. Con fecha 6 de julio de 2017, AMÉRICA MÓVIL presentó Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00123-2017-GG/OSIPTTEL, ampliando sus argumentos, el 21 de julio de 2017.

## **II. VERIFICACION 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/OSIPTTEL (en adelante, RFIS), y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>2</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

<sup>2</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



### **III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Los principales argumentos, por los cuales AMÉRICA MÓVIL solicita la revocación de la Resolución apelada, son los siguientes:

- 3.1. Señala que no se han acreditado los hechos consignados en las actas de supervisión, que determinarían la comisión de infracción; por lo que se han vulnerado los Principios de Verdad Material y Debido Procedimiento y, añade que al exponerse fórmulas generales o vacías de fundamentación para descalificar la calidad de prueba nueva, ofrecida en su Recurso de Reconsideración, se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento en lo que respecta a su Derecho a la Debida Motivación.
- 3.2. Señala que se le ha imputado incumplimiento, utilizando como sustento probatorio "tickets de arribo" que se encontraban completamente ilegibles y que, ejerciéndose inadecuadamente las facultades conferidas por ley, se le han efectuado requerimientos para que entregue información que supuestamente confirmaría los datos ilegibles consignados en las constancias de arribo; con lo cual se ha vulnerado el Principio de No Autoincriminación.
- 3.3. Señala que se han considerado diversas Actas de Supervisión que no cumplen con todos los requisitos mínimos esenciales establecidos en la normativa, por lo que son nulas y se ha vulnerado el Principio de Debido Procedimiento y, a su vez, el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.
- 3.4. Señala que, al imponérsele una multa totalmente elevada, en comparación con la recomendada por la GFS, y mucho más gravosa que aquella impuesta a otra empresa en un PAS análogo; se han vulnerado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad y, de Igualdad e Imparcialidad, respectivamente.

### **IV. ANÁLISIS**

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

#### **4.1 Sobre la supuesta no acreditación de los hechos consignados en las Actas y la nueva prueba ofrecida en su Recurso de Reconsideración.**

AMÉRICA MÓVIL ofreció como nuevas pruebas en su Recurso de Reconsideración, las videograbaciones efectuadas en las acciones de supervisión contenidas en el Expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS y el Acta de Supervisión de fecha 23 de febrero de 2015, con la finalidad de acreditar que para el OSIPTEL la simple declaración de un supervisor plasmada en un Acta de Supervisión no resulta suficiente para probar una determinada conducta o hecho, motivo por el cual en dicho expediente, a diferencia del presente, se acreditaron los hechos imputados con medios probatorios idóneos. Sin embargo, agrega AMÉRICA MÓVIL que la Gerencia General descalificó la calidad de prueba nueva del material probatorio ofrecido, exponiendo fórmulas generales o vacías de fundamentación, al señalarse que se trata de acciones de supervisión que no son equiparables en forma ni metodología; vulnerándose los Principios de Verdad Material y Debido Procedimiento.



Menciona AMÉRICA MÓVIL que, sin embargo, la Gerencia General anteriormente, mediante Resolución N° 00330-2016-GG/OSIPTTEL del 10 de junio de 2016, había declarado nula una Resolución de la GFS por haber descalificado ilegalmente los medios probatorios ofrecidos en dicha oportunidad, como ha ocurrido en el presente caso en el que la Gerencia General descalifica la calidad de prueba nueva del material probatorio ofrecido.

Al respecto, es preciso indicar que del texto de la Resolución impugnada se advierte que la Gerencia General no descalificó la calidad de nueva prueba de las videograbaciones ni el acta de supervisión del 23 de febrero de 2015, ofrecidas por AMÉRICA MÓVIL, sino que el Recurso de Reconsideración fue declarado infundado –no improcedente- dado que a criterio de la Gerencia General dichos documentos no variaron la interpretación que dicha instancia tuvo, sobre las pruebas actuadas en el presente PAS.

Sobre el particular, señaló la Gerencia General que las acciones de supervisión a las que alude AMÉRICA MÓVIL, se realizaron en el marco de la supervisión y análisis de infracciones diferentes a la que es materia del presente PAS, puesto que en el caso del expediente N° 00045-2013-GG-GFS/PAS, se analizó el incumplimiento del artículo 107° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso<sup>3</sup>, en cuanto a la obligación de detallar información en un lugar visiblemente notorio y adyacente a la ubicación de teléfonos públicos.

En efecto, la naturaleza de la supervisión es relevante e incide en el método de trabajo que se determine para la realización de la acción de supervisión. Así, las videograbaciones ofrecidas por AMÉRICA MÓVIL no corresponden a supervisiones encubiertas, como las del presente caso, sino que el supervisor se apersonó a los lugares donde se encontraban los equipos terminales públicos y filmó la información consignada en cada cabina. A diferencia del presente caso, en aquellas supervisiones no se encontraba presente un representante de la empresa operadora que atendiera las diligencias; en cambio, en todos los casos analizados en el presente procedimiento, el representante de la empresa operadora tuvo acceso al acta de supervisión, la leyó, revisó y suscribió, habiendo tenido la oportunidad de consignar también observaciones, comentarios, desacuerdos, precisiones, etc, pero no lo hizo.

En el mismo sentido, se advierte que, en la acción de supervisión realizada el 23 de febrero de 2015, también ofrecida como nueva prueba, se verificó el cumplimiento del Reglamento de Cobertura<sup>4</sup> que contiene obligaciones distintas en las que no hubo filmaciones, no tanto porque la hora de inicio de la supervisión no fuera fundamental -porque podría igualmente haberse filmado-, sino porque depende de la naturaleza de las obligaciones que son objeto de verificación, la metodología que discrecionalmente se elija para la supervisión. En dicho caso, como en el presente, la supervisión se hizo con la presencia de funcionarios de la empresa operadora y no se realizaron grabaciones audiovisuales.

Es importante señalar que AMÉRICA MÓVIL cuestiona, en este extremo, las supervisiones en las que se advirtió que los tickets de arribo no fueron entregados de manera inmediata a la llegada del supervisor encubierto como usuario. En efecto, la empresa operadora, pretende desconocer la hora de inicio de veintitrés (23) acciones de supervisión –sin presentar algún medio probatorio que permita

<sup>3</sup> Aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTTEL, norma vigente al momento de realizarse las supervisiones.

<sup>4</sup> Aprobado por Resolución N° 135-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias.



desvirtuar lo consignado en el acta de supervisión<sup>5</sup>-, con la finalidad de argumentar que, en tanto no se cuenta con una hora cierta de llegada del supervisor al centro de atención, no es posible computar el tiempo transcurrido desde su ingreso hasta el momento que le fue entregado el ticket de arribo y, así, poder determinar si su entrega fue o no inmediata, como establece la normativa.

Sin embargo, es preciso tener en cuenta que la hora de inicio, así como el resto de información consignada en el acta de supervisión, fue leída y revisada por los representantes de la empresa operadora que atendieron las acciones de supervisión, sin que en ningún caso se haya consignado observación alguna al respecto.

AMÉRICA MÓVIL pretende poner en tela de juicio la veracidad de las horas de inicio de veintitrés (23) actas de supervisión, las cuales tendrían que diferir de la realidad hasta en ochenta (80) minutos, para considerar que si hubo inmediatez, como se observa en el siguiente cuadro, en el que se consigna los tiempos de espera para la entrega de los tickets de arribo, que van desde los seis (6) hasta los ochenta (80) minutos, computados desde la hora de llegada del supervisor.

Nº	FECHA SUPERV	LUGAR	HORA ARRIBO	ENTREGÓ CONSTANCIA	HORA ENTREGA	TICKET TIENE FECHA	TICKET TIENE HORA	TIEMPO ESPERA PARA ENTREGA (MIN)	CUMPLE
1	21/01/2015	JUNIN	12:40	SI	12:47	SI	SI	7	NO
2	21/01/2015	LIMA	14:01	SI	14:07	SI	SI	6	NO
3	21/01/2015	LIMA	15:32	SI	15:43	SI	SI	11	NO
4	21/01/2015	LIMA	15:48	SI	15:54	SI	SI	6	NO
5	21/01/2015	LIMA	16:01	SI	16:37	SI	SI	36	NO
6	21/01/2015	LIMA	16:55	SI	17:10	SI	SI	15	NO
7	21/01/2015	LIMA	17:20	SI	17:28	SI	SI	8	NO
8	21/01/2015	LA LIBERTAD	17:30	SI	17:52	SI	SI	22	NO
9	21/01/2015	JUNIN	17:49	SI	18:04	SI	SI	15	NO
10	21/01/2015	LIMA	18:15	SI	18:38	SI	SI	23	NO
11	22/01/2015	LA LIBERTAD	10:56	SI	11:04	SI	SI	8	NO
12	22/01/2015	CAJAMARCA	15:38	SI	15:46	SI	SI	8	NO
13	22/01/2015	LIMA	16:42	SI	16:55	SI	SI	13	NO
14	22/01/2015	LIMA	19:10	SI	19:44	SI	SI	34	NO
15	22/01/2015	LIMA	20:44	SI	20:50	SI	SI	6	NO
16	23/01/2015	LAMBAYEQUE	12:00	SI	12:08	SI	SI	8	NO
17	26/02/2015	LIMA	17:15	SI	17:32	SI	SI	17	NO
18	26/02/2015	LIMA	17:58	SI	18:41	NO	SI	43	NO
19	26/02/2015	LIMA	18:28	SI	18:40	NO	NO	12	NO
20	26/02/2015	CALLAO	18:30	SI	18:55	SI	SI	25	NO
21	26/02/2015	LIMA	18:55	SI	19:42	SI	SI	47	NO
22	02/03/2015	LIMA	17:47	SI	19:07	SI	SI	80	NO
23	05/03/2015	LIMA	15:14	SI	15:36	SI	SI	22	NO

Ciertamente, si bien en otras supervisiones, las grabaciones de audio o video se utilizan, ello depende de la naturaleza de la supervisión que se realice. Así, en una supervisión encubierta, en la que se pretende recoger información del comportamiento real y espontáneo de los funcionarios de la empresa operadora en relación con los usuarios, difícilmente se puede acudir a grabaciones sin evitar ser descubierto; sin embargo, no por ello las pruebas actuadas a través de otros métodos de trabajo pierden eficacia.

El método de trabajo utilizado en esta acción de supervisión, como se ha señalado, fue la supervisión encubierta, lo que implicó el traslado de funcionarios del OSIPTEL que, adoptando la condición de usuarios, ingresaron a diversos centros

<sup>5</sup> De conformidad con el artículo 242.2 del TUO de la LPAG, LAS Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario.



de atención del territorio nacional, con la finalidad de ser atendidos, para lo cual esperaron la entrega de los tickets de arribo. Este método de supervisión es consecuente con el Principio de Discrecionalidad, en virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo son establecidos por el órgano supervisor y pueden tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada, principio previsto por el artículo 3° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF), así como por el artículo 5° del Reglamento General de Acciones de Supervisión de Cumplimiento de la Normativa aplicable a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Reglamento de Supervisión), aprobado mediante Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL, vigente cuando se cometieron los hechos, y recogido en el artículo 3° del actual Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

Cabe señalar que las supervisiones que dieron lugar a la multa impuesta a Telefónica Móviles S.A., -sanción a la que hace referencia AMÉRICA MÓVIL en sus escritos a fin de alegar un trato desigual-, se realizaron bajo la misma metodología, sin el uso de videograbaciones; habiendo, dicha sanción, quedado firme.

Respecto de la nulidad de la Resolución de GFS, declarada por la Gerencia General, mediante Resolución N° 00330-2016-GG/OSIPTEL, es preciso señalar que obedeció a que no hubo pronunciamiento sobre un medio probatorio, no se adoptaron medidas oportunas para dilucidar la naturaleza del recurso presentado y se descalificó la calidad de prueba nueva del material probatorio presentado, como se señala en dicha Resolución. No obstante, en el presente caso, como se ha indicado, la Gerencia General no ha descalificado la calidad de prueba nueva del material ofrecido por la empresa, es decir, las videograbaciones y el acta de supervisión de fecha 23 de febrero de 2015; por el contrario, estos medios probatorios fueron objeto de análisis y pronunciamiento, sin perjuicio que para la Gerencia General los mismos no hayan generado mérito para un cambio en su decisión; lo cual este Colegiado comparte.

Por los fundamentos expuestos se descarta la vulneración de los Principios de Verdad Material y Debido Procedimiento.

#### 4.2 Sobre la supuesta vulneración al Principio de No Autoincriminación.

AMÉRICA MÓVIL señala que se le han imputado incumplimientos, utilizando en ocho (8) actas de supervisión, tickets de arribo que se encontraban completamente ilegibles y que, ejerciéndose inadecuadamente las facultades conferidas por ley, se le requirió información de la hora de emisión de cada uno de dichos tickets, que supuestamente confirmaría los datos ilegibles consignados en los mismos; evidenciándose una insuficiente actividad fiscalizadora y probatoria por parte del órgano de instrucción y, vulnerándose el Principio de No Autoincriminación.

Agrega AMÉRICA MÓVIL que la información alcanzada no convalida los defectos de los ocho (8) tickets de arribo, debido a que la insuficiencia probatoria causada por la ilegibilidad de aquellos no es subsanable y, por tanto, la información alcanzada, a requerimiento de la GFS, no debería ser útil a efectos de acreditar un incumplimiento, más aun considerando que se trata de información que no remitió de manera voluntaria sino a requerimiento. En este sentido, AMÉRICA MÓVIL hace referencia al derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni



confesarse culpable.

Al respecto, es necesario indicar que, en el presente caso, la información proporcionada por AMÉRICA MÓVIL no es la única prueba que acreditó el incumplimiento imputado sino que ésta fue analizada, en forma conjunta, con otros medios probatorios, como las Actas de Supervisión levantadas "in situ" y los tickets de arribo que, en su momento, fueron proporcionados por funcionarios de la empresa operadora en los centros de atención, cuya información era claramente visible y replicada en el Acta de Supervisión.

Ciertamente, las acciones de supervisión, en las que los funcionarios del OSIPTEL, de manera encubierta, se apersonaron a los centros de atención de AMÉRICA MÓVIL, en diversos departamentos del Perú, se realizaron entre los meses de enero y marzo del año 2015 y sobre la base de lo observado se levantaron las actas de supervisión y se adjuntaron los tickets de arribo proporcionados por el personal de la empresa a los supuestos usuarios. No obstante, con el paso de los meses, la información consignada en algunos de los tickets de arribo fue tornándose ilegible, debido al material utilizado; precisamente por ello, la GFS en un momento posterior, y con la finalidad de confirmar la información que se había consignado en las Actas de Supervisión, solicitó a AMÉRICA MÓVIL, mediante carta C.1491-GFS/2015 del 10 de agosto de 2015, que extraiga de sus sistemas Bmatic y Q-plus, información sobre la hora en que fueron expedidos los tickets.

Es preciso enfatizar en que la información que proporcionó AMÉRICA MÓVIL no es una simple afirmación de la hora de entrega de los tickets de arribo, sino que es información extraída de la herramienta Q-plus utilizada en los registros de atención en plataforma<sup>6</sup>, es decir, se obtuvo de una fuente, susceptible también de supervisión, lo que confirmó la hora de entrega de los tickets consignada en las actas de supervisión. No se trata, en consecuencia, de un reconocimiento de responsabilidad por parte de AMÉRICA MÓVIL; prueba de ello es que hasta la fecha sigue negando y refutando las imputaciones que se le formularon.

No es razonable pretender que en los casos en los que se adviertan incumplimientos, producto del análisis de la información brindada por las empresas operadoras, no pueda tomarse en cuenta por considerar que vulneraría el principio de no autoincriminación; si así fuera no tendría sentido solicitar información a las empresas operadoras, cuando es justamente el requerimiento de información -especialmente en sectores, como el de telecomunicaciones, caracterizado por la asimetría de información existente-, una de las formas mediante las cuales el OSIPTEL, así como otras administraciones, ejerce sus funciones de supervisión, tal como lo establece la LDFF, el TUO de la LPAG y el propio Reglamento de Supervisión.

Así, la comunicación emitida por AMÉRICA MÓVIL, mediante escrito N° DMR/CE/N°1663/15 del 17 de agosto de 2015, dio respuesta a un requerimiento de información en el marco de la supervisión del cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento de Calidad de Atención, con la finalidad de determinar o no la comisión de la infracción, según las facultades de supervisión atribuidas a la GFS en el Reglamento de Supervisión:

<sup>6</sup> De conformidad con los escritos remitidos por AMÉRICA MÓVIL DMR/CE/N° 1663 y 2358/15, del 17 de agosto y 20 de noviembre de 2015 respectivamente.





**Artículo 4.-** La información a ser solicitada a las empresas operadoras dentro del marco de cualquier acción de supervisión regulada por el presente Reglamento, sólo será la relacionada con el objeto de la misma y comprenderá a toda aquella que permita formar convicción sobre la materia a supervisar.

Efectivamente, el requerimiento de información formulado a AMÉRICA MÓVIL se realizó sobre la base de las facultades atribuidas al OSIPTEL, las cuales están también reconocidas en el TUO de la LPAG, como se aprecia a continuación:

238.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

1. Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad.

(...)

2. Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.

Estas facultades fueron reconocidas también en la LDFF, como se aprecia a continuación:

**"Artículo 15.- Facultades de supervisión**

*En cualquier acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas, las gerencias o las instancias competentes de OSIPTEL, dentro de los límites establecidos en el Artículo 8 de la presente Ley, están facultados para:*

a) *Exigir a las entidades supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo planos, libros contables, comprobantes de pago, correspondencia comercial, registros magnéticos y, de ser el caso, todos los programas e instrumentos que fueran necesarios para su lectura.*

b) *Exigir a las entidades supervisadas que presente información relacionada con facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico entrante y saliente, y otras que establezca el Reglamento, con el detalle, forma y condiciones que dicho organismo establezca para cada situación.*

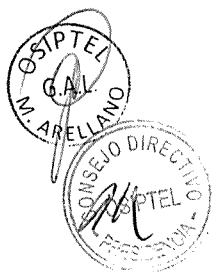
(...)"

En tal sentido, es inexacto lo señalado por AMÉRICA MÓVIL en el sentido que la GFS excedió las facultades conferidas, por el contrario, en el marco, precisamente, de las facultades de supervisión, se produjo el requerimiento de información aludido por la empresa, que sirvió para confirmar la información levantada en las Actas de Supervisión respectivas.



De otro lado, cabe señalar que contradictoriamente a lo argumentado, en la página 19 de su Recurso de Apelación, AMÉRICA MÓVIL reconoce que el momento de entrega de los tickets de arribo fue acreditado:

"Hechos acreditados por la GFS en el caso concreto:  
-Momento de entrega del Ticket de Arribo."



Por las razones expuestas, se descarta la vulneración al Principio de No Autoincriminación alegado por AMÉRICA MÓVIL.

#### 4.3 Sobre la supuesta nulidad de cuatro (4) actas de supervisión.

Señala AMÉRICA MÓVIL que no se ha dado cumplimiento a los artículos 18° y 19° del Reglamento de Acciones de Supervisión vigente al momento que se llevaron a cabo las supervisiones, ni al artículo 165 del TUO de la LPAG, así como tampoco al artículo 27° del Reglamento General de Supervisión actualmente vigente, toda vez que en tres (3) actas de supervisión no se incluye la descripción y relato de las incidencias observadas por los supervisores durante la acción de supervisión, y en un (1) acta se consignó la hora de entrega del ticket de arribo de manera equivocada.

Específicamente señala AMÉRICA MÓVIL que en el acta de supervisión del departamento de Junín, llevada a cabo el 21 de enero de 2015, se consignó como hora de entrega del ticket de arribo las 12:46 horas, sin embargo, el ticket B-81 entregado al supervisor indica 12 horas con 47 minutos, descripción inexacta de los hechos que acarrea la nulidad del acta; motivo por el cual la GFS recomendó, mediante Informe N° 103-GFS/2017, el archivo de la imputación formulada en este extremo.

De otro lado, señala AMÉRICA MÓVIL que en las acciones de supervisión llevadas a cabo el 22 de enero y 5 de marzo de 2015, en el Departamento de Lima y, el 26 de febrero de 2015, en la Provincia Constitucional del Callao, se ha omitido realizar una correcta descripción de los hechos relevantes ocurridos al momento de las acciones de supervisión, al no consignarse, como en otras actas de supervisión, el número de personas que se encontraba esperando la entrega del ticket de arribo antes de la llegada del supervisor, el número de usuarios dentro de la oficina esperando a ser atendidos y, el aforo del local; circunstancias que podrían acreditar las razones de entrega tardía de los tickets de arribo y que al no haberse consignado acarrea la nulidad de las actas. Agrega AMÉRICA MÓVIL que en ese sentido la GFS señaló en el Informe N° 103-GFS/2017 que en tanto no se cuenta con información suficiente para evaluar la conducta desplegada por la empresa operadora en los presentes casos, correspondería archivar las imputaciones realizadas en este extremo.

Señala AMÉRICA MÓVIL que la Gerencia General se ha limitado a exponer fórmulas generales o vacías de fundamentación para sustentar la validez de las cuatro (4) actas, vulnerando el Principio de Debido Procedimiento por una indebida motivación y, a su vez, el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, al no haber adecuado la multa impuesta.

Con relación a la supervisión realizada en Junín, el 21 de enero de 2015, es preciso indicar que en el Acta de Supervisión se consignó tanto la hora de entrega de la constancia de arribo: 12:46 horas, como también la hora que figuraba en el ticket de arribo B-81 entregado al supervisor: 12:47:13 horas; es decir, en el Acta de Supervisión se consignaron ambos datos, sin que puede afirmarse que uno u otro es falso, ya que la diferencia de un minuto entre ambas horas consignadas puede deberse a la no sincronización en segundos entre el reloj de la máquina que emite los tickets o del sistema bajo el que funciona y, el reloj que utilizó el supervisor para consignar la hora, lo cual es completamente factible; en tal sentido, esta diferencia no configura un vicio de nulidad del Acta de Supervisión, como pretende AMÉRICA MÓVIL.



Adicionalmente, es importante tener en cuenta que en el presente procedimiento se observa una valoración conjunta de lo percibido por el supervisor durante la acción de supervisión, la información que obra en el ticket de arribo entregado durante la supervisión y, la información proporcionada por la empresa, extraída de la herramienta Q-plus utilizada en los registros de atención en plataforma<sup>7</sup>; es decir, la decisión que adoptó la Gerencia General no se sustentó sólo en el Acta de Supervisión o sólo en el Ticket entregado o sólo en la información remitida por AMÉRICA MÓVIL, sino en una valoración integral, debiendo tenerse en cuenta que aun considerando la hora más beneficiosa para la empresa, se produce el incumplimiento en la inmediatez en la entrega del ticket de arribo, dado que la demora en la entrega fue de seis (6) minutos, sin que consten circunstancias que justifiquen dicho tiempo; motivo por el cual la Gerencia General se apartó de lo opinado por la GFS –lo cual no es vinculante-; valoración que comparte este Colegiado con la primera instancia.

De otro lado, en relación a las Actas de Supervisión en las cuales no se ha consignado información como: el número de personas que se encontraba esperando la entrega del ticket de arribo antes que el supervisor, el número de usuarios que se encontraba dentro de la oficina esperando a ser atendidos y, el aforo del local; es preciso indicar que a criterio de este Colegiado, considerando que la normativa no establece un tiempo fijo y objetivo para la entrega del ticket de arribo sino que señala que la entrega deberá realizarse de manera “inmediata”, se requiere contar con mayor información que contextualice los hechos, de manera que sea posible determinar en qué supuestos el tiempo transcurrido entre la llegada del usuario al centro de atención y el momento en que se le hace entrega del ticket de arribo, puede considerarse como inmediato y en qué casos no.

Ciertamente, a diferencia de las otras actas de supervisión que han dado lugar a la imposición de la sanción apelada, en tres (3) supervisiones llevadas a cabo el 22 de enero y 5 de marzo de 2015, en el Departamento de Lima y, el 26 de febrero de 2015, en la Provincia Constitucional del Callao, se ha omitido realizar una descripción de hechos que a criterio de esta instancia, resultan relevantes para determinar si hubo o no inmediatez, por lo que al ser la información de las Actas insuficiente para acreditar responsabilidad en este extremo, corresponde no tenerse en cuenta.

#### **4.4 Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad y, al Principio de Igualdad e Imparcialidad.**

AMÉRICA MÓVIL señala que se le ha impuesto una multa de treinta y dos (32) UITs, totalmente elevada en comparación con la multa de diez (10) UITs que recomendó la GFS en el Informe N° 103-GFS/2017. Además, indica que se trataría de una multa mucho más gravosa que aquella de veinte (20) UITs impuesta a Telefónica Móviles S.A. en un PAS análogo respecto de treinta y cinco (35) acciones de supervisión, frente a las treinta y un (31) supervisiones analizadas en el presente caso que ha merecido una multa de treinta y dos (32) UITs; por lo que se han vulnerado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad y, de Igualdad e Imparcialidad, respectivamente.

Adicionalmente, señala AMÉRICA MÓVILES que no se ha tomado en cuenta para la graduación de la sanción la capacidad económica del sancionado, la cual resulta

<sup>7</sup> De conformidad con los escritos remitidos por AMÉRICA MÓVIL DMR/CE/N° 1663 y 2358/15, del 17 de agosto y 20 de noviembre de 2015 respectivamente.



mucho mayor en el caso de Telefónica Móviles S.A. que cuenta con una mayor cuota de mercado que AMÉRICA MÓVIL.

Con relación al monto de la multa recomendada por la GFS, es preciso indicar que se trata de un recomendación del órgano de instrucción que bien podría ser acogida o no, dado que dicha recomendación no resulta vinculante para la Gerencia General, órgano resolutorio que podría discrepar de la valoración realizada por la GFS, como ha ocurrido en diversos casos tanto cuando ha considerado un monto mayor al propuesto por dicho órgano, como en el presente caso, como cuando ha considerado montos menores a los propuestos por la GFS. Esto es válido en la medida que la Gerencia General puede tener en consideración diversos aspectos del caso específico o una distinta interpretación de los hechos o del Derecho.

De otro lado, en relación al supuesto trato desigual que se habría dado al imponérsele una multa más gravosa que aquella de veinte (20) UITs impuesta a Telefónica Móviles S.A. respecto de treinta y cinco (35) casos, frente a las treinta y un (31) casos analizados en el presente procedimiento que ha merecido una multa de treinta y dos (32) UITs; debe tenerse en cuenta que si bien los procedimientos en apariencia podrían resultar análogos, pueden haber particularidades distintas, que justifiquen la diferencia en los montos de las multas.

En ese sentido, la Gerencia General ha señalado en la Resolución impugnada que en el presente procedimiento concurren circunstancias específicas que no se presentaron en el procedimiento seguido contra Telefónica Móviles S.A., las mismas que estuvieron relacionadas con el hecho que previamente a la detección de los incumplimientos, se exhortó a AMÉRICA MÓVIL al cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9° del Reglamento de Calidad de Atención, a través de las comunicaciones C.864-GFS/2014 notificada el 28 de abril de 2014 y C.1420-GFS/2014 notificada el 09 de julio de 2014.

Además, indica la Gerencia General que el monto de la multa impuesta en el presente procedimiento deviene de la evaluación en conjunto de todos los criterios de graduación establecidos por la normativa; no pudiendo pretenderse que el monto de la multa se determine únicamente por el número de incumplimientos detectados y que, en el caso concreto, para la fijación de la multa se ha considerado la proporción de los incumplimientos detectados, entre otros aspectos.

Sin perjuicio de lo señalado, este Colegiado, sobre la base de una apreciación distinta a la de la Gerencia General, considerando cada uno de los criterios de graduación que establece el TUO de la LPAG, así como el RFIS, y considerando, además, la exclusión de las tres (3) Actas de Supervisión mencionadas en el numeral precedente; concluye que corresponde modificar la multa impuesta a AMÉRICA MÓVIL de treinta y dos (32) a dieciocho (18) UITs.

De otro lado, cabe señalar que el criterio de la capacidad económica del sancionado que, según AMÉRICA MÓVIL no ha sido tomado en cuenta en el presente PAS, se aplica de conformidad con los ingresos brutos percibidos por el infractor el año anterior a la realización de las supervisiones realizadas, de conformidad con el numeral 25.1 del artículo 25° de la LDFF<sup>8</sup>; sin considerar el

<sup>8</sup> "25.1 (...)

*Las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% (diez por ciento) de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión."*



grado de participación que tiene cada empresa en el mercado, como pretende la apelante.

En el presente caso, las supervisiones se realizaron entre enero y marzo de 2015, por lo que la multa a imponer a la empresa no debe ser superior al diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por AMÉRICA MÓVIL durante el año 2014. Al respecto, se ha constatado que no se ha superado dicho límite.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 64.7.



**SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar PARCIALMENTE FUNDADO el Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL DEL PERÚ S.A., contra la Resolución N° 00123-2017-GG/OSIPTEL; y en consecuencia, MODIFICAR la sanción de multa de treinta y dos (32) UIT a dieciocho (18) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el numeral 19° del Reglamento de Calidad de Atención a usuarios por parte de las Empresas Operadoras de servicios de telefonía fija y servicios públicos móviles, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 127-2013-CD/OSIPTEL

**Artículo 2°.-** 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 la notificación de la presente Resolución a la empresa apelante, así como su publicación en la página web institucional del OSIPTEL, conjuntamente con las Resoluciones de Gerencia General N° 00065 y 00123-2017-GG/OSIPTEL; asimismo, poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese y comuníquese.



**RAFAEL EDUARDO MUENTE SHWARZ**  
Presidente del Consejo Directivo

