



RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES

Nº 00058-2024-TA/OSIPTEL

Lima, 3 de octubre de 2024

EXPEDIENTE N°	00127-2023-GG-DFI/PAS
MATERIA	Recurso de apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la resolución N° 00250-2024-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS:

- (i) El expediente N° 00127-2023-GG-DFI/PAS, y;
- (ii) El recurso de apelación presentado el 8 de agosto de 2024 por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), contra la resolución N° 00250-2024-GG/OSIPTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 250), emitida por la Gerencia General.
- (iii) El escrito de ampliación del recurso de apelación presentado el 3 de septiembre de 2024.

I. ANTECEDENTES

1. El 5 de octubre de 2023, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI), mediante Informe N° 00345-2023-DFI/SDF/2023 (en adelante, Informe de Fiscalización), emitió los resultados de la verificación realizada respecto del cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3.3. del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹ (en adelante, Norma de las Condiciones de Uso), concluyendo lo siguiente:

(...)

V. CONCLUSIONES

99. **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** habría incumplido con lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 3.3 del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 172-2022-CD/OSIPTEL, toda vez que en el periodo comprendido entre el 31 de marzo y 14 de abril de 2023 habría realizado contrataciones de líneas móviles, reposiciones de SIM Card y cambios de titularidad sin hacer uso de la contraseña única del abonado, respecto de 17 988 líneas móviles, conforme se detalla en el numeral 3.3 del presente informe.

(...)

101. **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** habría incurrido en la infracción del artículo 7° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, toda vez que:

- Dentro del plazo perentorio otorgado, habría entregado información incompleta ante el requerimiento efectuado con carácter obligatorio a través de la acción de fiscalización del 31 de marzo de 2023, según se detalla en el numeral 3.3.2 del presente informe.
- No cumplió con remitir dentro del plazo perentorio otorgado mediante cartas N° 01014-DFI/2023 y 01828-DFI/2023, la información requerida con carácter de obligatoria, según se detalla en el numeral 3.3.2 del presente informe."

¹ Aprobada con Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL.





- El 26 de octubre de 2023, la DFI con carta N° C.02752-DFI/2023, informó a TELEFÓNICA sobre el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el segundo párrafo del Anexo 9 de la Norma de las Condiciones de Uso, así como por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones² (en adelante, RGIS) concediéndole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos. Conforme a dicho documento, el PAS se inició por las siguientes conductas infractoras:

Cuadro N°1: Conducta imputada en la carta de inicio del PAS

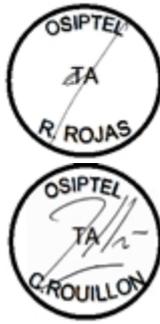
Norma incumplida	Norma que tipifica la infracción	Calificación de la infracción ³	Conducta imputada
Numeral 3.3. del Anexo 5 de las Normas de las Condiciones de Uso	Anexo 9 de las Normas de las Condiciones de Uso	MUY GRAVE	TELEFÓNICA realizó transacciones de contrataciones de líneas móviles, reposiciones de SIM CARD y cambios de titularidad, sin el uso de la contraseña única ⁴ : i) A pesar que el abonado ya contaba con dicho mecanismo de seguridad en 1750 casos, y ii) Cuando el abonado no contaba con su contraseña única, pero ya había realizado una primera transacción sin usar dicho mecanismo de seguridad en 16 238 casos. Periodo: Entre el 31 de marzo y el 14 de abril de 2023.
Literal a. del artículo 7 del RGIS	Artículo 7 del RGIS	MUY GRAVE	TELEFÓNICA remitió información incompleta requerida mediante acta de fiscalización del 31 de marzo de 2023; asimismo, no remitió la información requerida mediante las cartas N° 01014-DFI/2023 y N° 01828-DFI/2023.

- El 2 de noviembre de 2023, a través de la carta N° TDP-4472-AR-ADR-23, TELEFÓNICA solicitó una ampliación de treinta (30) días hábiles para presentar sus descargos. El 8 de noviembre de 2023, a través de la carta N° C.02880-DFI/2023, se otorgó una ampliación de plazo de diez (10) días hábiles.
- El 11 de enero de 2024, a través de la carta N° TDP-0168-AR-ADR-22, TELEFÓNICA presentó sus descargos.
- El 26 de marzo de 2024, la DFI envió a la Gerencia General el informe N° 00069-DFI/2024 (Informe Final de Instrucción), el cual fue puesto en conocimiento de la referida empresa operadora el 15 de abril de 2024, concediéndole un plazo de cinco (5) días hábiles para presentar sus descargos. Sin embargo, TELEFÓNICA no presentó dichos descargos.
- El 12 de julio de 2024, mediante la RESOLUCIÓN 250 la Gerencia General resolvió, lo siguiente:

² Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias

³ Las infracciones imputadas en el presente PAS han sido calificadas por el OSIPTEL como muy grave en aplicación de la "Metodología para el Cálculo de Multas", aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021- CD/OSIPTEL, y según se ha dispuesto en el artículo 3 de la "Norma que establece el régimen de calificación de infracciones del OSIPTEL", aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00118-2021-CD/OSIPTEL.

⁴ El detalle de las transacciones realizadas sin el uso de la contraseña única imputadas en el presente PAS se encuentra en el Anexo 4 del Informe de Fiscalización.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



“Artículo 1°. - **SANCIONAR** a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una MULTA de 288,6 UIT por haber incurrido en la comisión de una infracción tipificada en el segundo párrafo del artículo 9° de la Norma de las Condiciones de Uso, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 172-2022-CD/OSIPTEL y su modificatoria, calificada como MUY GRAVE, al incumplir el numeral 3.3. del Anexo 5 de la referida norma, toda vez que realizó 17 988 transacciones sin requerir el uso de contraseña única en el periodo comprendido entre el 31 de marzo al 14 de abril de 2023; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 2°. - **SANCIONAR** a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una MULTA de 127,7 UIT por haber incurrido en la comisión de una infracción tipificada en el artículo 7° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, calificada por el OSIPTEL como MUY GRAVE, al no haber remitido la totalidad de la información requerida mediante la acción de fiscalización de fecha 31 de marzo de 2023 y las cartas N° 01014-DFI/2023 y N° 01828-DFI/2023; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.(...)”

7. El 8 de agosto de 2024, a través de la carta N° TDP-3107-AG-GTR-24, TELEFÓNICA interpuso un recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN 250.
8. El 12 de agosto de 2024, mediante la resolución N°00288-2024-GG/OSIPTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 288), la Gerencia General resolvió encauzar el recurso de reconsideración a la segunda instancia, a fin de que sea tramitado como recurso de apelación.
9. El 23 de agosto de 2024, se remitió el memorando N°0020-STTA/2024, en el cual se solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC), emita opinión técnica sobre el recurso de apelación.
10. El 3 de septiembre de 2024, TELEFÓNICA presentó argumentos adicionales a su recurso de apelación.
11. El 18 de septiembre de 2024, la DPRC remitió el memorando N°0421-DPRC/2024, mediante el cual brindó respuesta a la solicitud formulada por memorando N°0020-STTA/2024.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁵ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto de los argumentos desarrollados por TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:



⁵ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



3.1. Respecto al encauzamiento del recurso de reconsideración

TELEFÓNICA precisa que la nueva prueba ofrecida, contrariamente a lo señalado por la Gerencia General, no estaba dirigida a aportar cuestiones de puro derecho, sino que cuestiona el cálculo de la multa impuesta, dado que se ha utilizado una metodología que no es consistente con el régimen de calificaciones del OSIPTEL.

Dicha empresa sostiene que el Tribunal de Apelaciones del OSIPTEL (en adelante, el Tribunal) ha expresado que un cuestionamiento referido al cálculo de la multa no corresponde a una cuestión de puro derecho de acuerdo a lo señalado en la Resolución N° 00025-2024-TA/OSIPTEL.

Finalmente, TELEFÓNICA solicita se retrotraiga el procedimiento sancionador al estado anterior, ordenando a la Primera Instancia que se pronuncie sobre el recurso de reconsideración interpuesto.

Respecto de lo alegado por TELEFÓNICA, corresponde indicar que el recurso de reconsideración⁶ tiene como finalidad que la misma autoridad que resolvió el procedimiento evalúe la nueva prueba. En esa línea, Morón Urbina señala que: "(...) no cabe la posibilidad de que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión con solo pedírsele, pues, se estima que, dentro de una línea de actuación responsable el instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello, perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan solo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite reconsideración."⁷

En tal sentido, este Tribunal considera que para que estemos frente a una prueba nueva, se deben presentar de manera concomitante, las siguientes características:

- Que la reconsideración hubiere estado aparejada de un medio probatorio distinto o diferente a lo que ya había en el expediente, cualquiera fuera su tipo o soporte (físico o virtual), o que dicho medio probatorio distinto o diferente se presente dentro de una eventual exigencia de subsanación por parte de la Administración, en el marco del referido recurso impugnativo.
- Que lo que se pretende acreditar o probar con el medio probatorio nuevo, no hubiera podido efectuarse, extraerse o colegirse de otros medios probatorios presentados con anterioridad. Con lo cual queda claro que la reiteración de medios probatorios que pretendan acreditar lo ya evaluado con anterioridad (con los medios probatorios existentes en el proceso) no puede considerarse como prueba nueva en sí misma.
- Que, siendo una prueba nueva, ésta y su contenido tenga relación directa con el procedimiento administrativo sancionador al cual se presenta; es decir, que posea pertinencia en referencia al caso concreto.
- Que se trate de un medio probatorio que traiga al procedimiento nuevos hechos o circunstancias o prueben algo que antes no se pretendió probar (que

⁶ Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación

⁷ Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I, 16va Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2021. PP.: 228)





ya fue evaluado), o se trate de algo distinto o diferente a lo ya existente en el proceso, a fin que merezca un reexamen por parte de la misma autoridad.

- e) Que no se trate de la presentación de alegaciones nuevas o distintas a las ya efectuadas o formas nuevas de argumentar. Así como tampoco será considerada como prueba nueva la presentación de normas vigentes.

Por lo tanto, la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración debe ser entendida como la presentación de algo distinto o diferente de lo que ya se tenía en toda la extensión de su significado, para que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos controvertidos, toda vez que solo así se justificaría que la misma autoridad administrativa tenga que efectuar un reexamen de sus propias consideraciones. Dicho de otra manera, la exigencia de una prueba nueva está orientada a exigir una prueba idónea o adecuada para que justifique una revisión del análisis ya efectuado.

En ese mismo orden de ideas, resulta pertinente traer a colación lo resuelto por este Tribunal mediante Resolución N° 00008-2024-TA/OSIPTEL⁸ en el cual se estableció lo siguiente:

*“Con relación a ello, este Tribunal reitera que, de acuerdo con el criterio desarrollado en el precedente de observancia obligatoria emitido a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 169-2022-CD/OSIPTEL, el cual comparte, **para ser considerados como nueva prueba, los documentos presentados por las empresas operadoras deben tener por objeto desvirtuar lo resuelto por la Primera Instancia respecto a los hechos y fundamentos jurídicos que condujeron a adoptar la decisión impugnada.** En ese sentido, no son tales, por ejemplo, las alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o los documentos ya evaluados con anterioridad. (...)”* (El énfasis es nuestro)

Con relación a ello, se aprecia del expediente que, en el presente caso, el documento presentado por TELEFÓNICA como nueva prueba y que fue desestimado como tal por la Primera Instancia, corresponde a un informe emitido por la DPRC en el trámite de un procedimiento de medida cautelar, de acuerdo con el siguiente detalle:

Cuadro N°2: Documento presentado por TELEFÓNICA

Anexo	Descripción
1	Informe N° 00044-DPRC/2022

Al respecto, se advierte que TELEFÓNICA, a través de dicho documento, lo que en realidad pretende es introducir un sustento para alegar su disconformidad con la metodología aplicada para el cálculo de la multa impuesta; sin embargo, cabe precisar que el referido anexo fue emitido con el objetivo de calcular el valor estimado de la multa a imponer ante un incumplimiento de una medida cautelar orientada al cese de la contratación del servicio público móvil en puntos de venta no reportados al OSIPTEL, tramitado en marco del expediente N° 00013-2021-GG-DFI/CAUTELAR. Sobre el particular, el indicado informe no constituye una prueba nueva, dado que los hechos expuestos en dicho documento no se encuentran vinculados con los hechos e infracción materia de controversia en el presente PAS.

En ese sentido, luego del análisis realizado, se advierte que la evaluación formulada por la Primera Instancia en la RESOLUCIÓN 288 sobre la “nueva prueba” presentada por TELEFÓNICA, se encuentra alineada con lo resuelto por este Tribunal mediante la referida Resolución N° 00008-2024-TA/OSIPTEL. En efecto, el documento que obra como Anexo del recurso de reconsideración no constituye nueva prueba; conforme se sostiene a continuación:

⁸ Emitida en el trámite del Expediente N° 00063-2023-GG-DFI/PAS





Cuadro N°3: Análisis del documento ofrecido como nueva prueba por TELEFÓNICA en su Recurso de Reconsideración

DOCUMENTO PRESENTADO POR TELEFÓNICA EN SU RECURSO DE RECONSIDERACIÓN	¿EL DOCUMENTO FUE ADMITIDO COMO NUEVA PRUEBA POR LA GERENCIA GENERAL?	ANÁLISIS DEL TRIBUNAL DE APELACIONES
ANEXO: Informe N° 00044-DPRC/2022	No	<p>El Informe fue emitido en un procedimiento de incumplimiento medida cautelar y los hechos no guardan relación con el caso bajo análisis, por tanto, no configura como nueva prueba toda vez que:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) no aporta ningún elemento adicional que justifique una nueva evaluación de la resolución impugnada; ii) los hechos expuestos en dicho documento no se encuentran vinculados con los hechos materia de controversia en el presente PAS; y, iii) el contenido del documento remitido por TELEFÓNICA no presenta hechos nuevos que permitan modificar lo ya resuelto. <p>En ese sentido, se trata de un documento no pertinente, en tanto no guarda relación con el presente procedimiento sancionador.</p>

Fuente: Expediente PAS
Elaboración propia

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://saps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>

En consecuencia, el Tribunal reitera que el Anexo remitido por TELEFÓNICA con el recurso de reconsideración no constituye nueva prueba toda vez que se trata de un documento que no se relaciona directamente con los hechos materia de controversia en el presente PAS.

Es preciso señalar que el hecho que TELEFÓNICA no se encuentre de acuerdo con la motivación efectuada por la Gerencia General, no significa que la misma sea insuficiente, no idónea o que se haya aplicado un criterio ilegal al analizar el documento ofrecido por dicha empresa operadora como nueva prueba. Debido a ello, se concluye que no ha existido vulneración a las garantías procedimentales del administrado durante el trámite del recurso de reconsideración.

Por otro lado, con relación a la Resolución N° 00025-2024-TA/OSIPTEL, TELEFÓNICA alega que, a través de la misma, el Tribunal indicó que un cuestionamiento referido al cálculo de la multa estimada no corresponde a una cuestión de puro derecho, de acuerdo con el siguiente criterio: “(...) la mencionada omisión no puede constituir un vicio no trascendente de la RESOLUCIÓN 087, en tanto ha afectado el derecho al debido procedimiento de ENTEL al impedirle ejercer adecuadamente su derecho de contradicción, ante una indebida motivación del cálculo de las multas, (...)”.

Con relación a ello, corresponde señalar que en la referida resolución este Tribunal se pronunció en dicho sentido al advertir que el cálculo de multa remitido por la Gerencia General no desarrolló o explicó cómo se llegó a los valores de las “multas estimadas” por familia y empresas por evento crítico que se consignaban en el referido cálculo, lo cual impedía que la empresa operadora ejerza su derecho de contradicción de manera adecuada.





No obstante, dicho escenario no es similar al del presente expediente, toda vez que en este caso la Primera Instancia aplicó adecuadamente la “Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL” (en adelante, Metodología de Multas – 2021) para la estimación de la multa, sustentando los parámetros aplicados, a través de la RESOLUCIÓN 250. Asimismo, se advierte que, en el recurso de reconsideración, la empresa operadora manifestó su disconformidad con el cálculo de la multa impuesta con un documento que no aportó elementos adicionales que justifiquen una nueva evaluación.

En esa línea, se reitera que la presentación en el recurso de reconsideración de alegaciones que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto, no deben ser considerados como nuevas pruebas. Justamente, se advierte de lo resuelto por la Primera Instancia que el documento aportado por TELEFÓNICA en su recurso de reconsideración no cumplía con dicho criterio, tal como se ha desarrollado en el cuadro N°3.

Por lo tanto, en atención a lo antes mencionado, se tiene que la RESOLUCIÓN 288 contiene un adecuado análisis respecto del porqué, el documento presentado por TELEFÓNICA en su recurso de reconsideración, no constituye nueva prueba. En tal sentido, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora.

3.2. Sobre la probabilidad de detección respecto al incumplimiento del numeral 3.3. del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso

TELEFÓNICA señala que la Primera Instancia ha asignado indebidamente, para la conducta infractora del numeral 3.3. del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso, una probabilidad de detección media; sin embargo, considera que, de acuerdo con la Metodología de Multas - 2021, corresponde a una probabilidad de detección muy alta. De acuerdo con ello, sostiene que corresponde recalcular el monto de las multas considerando la probabilidad de detección muy alta para todos los casos.

Respecto de la probabilidad de detección determinada en el presente PAS, debemos traer a colación los criterios de asignación de la probabilidad de detección muy alta y media, establecidos por la Metodología de Multas - 2021:

Cuadro N°4: Criterios de asignación de la probabilidad de detección muy alta y media

NIVEL DE PROBABILIDAD	PROBABILIDAD	CRITERIOS DE ASIGNACIÓN
Muy Alta	1,00	*La supervisión comprende la revisión del 100% del universo a supervisar. *La disponibilidad de información para la identificación de la infracción es completa.
Media	0,50	*La supervisión se efectúa con una frecuencia media (forma parte de un procedimiento o plan de supervisión no periódico). *La disponibilidad de información permite identificar la infracción. *La selección de casos a supervisar se realiza sin considerar criterios estadísticos





Considerando los criterios de asignación antes mencionados, este Tribunal estima que corresponde la aplicación de la probabilidad de detección media, tal como ha sido establecido por la Primera Instancia, conforme a lo siguiente:

- Respecto de los criterios de asignación de la probabilidad muy alta:

No corresponde la aplicación de una probabilidad de detección muy alta, en tanto la disponibilidad de información para la identificación de la infracción no es completa, ya que depende de la información que brinde la empresa operadora y conforme se desprende del Informe de Fiscalización, el cumplimiento de la obligación no se verificó respecto del 100% de los casos ocurridos, toda vez que no cumplió con el envío de 2 382 registros de contrataciones que correspondían al periodo fiscalizado del 31 de marzo al 14 de abril de 2023, tal como se aprecia a continuación:

Cuadro N°5: Registros de contrataciones de líneas móviles no enviados por TELEFÓNICA

Escenario	Cantidad
Contrataciones efectuadas por medio de la Portabilidad (Portaflow ABDCP)	754
Contrataciones efectuadas sin Portabilidad (Registro de abonados RENTESEG)	1 628
TOTAL	2 382

Asimismo, debido a esta omisión de registros, la supervisión no comprende el 100% del universo como plantea TELEFÓNICA en el recurso de apelación.

- Respecto a los criterios de asignación de la probabilidad media:

Corresponde la aplicación de una probabilidad de detección media, toda vez que la fiscalización se efectúa con una frecuencia media, es decir, no periódica.

De otro lado, se advierte que, con la finalidad de permitir la verificación de la obligación analizada, el OSIPTEL tuvo que efectuar el cruce de información de las contrataciones que se encuentran en la base de transacciones con los reportes de números portados obtenidos del Portaflow⁹ y con el registro de abonados del RENTESEG.

Asimismo, en tanto la verificación realizada por el OSIPTEL depende de la revisión de las contrataciones efectuadas por la empresa operadora en cada caso en particular, se debe considerar: i) el elevado número de abonados con los que cuenta la empresa operadora para la verificación de esta disposición, hecho que dificulta la fiscalización de esta obligación y ii) la disponibilidad de la información para la efectiva fiscalización, corresponde en el presente caso, una probabilidad de detección media.

Por tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

3.3. Sobre la presunta vulneración al principio de razonabilidad

⁹ Sistema utilizado por el administrador de la base de datos de la portabilidad numérica (ABDCP), en el cual se encuentran todas las transacciones relacionadas con la portabilidad numérica.





3.3.1. Respeto de la multa relacionada al incumplimiento del numeral 3.3. del Anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso

TELEFÓNICA sostiene que el cálculo de la multa, respecto al beneficio ilícito, ha considerado el costo evitado y el ingreso ilícito (aplicando el parámetro “Benlin” que se encuentra en la fórmula específica para los incumplimientos referidos a los cuestionamientos de titularidad), debiendo incluir en el cálculo de la multa por esta imputación solo el componente del costo evitado.

Agrega la empresa operadora que, en cuanto al costo evitado, se ha considerado tanto el parámetro Mantygest¹⁰ como el Conopro¹¹, lo que incrementa irrazonablemente el monto de la sanción calculada, por lo que corresponde que se opte solo por uno de estos.

Por tanto, TELEFÓNICA considera que debe eliminarse del cálculo de multa el componente de ingresos ilícitos, así como el parámetro Mantygest del costo evitado.

Al respecto, este Tribunal advierte que la infracción analizada en el presente numeral se refiere a transacciones de contrataciones de líneas móviles, reposiciones de SIM CARD y cambios de titularidad, sin el uso de la contraseña única, de acuerdo al siguiente detalle:

Cuadro N°6: Norma y conducta imputada

Norma incumplida	Conducta imputada
Numeral 3.3. del Anexo 5 de las Normas de las Condiciones de Uso	<p>TELEFÓNICA realizó transacciones de contrataciones de líneas móviles, reposiciones de SIM CARD y cambios de titularidad, sin el uso de la contraseña única:</p> <ul style="list-style-type: none"> i) A pesar de que el abonado ya contaba con dicho mecanismo de seguridad en 1750 casos, y ii) Cuando el abonado no contaba con su contraseña única, pero ya había realizado una primera transacción sin usar dicho mecanismo de seguridad en 16 238 casos. <p>Periodo: Entre el 31 de marzo y el 14 de abril de 2023.</p>

Si bien esta conducta infractora no cuenta con una fórmula específica para el respectivo cálculo de la multa en la Metodología de Multas – 2021, lo cierto es que su estimación está basada en una conducta similar, constituida por la Conducta N° 14 (verificación de la identidad en servicios móviles) de la referida metodología, dado que la conducta referida a no utilizar la contraseña única en las contrataciones de líneas móviles, reposiciones de SIM Card y cambios de titularidad, está asociada al incumplimiento del debido procedimiento para la verificación de identidad del abonado¹².



¹⁰ Representa el costo de mantener y gestionar un sistema operativo que minimice la ocurrencia de inconvenientes con el uso de cualquier tipo de servicio contratado por los consumidores y/o los diversos procedimientos que se pueden generar como consecuencia de su prestación.

¹¹ Representa el costo para dar a conocer internamente la normativa relacionada con los plazos y/u obligaciones del procedimiento de reclamos.

¹² Dicha conducta corresponde al incumplimiento de los artículos 11-A y 11-C del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones



Cuadro N° 78: Graduación de la infracción (Artículo 11-A – Conducta N° 14)

Conducta N° 14		
Artículo 11-A del TUO de las Condiciones de Uso		
Componente de enfoque	Nombre del Parámetro	Valor (UIT)
Costos Evitados	Mantyggest	3,0
	Conopro	0,52
Ingresos Ilícitos	Benlin	0,007

Beneficio Ilícito = (3,0 + 0,52) × T + 0,007 × N

Donde:

T = Meses de infracción
N = Número de líneas activadas sin verificación de identidad

Elaboración: OSIPTel

Conforme se advierte de lo expuesto por la DPRC en el Memorando N°421-DPRC/2024, la metodología para el cálculo de una multa a ser impuesta a una empresa operadora que no cumpla con la utilización de la contraseña única como mecanismo de seguridad al momento de realizar contrataciones, se fundamenta en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener esta como consecuencia de dicha conducta infractora. Dicho beneficio ilícito estimado se compone de los ingresos ilícitos y costos evitados que la empresa operadora habría obtenido y eludido, respectivamente, al realizar transacciones sin el uso de la contraseña única.

Asimismo, sostiene la DPRC en dicho documento que los ingresos ilícitos están representados por los ingresos que la empresa habría obtenido por realizar contrataciones de líneas móviles y reposiciones de SIM Card sin utilizar la contraseña única¹³.

De acuerdo con la Metodología de Multas - 2021, para estimar dichos ingresos ilícitos se emplea el parámetro Benlin (Beneficio por línea activa indebidamente)¹⁴. Sin embargo, TELEFÓNICA sostiene que no debería aplicarse el parámetro Benlin porque este está especificado para incumplimientos relacionados con cuestionamientos de titularidad. Al respecto, conviene indicar que en la Metodología de Multas - 2021, el parámetro Benlin es utilizado para el cálculo de multas de diversas conductas infractoras cuyos ingresos ilícitos son obtenidos por la activación indebida de líneas telefónicas del servicio público móvil¹⁵.

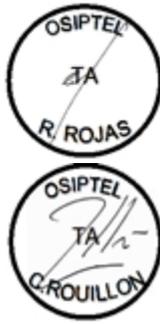
Por otra parte, de conformidad con la Metodología de Multas - 2021, los costos evitados considerados en el cálculo de la multa responden al costo asociado al mantenimiento y gestión de un sistema que debería permitir la utilización de la contraseña única durante la contratación. Para calcular este costo evitado, se utiliza el parámetro Mantyggest, establecido en la Metodología de Multas - 2021. Asimismo, se incluye el costo evitado en la capacitación del personal de la empresa sobre el uso de la contraseña única en el contexto de la transacción, utilizando el parámetro Conopro, también incluido en la Metodología de Multas - 2021.

De otro lado, TELEFÓNICA argumenta que solo debería considerarse el parámetro Conopro y no ambos parámetros en el cálculo de los costos evitados. No obstante, según la Metodología de Multas - 2021, la conducta por no verificar la identidad del

¹³ No se consideraron los ingresos ilícitos en los casos de cambio de titularidad.

¹⁴ Según la Metodología de Multa - 2021, para la estimación del parámetro Benlin, se considera un ingreso promedio mensual por usuario de S/ 16,4, un periodo de permanencia de 7 meses (tiempo promedio después del cual un usuario decide portar o dar de baja su servicio en un determinado operador) y un margen de ganancia de 25,8%.

¹⁵ Las conductas de la Metodología de Multa - 2021 que utilizan el parámetro Benlin son la Conducta N° 4 (No conservar contratos de prestación de servicios / celebrar contratos de abonados sin utilizar un mecanismo de contratación conforme a lo establecido), la Conducta N° 5 (No cumplir con responder al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal de la Portabilidad Numérica o ABDCP las consultas previas o las consultas efectuadas respecto a la solicitud de portabilidad dentro del plazo establecido) o la Conducta N° 6 (No haber cumplido con el procedimiento para el registro de los datos personales del abonado).





solicitante del servicio público móvil, que se relaciona en el presente caso por la contratación de líneas móviles, reposiciones de SIM Card y cambios de titularidad sin el uso de la contraseña única, no solo supone una falta de capacitación del personal, sino también una falta de mantenimiento y gestión de un sistema adecuado para la utilización de la contraseña única durante las contrataciones.

Además, es importante señalar que, de acuerdo con la Metodología de Multas - 2021, el uso de un parámetro (por ejemplo, Conopro) no excluye la utilización de otro (por ejemplo, Mantyggest). La elección de utilizar uno o ambos parámetros depende de la conducta infractora. En tal sentido, existen diversas conductas en la Metodología de Multas - 2021 donde se estiman los costos evitados utilizando ambos parámetros (Conopro y Mantyggest)¹⁶.

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de la empresa operadora respecto de este extremo.

3.3.2. Respetto de la multa relacionada al incumplimiento del artículo 7 del RGIS

TELEFÓNICA manifiesta que para la determinación de la sanción impuesta la Primera Instancia ha utilizado una metodología que no es consistente con el régimen de calificaciones del OSIPTEL, siendo que la utilización de la tabla de graduación no resultaría aplicable si se pretende establecer una sanción proporcional, debiendo utilizar la fórmula general, toda vez que lo contrario implicaría una afectación al principio de razonabilidad.

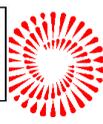
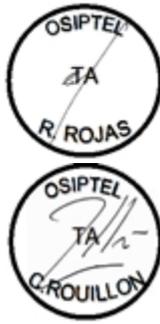
Sobre el particular, este Tribunal debe señalar que la conducta imputada se encuentra referida a que, dentro del plazo establecido, TELEFÓNICA, entregó información incompleta, requerida con carácter obligatorio en la acción de fiscalización de fecha 31 de marzo de 2023, así como no remitió la información requerida mediante las cartas N° 01014-DFI/2023 y N° 01828-DFI/2023, dentro del plazo, respecto a los registros de transacciones en las cuales los abonados usaron la contraseña única del 31 de marzo al 14 de abril de 2023.

Cuadro N°7: Norma y conducta imputada

Norma incumplida	Conducta imputada
Literal a. del artículo 7 del RGIS	TELEFÓNICA remitió información incompleta requerida mediante acta de fiscalización del 31 de marzo de 2023; asimismo, no remitió la información requerida mediante las cartas N° 01014-DFI/2023 y N° 01828-DFI/2023.

Conforme se advierte de lo expuesto por la DPRC en el Memorando N°421-DPRC/2024, para el cálculo de una multa a ser impuesta a una empresa operadora que dentro del plazo establecido no remite información o remite información incompleta, debe considerarse la Conducta N° 23 de la Metodología de Multas — 2021 (incumplimiento en la entrega de información), que utiliza la Tabla de graduación de infracciones, cuyos montos son fijos y están expresados en Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

¹⁶ Las conductas de la Metodología de Multa - 2021 que utilizan ambos parámetros (Conopro y Mantyggest) son la Conducta N° 4 (No conservar contratos de prestación de servicios / celebrar contratos de abonados sin utilizar mecanismos establecidos), la Conducta N° 7 (Aplicar tarifas superiores a las informadas a usuarios) o la Conducta N° 6 (No haber cumplido con el procedimiento para el registro de los datos personales del abonado).



Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://vabos.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>



Cuadro N° 134: Tabla de graduación de infracciones – RFIS¹¹

Grado de afectación	Tamaño de empresa		
	Facturación hasta 150 UIT (Micro)	Facturación de más de 151 a 1 700 UIT (Pequeña)	Facturación de más de 1 700 UIT (Mediana y Grande)
Baja	1	13,1	33,9
Media	82,6	98,4	114,1
Alta	112,6	166,4	220,3

Nota: Montos expresados en Unidades Impositivas Tributarias (UIT).
Elaboración: OSIPTEL

Ahora bien, la norma que establece el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTEL¹⁷ (en adelante, RCI) indica lo siguiente:

“Las multas, en cada caso en concreto, se aplican conforme a la Metodología de Cálculo de Multas determinada por el OSIPTEL, la cual se sustenta en:

- *Fórmula general.*
- *Fórmulas y parámetros específicos.*
- *Montos fijos expresados en Unidades Impositivas Tributarias (UIT)”.*

(Subrayado agregado)

En ese sentido, existe una adecuada correspondencia entre lo señalado por el RCI y la Metodología de Multas – 2021 respecto al uso de la Tabla de graduación de infracciones, en tanto -como se ha referido- contiene montos fijos que se encuentran expresados en UIT.

En ese sentido, a diferencia de lo argumentado por TELEFÓNICA, la metodología aplicada para el cálculo de multa sí tiene un sustento técnico y no se encuentra fuera de lo previsto en el ordenamiento jurídico, tal y como se advierte del anexo que acompaña la RESOLUCIÓN 250.

Ahora bien, conforme a lo establecido en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, asociado al principio de razonabilidad, las autoridades administrativas en el momento de establecer la sanción, deben observar los criterios establecidos en dicho artículo a efectos de su graduación¹⁸.

Con relación a ello, se aprecia que la RESOLUCIÓN 250 contiene el desarrollo y fundamentación de la aplicación de los criterios del referido principio, adjuntando para ello, como anexo de dicho acto administrativo, la materialización matemática de dichos parámetros, cumpliendo el mandato legal y el estándar de razonabilidad de las sanciones, establecido en el TUO de la LPAG.

¹⁷ Aprobada a través de la Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL, publicada el 19 de julio de 2021 en el diario oficial “El Peruano”.

¹⁸ “3. Razonabilidad. - 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:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor”.





En ese sentido, corresponde desestimar lo expuesto por la TELEFÓNICA en su recurso de apelación.

3.3.3. Respecto a la calificación de la infracción al artículo 7 del RGIS

Este Tribunal, al revisar la RESOLUCIÓN 250, advierte que la multa base determinada por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7 del RGIS fue calculada, tal como se ha señalado en el acápite precedente, conforme a lo previsto en la Metodología de Multas - 2021, siendo establecida en el monto de 127,7 UIT.

Sin embargo, la Primera Instancia mantuvo la calificación de muy grave, en concordancia con la carta de inicio del PAS a pesar de que la multa finalmente impuesta se encuentra dentro de los rangos de una infracción grave conforme a lo previsto en el artículo 25 de la LDFF, vigente al momento de cometerse la infracción; en tal sentido, este Tribunal considera que, a efectos de que dicha multa guarde armonía con el artículo citado, corresponde variar la calificación a grave¹⁹.

En aplicación de las funciones previstas en el literal a) del artículo 25-B de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, modificado a través del Decreto Supremo N° 140-2023-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar FUNDADO EN PARTE el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la resolución N° 000250-2024- GG/OSIPTEL y, en consecuencia:

- (i) MODIFICAR la calificación de la infracción prevista para el artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones de MUY GRAVE a GRAVE, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.
- (ii) CONFIRMAR la resolución N° 000250-2024-GG/OSIPTEL en sus demás extremos.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A, conjuntamente con los memorandos N° 0421-DPRC/2024 y N° 0020-STTA/2024

Artículo 3.- Disponer la publicación de la presente resolución en el portal web institucional: www.osiptel.gob.pe, en conjunto con las resoluciones N° 00250-2024-GG/OSIPTEL y N° 00288-2024-GG/OSIPTEL.

Artículo 4.- Poner en conocimiento de la Oficina de Administración y Finanzas la presente Resolución, para los fines respectivos.

¹⁹ En ese sentido ya se ha pronunciado este tribunal mediante la resolución N° 20-2024-TA/OSIPTEL, la cual puede ser encontrada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/np4pvsc/resol020-2024-ta.pdf>.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Regístrese y comuníquese,

Con el voto favorable de los miembros del Tribunal de Apelaciones del Osipitel: Gustavo Nilo Rivera Ferreyros, Renzo Rojas Jiménez y Carlos Antonio Rouillon Gallangos; en la Sesión N° 022-2024 del 2 de octubre de 2024.

GUSTAVO NILO RIVERA FERREYROS
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL DE
APELACIONES
TRIBUNAL DE APELACIONES

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autía de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>



Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osipitel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: cA+221505,s212



14 | 14
BICENTENARIO
PERÚ
2024