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://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

# RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES

## Nº 00073-2024-TA/OSIPTEL

Lima, **5 de noviembre de 2024**

| | | |
|---|---|---|
| EXPEDIENTE | : | **0158-2023-GG-DFI/PAS** |
| MATERIA | : | **Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 0303-2024-GG/OSIPTEL** |
| ADMINISTRADO | : | **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** |

**VISTOS:**

(i) El expediente N° 0158-2023-GG-DFI/PAS, y;

(ii) El recurso de apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la resolución N° 0303-2024-GG/OSIPTEL emitida por la Gerencia General.

**CONSIDERANDO:**

## I. Antecedentes

1.1 El 14 de diciembre de 2023, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a AMÉRICA MÓVIL, a través de la carta N°C.03194-DFI/2023, el inicio de un 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 de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones[1] (en adelante, Norma de las Condiciones de Uso), por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el numeral 3.3 del anexo 5 de la norma referida. Asimismo, se otorgó cinco (5) días hábiles a la empresa operadora para que presente sus descargos.

1.2 El 17 de enero y 12 de marzo de 2024, AMÉRICA MÓVIL mediante las cartas N° DMR/CE/N°169/24 y DMR/CE/N°764/24, respectivamente, presentó sus descargos.

1.3 El 14 de mayo de 2024, la DFI remitió el Informe N° 108-DFI/2024 (en adelante, informe final de instrucción) a la Gerencia General, el mismo que fue puesto en conocimiento de AMÉRICA MÓVIL con carta N°C.0480-GG/2024, notificada el 12 de junio de 2024, a efectos que formule sus descargos.

1.4 El 28 de agosto de 2024, la Gerencia General notificó la resolución N° 0303-2024-GG/OSIPTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 303) mediante la cual resolvió lo siguiente:

> ***"Artículo 1°.- SANCIONAR** a la empresa **AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.** con una multa de **350 UIT,** por la comisión de la infracción calificada como **MUY GRAVE** tipificada en el Segundo párrafo del Anexo 9 del Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por cuanto incumplió*

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[1] Aprobado mediante la resolución N° 172-2022-CD/OSIPTEL.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

*con lo dispuesto en el numeral 3.3 del Anexo 5 de la norma antes referida; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución."*

1.5 El 19 de septiembre de 2024, AMÉRICA MÓVIL mediante la carta N° DMR/CE/N°2977/24 interpuso recurso de reconsideración contra la RESOLUCIÓN 303, el cual fue encauzado como un recurso de apelación mediante la resolución N° 0333-2024-GG/OSIPTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 333), notificada el 30 de setiembre de 2024.

1.6 El 24 de octubre de 2024, AMÉRICA MÓVIL mediante la carta N°DMR/CE/N°3289/24 presentó un escrito de ampliación a su recurso de apelación.

## II. Verificación de requisitos de admisibilidad y procedencia

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones[2] (en adelante, RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General[3] (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

## III. Análisis del recurso de apelación

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

### 3.1 Sobre el criterio establecido por la Gerencia General correspondiente a la nueva prueba

AMÉRICA MÓVIL sostiene que la Gerencia General ha desarrollado un criterio ilegal sobre la nueva prueba, como requisito de procedencia del recurso de reconsideración, en tanto excluyó medios probatorios aportados como nueva prueba, alegando que no estaban relacionados con los hechos del caso.

En ese sentido, solicita se declare la nulidad de la RESOLUCIÓN 333 y se retrotraiga el PAS, de tal forma que la Gerencia General se pronuncie sobre los argumentos de defensa expuestos en su recurso de reconsideración.

Al respecto, corresponde indicar que el recurso de reconsideración[4] 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 pedírselo, 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*

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[2] Aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.
[3] Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
[4] 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

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe\web\validador.xhtml

*se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite reconsideración*."[5]

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

a) 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.
b) 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.
c) 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.
d) 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 ya fue evaluado), o se trate de algo distinto o diferente a lo ya existente en el proceso, a fin de 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 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 señalado anteriormente por este tribunal[6] con relación al recurso de reconsideración, lo cual se cita a continuación:

> *"En esa línea, la presentación en el Recurso de Reconsideración de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad, no deberán ser considerados como nuevas pruebas. (…)"*

Con relación a ello, se aprecia que, en el presente caso, los documentos presentados por AMÉRICA MÓVIL como nuevas pruebas y que fueron desestimados como tal por la Gerencia General, corresponden a resoluciones e informes del OSIPTEL, así como sentencias del Poder Judicial que solo aportan

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[5] Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I, 16va Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2021. PP.: 228)
[6] Véase las resoluciones N° 52-2024-TA/OSIPTEL, N° 46-2024-TA/OSIPTEL y N° 08-2024-TA/OSIPTEL

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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://apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

argumentos jurídicos que refuerzan el contenido de principios de Derecho Administrativo o criterios aplicados a determinados casos, los cuales no se relacionan directamente con la materia controvertida ni pueden ser extrapolables a la misma.

En ese sentido, luego de la revisión realizada por este Colegiado, se advierte que el análisis formulado por la primera instancia en la resolución que resolvió el recurso de reconsideración se encuentra alineado con pronunciamientos anteriores de este mismo colegiado. En efecto, los documentos que obran como anexos 1, 2, 3 y 4 del recurso de reconsideración no constituyen nuevas pruebas, conforme se sostiene a continuación:

**Cuadro N° 1**

| Documento presentado por AMÉRICA MÓVIL en su recurso de reconsideración | ¿El documento fue admitido como nueva prueba por la Gerencia General? | Análisis del Tribunal de Apelaciones |
|---|---|---|
| Anexo 1: El mérito de la resolución N° 120-2023-GG/OSIPTEL. | No | El documento muestra un extracto de la resolución N° 120-2023-GG/OSIPTEL, donde se aprecia el texto respecto al incumplimiento del artículo 128 del TUO de las Condiciones de Uso.<br>Al respecto, coincidimos con la Gerencia General en que dicho documento no constituye una nueva prueba, pues contiene alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso, dado que su finalidad sería sustentar su disconformidad con lo resuelto por la primera instancia. |
| Anexo 2: El mérito del informe N° 083-GSF/20179. | No | El documento muestra un extracto del informe N° 083-GSF/20179, donde se aprecia que se desarrolla el principio de tipicidad.<br>Al respecto, coincidimos con la Gerencia General en que dicho documento no constituye una nueva prueba, pues no se relaciona directamente con los hechos del caso, ni aporta hechos nuevos a los considerados para el pronunciamiento efectuado por la Gerencia General en la RESOLUCIÓN 303. |
| Anexo 3: El mérito de la resolución N° 054-2023-CD/OSIPTEL. | No | El documento contiene la resolución N° 054-2023-CD/OSIPTEL, el cual se refiere a un caso respecto al artículo 67-B del TUO de las Condiciones de Uso.<br>Al respecto, coincidimos con la Gerencia General en que dicho documento no constituye una nueva prueba, pues no se encuentra vinculado a los hechos materia de la controversia, por lo que dicho caso no es extrapolable a lo analizado en el presente PAS. |
| Anexo 4: El mérito de la Sentencia N° 3 emitida por la Segunda Sala Contenciosa Administrativa del Poder Judicial | No | El documento contiene la sentencia N° 3, mediante la cual se declaró la nulidad en parte de la resolución N° 244-2023-GG/OSIPTEL.<br>Al respecto, coincidimos con la Gerencia General en que dicho documento no constituye una nueva prueba, pues no se encuentra vinculado a los hechos materia de la controversia y su contenido no permite desvirtuar la comisión de la conducta infractora sancionada, en tanto no presenta hechos nuevos que modifiquen la situación que acreditó la comisión de la infracción. |

Es preciso advertir que, el hecho que AMÉRICA MÓVIL no se encuentre de acuerdo con la motivación de la RESOLUCIÓN 333, no significa que la misma sea insuficiente, no idónea o que se haya aplicado un criterio ilegal al analizar los documentos ofrecidos por dicha empresa como nuevas pruebas; por lo tanto, 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 de Gerencia General N° 330-2016-GG/OSIPTEL, aludida por AMÉRICA MÓVIL en el recurso de apelación, se tiene que dicha empresa alega que a través de la misma, el OSIPTEL indicó que es factible presentar, en el marco de un recurso de reconsideración, *"cualquier medio*

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

*probatorio habilitado por el marco normativo, con la única condición que este sea nuevo y que con su incorporación al procedimiento se pretenda la revisión de alguno de los puntos de la controversia"*.

Con relación a ello, esta instancia reitera que, 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. Cabe agregar que lo indicado ha sido plasmado en el precedente de observancia, aprobado mediante la resolución N° 169-2022-CD/OSIPTEL, el cual fue emitido con posterioridad a la resolución mencionada en el párrafo anterior.

En esa línea, la presentación en el recurso de reconsideración de alegaciones jurídicas que no se relacionan directamente con los hechos del caso en concreto o de documentos ya evaluados con anterioridad, no deberán ser considerados como nuevas pruebas. Justamente, se advierte de lo resuelto por la primera instancia que, los documentos aportados por AMÉRICA MÓVIL en su recurso de reconsideración no cumplían con dicho criterio, tal como se ha desarrollado en el cuadro N° 1.

Por tanto, corresponde desestimar el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, en este extremo.

### 3.2 Sobre los hechos que sustentaron la sanción

AMÉRICA MÓVIL señala que la primera instancia le ha impuesto una multa de 350 UIT por el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso, con la cual no se encuentra de acuerdo, pues los fundamentos de la resolución impugnada se sustentan en hechos referidos a la entrega de contraseña única a través de los mecanismos permitidos vigentes, el cual dista de la conducta imputada por la DFI relacionado al uso de la contraseña única.

Sobre el particular, señala que, mediante la carta de inicio del PAS, la DFI informó que se realizaron treinta y cinco mil ochenta y dos (35 082) transacciones sin el uso de la contraseña única, pues dichos abonados no contaban con una contraseña única que cumpla con las características exigidas por la normativa y ya habían realizado una primera transacción sin usar dicho mecanismo de seguridad, con lo cual sostienen que el PAS se inició por haber realizado transacciones sin usar la contraseña única.

Sin embargo, de la lectura de la resolución impugnada -según la empresa operadora- se apreciaría que los fundamentos de esta se encuentran orientados a la verificación de un incumplimiento distinto de la normativa, debido a que en diferentes extremos de la RESOLUCIÓN 303 se efectúa un análisis respecto de la no entrega de la contraseña única a través de los mecanismos permitidos por la normativa.

Precisan que, en la página 9 de la resolución impugnada, la primera instancia hace alusión al "*procedimiento de entrega de contraseña única por el que se nos impuso una Medida Cautelar, precisando que ningún abonado de CLARO contaba con contraseña única, pues el mecanismo que se contaba para su entrega no estaba*

OSIPTEL TA R. ROJAS
OSIPTEL TA C. ROUILLON

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe\web\validador.xhtml

*aprobado"*. Asimismo, en la página 10 de la resolución referida se indica que *"(…) Si la empresa no cumple con entregar la contraseña única por mecanismos dispuestos en la norma o aprobados por el OSIPTEL no puede pretender que estas contraseñas únicas sean válidas, pues la contravención al marco jurídico no convalida el incumplimiento de la empresa de la contraseña únicas válidas. De lo anterior se desprende que, si bien América Móvil manifiesta que de los 35,082 casos materia de imputación, 6, 045 ya contaba con contraseña única entregada antes del 31 de marzo de 2023, de acuerdo al párrafo precedente, queda establecido que estas contraseñas únicas no eran válidas al no ajustarse a la normativa vigente"*.

Concluyen señalando que, en la página 11 de la RESOLUCIÓN 303 se señala lo siguiente: *"Así las cosas, no se puede advertir que se haya descartado arbitrariamente la existencia de abonados con contraseñas únicas durante el periodo de fiscalización, puesto que AMÉRICA MÓVIL, al haber utilizado un mecanismo no aprobado por el OSIPTEL, no entregó las contraseñas únicas siguiendo la normativa específica, por lo tanto, no pueden ser válidas. Y esto era de conocimiento de la empresa operadora puesto que mediante el precitado Memorando 525-DAPU/2023, la DAPU comunicó a la DFI, entre otros puntos, que aún no había aprobado otros mecanismos para la entrega de contraseña única a AMÉRICA MÓVIL, por lo que la forma de entrega de la contraseña única que venía empleando no se encontraba aprobada por el OSIPTEL"*

De lo expuesto, AMÉRICA MÓVIL señala que se evidenciaría que el sustento brindado por la Gerencia General está referido a la verificación del presunto incumplimiento de la entrega de la contraseña única a través de los mecanismos permitidos en la normativa, no obstante, ello no sería materia de discusión en este caso, sino la verificación del uso de la contraseña única para determinadas transacciones.

Añaden que el análisis realizado por la primera instancia se asemejaría a los fundamentos desarrollados en la resolución N° 120-2023-GG/OSIPTEL[7], en la cual la materia *"Litis"* se centró en la entrega de la contraseña única a través de los mecanismos permitidos por la normativa. De tal forma, sostiene que en este caso se ha llevado a cabo un análisis de sus argumentos bajo la concepción de un incumplimiento distinto al imputado.

En tal sentido, señala que la conducta evaluada y sustentada por la Gerencia General no se subsume en la imputación realizada por la DFI a través de la carta de inicio del PAS, lo que se vulneraria el principio de tipicidad.

Respecto a lo cuestionado por AMÉRICA MÓVIL, debe de indicarse que en este caso, la DFI le imputó el incumplimiento del numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso debido a que habría realizado treinta y cinco mil ochenta y dos (35 082) transacciones sin el uso de la contraseña única, conducta que fue evidenciada debido a que la contraseña única con la que contaban los abonados de dicha empresa no resultaba válida de acuerdo a la normativa vigente.

Cabe agregar que dicho dispositivo indica lo siguiente:

*"**ANEXO 5***

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[7] Anexo 1 de la apelación.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

***MECANISMOS Y PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES***

*(…)*

***3. SOBRE LA VERIFICACIÓN DE IDENTIDAD DE LOS ABONADOS***

*(…)*

***3.4 Contraseña Única***

*Las empresas operadoras del servicio público móvil deben implementar la utilización de una contraseña por parte de sus abonados, la cual permite sustituir la verificación biométrica para realizar cualquier trámite que así lo solicite, salvo para nuevas contrataciones de servicios móviles, cambio de titularidad del servicio móvil y reposición de SIM Card.*

*En el caso de contrataciones de altas nuevas por vías distintas a la presencial, la empresa operadora debe contar con la aprobación previa del OSIPTEL, de conformidad con lo dispuesto en punto 1.2.*

*La empresa operadora debe proporcionar a sus abonados dicha contraseña al momento de la contratación del servicio o en cualquier otro en que su identidad sea validada a través del sistema de verificación biométrica de huella dactilar; o a través del correo electrónico que el abonado haya indicado en dicha oportunidad, en cualquiera de las oficinas o centros de atención de la empresa operadora y los puntos de venta o atención habilitados en virtud a lo dispuesto en el tercer y cuarto párrafo del artículo 8-A del Reglamento de Atención, previamente reportados al OSIPTEL.*

*La empresa operadora podrá habilitar otros mecanismos para hacer efectiva la entrega o recuperación de la contraseña única, previa aprobación del OSIPTEL. La empresa operadora que entregue una contraseña a sus abonados, debe exigir que el abonado modifique dicha contraseña antes de realizar el primer trámite que requiera su uso. Asimismo, debe permitir que el abonado pueda cambiar dicha contraseña las veces que lo requiera.*

*Excepcionalmente, en el caso de nuevas contrataciones, la empresa operadora puede permitir que el abonado obtenga su contraseña única a través del envío de un mensaje de texto al servicio contratado. La entrega o generación de la contraseña a través de este mecanismo estará vigente por un periodo máximo de tres (3) días calendario. En caso el abonado no genere su contraseña única o no modifique la contraseña otorgada por la empresa operadora durante el referido plazo, solo se puede obtener dicha contraseña mediante los mecanismos dispuestos en el tercer párrafo del presente punto.*

*En ningún caso el sistema implementado por la empresa operadora para el cumplimiento de lo dispuesto en el presente artículo, permite que su personal de atención obtenga la contraseña del abonado.*

*La referida contraseña es aplicable para todos los servicios públicos de telecomunicaciones prestados por cada empresa. Asimismo, la empresa operadora no puede establecer diferenciaciones entre sus abonados respecto a los trámites y solicitudes que pueden realizar mediante el uso de esta contraseña.*
*Las empresas operadoras que prestan servicios distintos al servicio público móvil pueden implementar la utilización de esta contraseña.*

*Las empresas operadoras tienen la obligación de comunicar al OSIPTEL, de manera previa a su utilización, los mecanismos que implementen en aplicación del presente artículo, así como los mecanismos de seguridad que son empleados para tales efectos. La empresa operadora debe informar al usuario sobre el uso de la contraseña única, los trámites en los cuales es obligatoria y la forma de recuperación.*

*En el caso de servicios móviles, para la contratación de nuevos servicios, cambio de titularidad y reposición de SIM Card de aquellos abonados que cuentan con contraseña única, de manera adicional a las validaciones de identidad previstas en los artículos 7 y 18, y de los puntos 2.7, 3.1 y 3.2 del presente anexo, se requiere proporcione su contraseña única de forma exitosa."*

Teniendo en cuenta ello, este Tribunal al revisar la resolución impugnada aprecia que la Gerencia General en el numeral 1.1 de dicha resolución determinó que la

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

empresa operadora incumplió el artículo mencionado debido a que realizó treinta y cinco mil ochenta y dos (35 082) transacciones sin el uso de la contraseña única, pues dichos abonados no contaban con una contraseña única que cumpla las características exigidas por la normativa[8].

A mayor abundamiento, se tiene que en distintos apartados de la RESOLUCIÓN 303[9] la primera instancia hizo referencia a que el incumplimiento sancionado se trató de la no utilización de la contraseña única por parte de la empresa operadora en transacciones realizadas por sus abonados, sin hacer mención alguna a la falta de entrega de la contraseña única.

Por lo tanto, se advierte que no existe ninguna discordancia entre la conducta imputada y la conducta que finalmente fue sancionada por la Gerencia General, desvirtuándose con ello alguna vulneración al principio de tipicidad.

Respecto a los argumentos de la RESOLUCIÓN 303 aludidos por la empresa operadora en su recurso, corresponde señalar que resulta importante tener el contexto completo en que los mismos fueron desarrollados por la primera instancia.

Para tal efecto, debe de indicarse que dicha instancia en el numeral 1.3 de la resolución referida analizó los argumentos de la empresa operadora, los mismos que se referían a que sí habían cumplido con entregar las contraseñas únicas con anterioridad al periodo fiscalizado.

Para mayor precisión se advierte que AMÉRICA MÓVIL alegó que seis mil cuarenta y cinco (6 045) casos de los treinta y cinco mil ochenta y dos (35 082) casos imputados ya contaban con una contraseña única entregada antes del 31 de marzo de 2023. Asimismo, habrían entregado diez mil quinientos ochenta y siete (10 587) contraseñas únicas con posterioridad al 31 de marzo de 2023, y existiría un grupo de abonados con contraseñas únicas entregadas bajo el procedimiento aprobado por el OSIPTEL en el 2021.

Considerando dichos argumentos, es que se puede concluir que el análisis plasmado por la Gerencia General, citado por la empresa operadora, en la resolución de sanción ha respondido a las circunstancias aludidas por esta, sin que ello implique que dicho análisis corresponda a un hecho distinto al imputado por la DFI.

Para mayor precisión, se tiene que el hecho imputado se detectó a partir de que se evidenció que la contraseña con la que contaban los abonados de la empresa operadora no cumplían con las características exigidas por la norma, siendo ello cuestionado por la empresa operadora, pues a su criterio, la entrega que habrían realizado resultaba correcta por lo que el número total de casos imputados no era el correcto.

En tal sentido, es que resulta adecuado, y hasta lógico, que lo argumentado por la Gerencia General se encuentre relacionado a la supuesta entrega de la contraseña única efectuada por la empresa, pues lo contrario habría implicado que el acto emitido pudiera contener algún vicio relacionado a su motivación.

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[8] Para mayor detalle se aprecia que la primera instancia efectuó una reseña del incumplimiento evidenciado por el órgano supervisor, detallando la metodología empleada y los resultados que se obtuvieron.
[9] Véase el numeral 2 de dicha resolución al analizar la eximente de subsanación voluntaria, y el numeral 3.1 al analizar los criterios referidos al perjuicio económico y las circunstancias de la infracción.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe\web\validador.xhtml

Sobre la resolución N° 120-2023-GG/OSIPTEL, traída a colación por AMÉRICA MÓVIL, se advierte que tal como dicha empresa indica, corresponde a un caso en el cual la Gerencia General le impuso una sanción por el incumplimiento del artículo 128 del TUO de las Condiciones de Uso[10], no obstante, este tribunal no advierte de que forma dicha resolución sustenta el argumento alegado en este extremo referido a una supuesta discordancia entre la conducta imputada con la conducta sancionada.

Teniendo en cuenta lo indicado en los párrafos anteriores, es que corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

### 3.3 Sobre la motivación de la RESOLUCIÓN 333

AMÉRICA MÓVIL señala que en su recurso de reconsideración presentó tres (3) argumentos referidos a: i) los fundamentos de la RESOLUCIÓN 303 se sustentarían en presuntos hechos relacionados a la entrega de la contraseña única a través de los mecanismo permitidos vigentes, contrariamente al incumplimiento imputado en el presente PAS, ii) la resolución impugnada fue emitida incurriendo en un defecto de motivación pues no dio respuesta a sus alegaciones y iii) se habría configurado un escenario de sustracción de la materia.

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL sostiene que dichos argumentos no habrían sido analizados en la RESOLUCIÓN 333 en la medida que las nuevas pruebas remitidas no se encontraban vinculadas con los hechos del presente caso. Lo mencionado -a criterio de AMÉRICA MÓVIL- contravendría el requisito de validez de motivación de los actos administrativos.

En tal sentido, es que la empresa operadora sostiene que no se brindó una adecuada motivación en la RESOLUCIÓN 333 al no haber ningún pronunciamiento sobre sus argumentos planteados, por lo que solicitan se declare la nulidad de la resolución impugnada al no haberse cumplido con la debida motivación de los actos administrativos.

De lo expuesto por la empresa operadora, se aprecia que cuestiona la falta de pronunciamiento por parte de la primera instancia en la resolución impugnada respecto a los argumentos que planteó en su recurso de reconsideración, referidos a una supuesta discordancia entre la conducta imputada y la conducta sancionada, y a la configuración de la sustracción de la materia en este caso, considerando que cuentan con un mecanismo aprobado por el regulador relacionado con la contraseña única.

Sobre ello, debe de indicarse que, al revisar la resolución impugnada, se advierte que la primera instancia no analizó los argumentos mencionados, debido a que las nuevas pruebas remitidas por AMÉRICA MÓVIL no tenían dicha condición, de tal forma que la empresa no cumplió con el requisito exigido por el TUO de la LPAG, para que se habilite a la primera instancia a pronunciarse sobre su recurso de reconsideración. En efecto, dicha empresa remitió la resolución N° 120-2023-GG/OSIPTEL, el informe N° 083-GSF/2017, la resolución N° 054-2023-CD/OSIPTEL y la sentencia N° 3 como nuevas pruebas, a efectos que la Gerencia General analice los argumentos que había alegado; sin embargo, dicha instancia indicó que las resoluciones, informes y sentencia mencionadas no se encontraban

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[10] Aprobado por la Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias. Actualmente, Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

vinculadas con los hechos de este caso, y el contenido de los mismos no presentan hechos nuevos que modifiquen la situación que acreditó la comisión de la infracción imputada.

Por ello, esta instancia comparte lo sostenido por la primera instancia, pues al revisar los documentos remitidos por AMÉRICA MÓVIL se advierte que efectivamente uno trataba[11] sobre el incumplimiento del artículo 128 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), cuyo contenido citado no guarda relación con el argumento presentado por la empresa mencionada respecto a la discordancia entre la conducta imputada y la conducta sancionada.

Asimismo, el informe remitido[12] únicamente hace referencia de manera general al principio de tipicidad, sin que el mismo se encuentre relacionado a la materia vista en este procedimiento. En esa línea, se tiene que la resolución N° 054-2023-CD/OSIPTEL versa sobre el incumplimiento del artículo 67-B del TUO de las Condiciones de Uso, en el cual la sustracción de la materia se configuró por circunstancias que no se han dado en esta oportunidad.

Adicionalmente, se tiene la sentencia N° 3, emitida por la Segunda Sala Contenciosa Administrativa del Poder Judicial, mediante la cual dicho órgano declaró la nulidad en parte de la resolución N° 244-2023-GG/OSIPTEL[13], en la medida que la Gerencia General omitió emitir pronunciamiento respecto a un argumento de defensa presentado por AMÉRICA MÓVIL, con lo cual el acto emitido incurrió en un defecto de motivación, y con ello en una causal de nulidad prevista en el TUO de la LPAG, situación -que como se verá más adelante- no se ha producido en este caso, pues la primera instancia se pronunció en la resolución de sanción sobre la totalidad de los argumentos presentados.

Considerando lo antes señalado y la naturaleza del recurso de reconsideración, es que la primera instancia no se encontraba habilitada para analizar íntegramente los argumentos planteados por AMÉRICA MÓVIL, con lo cual esta instancia puede concluir que lo señalado por la Gerencia General en la resolución de encauzamiento no ha configurado un defecto de motivación. No se debe perder de vista que, el hecho que dicha empresa operadora discrepe de la evaluación realizada por la instancia referida no significa que la decisión de esta adolezca de un defecto en su motivación.

Por lo tanto, se desestima la solicitud de nulidad de la resolución impugnada formulada por AMÉRICA MÓVIL.

### 3.4 Sobre la motivación de la RESOLUCIÓN 303

AMÉRICA MÓVIL indica que el incumplimiento sancionado recayó en el hecho de no haber usado la contraseña única en treinta y cinco mil ochenta y dos (35 082) transacciones respecto del cual presentó argumentos de defensa en su escrito de descargos, sin embargo, la primera instancia no habría analizado los mismos, pues su análisis se refiere a un incumplimiento distinto al imputado en la carta de inicio referido a la no entrega de la contraseña única a través de mecanismos permitidos en la normativa.

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[11] Referida a la resolución N° 120-2023-GG/OSIPTEL.
[12] Referido al informe N° 083-GSF/2017.
[13] Mediante dicha decisión se confirmó la medida cautelar impuesta a través de la resolución N° 263-2023-DFI/OSIPTEL.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

Precisa que, en el acápite *"Respecto a la supuesta indebida evaluación de los hechos del PAS efectuada por la DFI, los principios de predictibilidad y verdad material"* se evidencia que los hechos y argumentos invocados por la Gerencia General están referidos al análisis de presuntos incumplimientos por no entregar la contraseña única bajo mecanismos aprobados. Incluso respecto a sus argumentos expuestos por no usar la contraseña únicamente se indicó que se encontraba obligada a la implementación de dicha contraseña.

Por lo tanto, solicita la nulidad de la RESOLUCIÓN 303 al haber incurrido en un defecto de motivación.

Respecto lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, y tal como se dijo en el numeral anterior, en el acápite citado por dicha empresa se aprecia que los argumentos presentados se referían principalmente a que habían cumplido con entregar la contraseña única.

Para tal efecto, se tiene que la citada empresa alegó que en seis mil cuarenta y cinco (6045) casos efectuó la entrega de la contraseña única con anterioridad al periodo fiscalizado, asimismo, señaló que luego de dicho periodo también habría cumplido con entregar la contraseña única en diez mil quinientos ochenta y siete (10 587) casos. Considerando ello, es que los argumentos desarrollados por la primera instancia se encontraban referidos a la entrega de la contraseña única, justamente porque dicha circunstancia fue traída a colación por AMÉRICA MÓVIL, señalando que la entrega de estas contraseñas no resultaba valida debido a que fueron efectuadas bajo un mecanismo que no había sido aprobado por el Regulador.

De tal forma, se advierte que la primera instancia, en el acápite citado por AMÉRICA MÓVIL, se pronunció por la totalidad de los argumentos presentados por dicha empresa, siendo que ninguno de ellos se refería a la no entrega de la contraseña única, tal como fue afirmado por esta. Cabe agregar que el hecho que la empresa operadora discrepe de la evaluación realizada por la Gerencia General, no significa que la decisión de esta adolezca de un defecto en su motivación. Por lo tanto, se desestima la solicitud de nulidad de la Resolución Impugnada formulada por la empresa citada.

### 3.5 Sobre la evaluación de los hechos del presente procedimiento

La empresa operadora en su recurso ha indicado que a la fecha no existiría ningún acto administrativo que haya sido emitido por el Regulador que deje sin efecto las contraseñas únicas que entregaron con anterioridad al 31 de marzo de 2023. Incluso, afirma que ha venido cumpliendo con el procedimiento aprobado por la Gerencia General mediante la carta 001-GG/2021.

Adicionalmente, AMÉRICA MÓVIL señala que la medida cautelar invocada por la DFI en el informe de fiscalización N° 00392-DFI/SDF/2023 únicamente ordenó el cese del mecanismo de entrega de contraseñas únicas mediante el aplicativo *"Mi Claro App"* y que se realice la entrega según lo dispuesto en el artículo 128 del TUO de las Condiciones de Uso, sin que se dejara sin efecto las contraseñas que había entregado hasta ese momento.

Considerando ello, la empresa operadora afirma que la DFI no ha analizado la existencia de abonados que ya contaban con una contraseña única para el periodo

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

del 31 de marzo al14 de abril de 2023. Precisan que 6 045 casos de los 35 082 casos imputados ya contaban con una contraseña única entregada antes del 31 de marzo de 2023[14].

En esa línea, la empresa operadora agrega que diez mil quinientos ochenta y siente (10 587) contraseñas únicas fueron generadas con posterioridad al 31 de marzo de 2023, asimismo, afirman que existiría un grupo de abonados con contraseñas entregadas bajo el procedimiento aprobado por la Gerencia General del OSIPTEL en el año 2021.

De otro lado, indican que la medida cautelar empleada por la DFI como sustentó de la imputación, fue posterior al periodo de evaluación de este PAS, con lo cual durante dicho periodo no tenían conocimiento que la medida referida sería impuesta. De tal forma, la empresa operadora señala que siguió empleando el mecanismo de entrega de contraseña única con el que contaban.

Finalmente, sostiene que, el criterio desarrollado en el informe de fiscalización N° 00392-DFI/SDF/2023 que sirve de sustento a la carta de inicio, no es predecible y vulnera el principio de predictibilidad y confianza legítima. Por lo tanto, se demuestra que el análisis realizado por la DFI para disponer el inicio del PAS no se ajusta a lo realmente ocurrido en los hechos. En base a ello, solicita el archivo definitivo del PAS.

Al respecto, debe indicarse -a partir de la revisión de los actuados- que para la verificación del cumplimiento de lo previsto en el numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso la DFI tuvo en cuenta lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Final de la resolución N° 72-2022-CD/OSIPTEL para abordar al grupo de abonados que no obtuvieron la contraseña única hasta el momento en que se efectuó la fiscalización, quienes tenían la posibilidad de realizar por primera y única vez una contratación del servicio móvil, cambio de titularidad o reposición de SIM Card, sin el empleo de la contraseña única.

De tal forma, se tiene que si un abonado ya efectuó una primera transacción sin el uso de la contraseña, no debe realizar una segunda transacción, a menos que previamente genere su contraseña y la use en esta segunda transacción y las demás que realice a futuro.

Teniendo en cuenta ello, el órgano supervisor determinó que únicamente analizaría la casuística relacionada a *"cuando el abonado no cuenta con contraseña única y realiza transacciones adicionales"* en atención a que en la acción de fiscalización del 31 de marzo de 2023 detectó que AMÉRICA MÓVIL usaba el procedimiento de entrega de contraseña única por el cual se le impuso una medida cautelar mediante la resolución N° 263-2023-DFI/OSIPTEL.

En tal sentido, se consideró que durante el periodo del 31 de marzo al 14 de abril de 2023 ningún abonado de la empresa operadora contaba con la contraseña única, pues el mecanismo que venían empleando no se encontraba establecido en la normativa ni había sido aprobado por el OSIPTEL, por lo que estas contraseñas no cumplían con las características exigidas por la normativa vigente.

Con lo cual, si bien la empresa operadora sostiene que no existe algún acto administrativo que deje sin efecto las contraseñas únicas que entregaron con

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[14] La entrega de estas se habría efectuado entre el año 2019 y 2022.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe\web\validador.xhtml

anterioridad al 31 de marzo de 2023, este tribunal comparte lo sostenido por la primera instancia referido a que su incumplimiento a la normativa no puede generar actos válidos. De tal forma, si la empresa no cumple con entregar la contraseña única por mecanismos previstos en la norma o aprobados por el regulador, no puede esperar que estas contraseñas sean válidas, pues la contravención al marco jurídico no convalida el incumplimiento de la empresa operadora en la entrega de la contraseña única.

Considerando ello, a pesar de que AMÉRICA MÓVIL afirma haber entregado 6 045 contraseñas únicas con anterioridad al 31 de marzo de 2023 -respecto de las cuales ha remitido un archivo Excel[15]-, y que luego de dicha fecha efectuó la entrega de 10 587 contraseñas, lo cierto es que de acuerdo a lo señalado previamente estas contraseñas únicas no eran válidas al no ajustarse a la normativa vigente. Debido a ello, corresponde desestimar la solicitud de archivo de los casos referidos formulada por AMÉRICA MÓVIL.

Por otro lado, si bien la empresa operadora menciona un procedimiento aprobado por la Gerencia General, bajo el cual efectuó la entrega de las contraseñas únicas, debe de indicarse que dicho procedimiento fue aprobado en el marco de lo establecido en el numeral 37.3 del artículo 37 del Decreto Supremo N° 07-2019-IN[16]. Por lo tanto, la aprobación de dicho procedimiento se enmarcó en el cumplimiento de otro dispositivo legal, y que no se encuentra referida a la obligación establecida -en ese momento- en el artículo 128 del TUO de las Condiciones de Uso.

En relación a lo indicado por la empresa operadora referido a que sobre la base de la medida cautelar impuesta se le pretende sancionar, la misma que resulta posterior al periodo supervisado, debe señalarse que dicho argumento no resulta cierto, pues no se está analizando la responsabilidad de la empresa operadora en base a lo establecido en la medida cautelar, sino que ésta se tomó como referente para determinar cuáles de las casuísticas se debía evaluar, siendo que la empresa durante el periodo fiscalizado estaba utilizando un mecanismo no válido ni aprobado por el OSIPTEL para la entrega de las contraseñas únicas, con lo cual la empresa operadora no contaba con abonados que tengan la contraseña única que cumplan con las exigencias normativas.

A partir de lo antes señalado, no se advierte que se haya descartado arbitrariamente la existencia de abonados con contraseñas únicas durante el periodo de fiscalización, pues la empresa, al haber utilizado un mecanismo no aprobado por el OSIPTEL, no entregó las contraseñas únicas siguiendo la normativa específica, por lo tanto, no pueden considerarse estas como válidas. No se debe perder de vista que lo mencionado era de conocimiento de la empresa operadora debido a que a través del memorando 525-DAPU/2023[17] la Dirección de Atención y Protección al Usuario comunicó a la DFI que aún no había aprobado otros mecanismos para la entrega de la contraseña única a AMÉRICA MÓVIL, por lo que la forma de entrega que venía empleando dicha empresa no se encontraba aprobada.

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[15] Anexo 4 de la ampliación del recurso.
[16] Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1338, Decreto Legislativo que crea el Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, orientado a la prevención y combate del comercio ilegal de equipos terminales móviles y al fortalecimiento de la seguridad ciudadana.
[17] Obrante en el expediente de fiscalización.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

Asimismo, en ese contexto, la determinación de responsabilidad de la empresa operadora efectuada por la primera instancia se llevó a cabo sobre la base de normas que AMÉRICA MÓVIL ya conocía y por las cuales se encontraba obligada a la implementación del uso de la contraseña única como un mecanismo adicional de seguridad para las transacciones de nuevas contrataciones, cambio de titularidad y reposición de SIM Card.

Por lo tanto, este colegiado concluye que el criterio desarrollado por la DFI, el cual fue adoptado por la Gerencia General, no vulnera el principio de predictibilidad, toda vez que lo decidido por la instancia referida ha sido congruente con las expectativas legitimas del administrado razonablemente generadas por la práctica y las obligaciones referidas a la implementación del uso de la contraseña única como mecanismo adicional de seguridad, en tal sentido, corresponde desestimar lo alegado por la empresa operadora en este extremo.

### 3.6 Sobre la sustracción de la materia

AMÉRICA MÓVIL señala que el Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al TUO de la LAPG, establece en su artículo 321 que *"concluye el proceso sin declaración sobre el fondo, cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional"*, lo cual que sería aplicable a los procedimientos administrativos seguidos por OSIPTEL.

Por lo tanto, considerando que sí contarían con un mecanismo aprobado por el Regulador para la entrega de la contraseña única, -supuesto que señala ha sido confirmado por la primera instancia para imponer la sanción impuesta-, es que se habría configurado la sustracción de la materia, al haber desaparecido la razón, materia y objeto que sustentó el inicio de este procedimiento.

Afirman que el Consejo Directivo ha desarrollado este criterio mediante la resolución N° 054-2023-CD/OSIPTEL[18], en la cual indicó que carecía de objeto continuar con un procedimiento sancionador al haberse declarado la nulidad de oficio de determinado acto.

Adicionalmente, indican que la Segunda Sala Contenciosa Administrativa del Poder Judicial resolvió declarar la nulidad en parte de la resolución N° 244-2023-GG/OSIPTEL, mediante la sentencia N° 3[19], que confirmó la medida cautelar impuesta en contra de la empresa operadora a través de la cual se ordenó el cese de empleo del mecanismo de entrega de la contraseña única a sus abonados mediante el aplicativo *"Mi Claro App"*. Agregan que en dicha oportunidad, el poder judicial señaló que la resolución referida no habría fundamentado cual sería la afectación de los abonados en utilizar el mecanismo que habían implementado para la entrega de la contraseña única.

Sostienen que en este procedimiento el incumplimiento en contar con un mecanismo aprobado por el regulador ha sustentado la sanción impuesta por la Gerencia General, no obstante, dicho órgano no ha motivado la afectación de los abonados por no utilizar la contraseña única, habiéndose configurado una causal de nulidad por falta de motivación de los actos administrativos.

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[18] Anexo 3 de la apelación.
[19] Anexo 4 de la apelación.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

Por lo tanto, solicita que se declare la sustracción de la materia y se archive el PAS, o en su defecto, la nulidad de la resolución impugnada por los motivos mencionados.

Sobre el particular, cabe indicar que el TUO de la LPAG no regula expresamente la figura de la sustracción de la materia; sin embargo, el numeral 197.2 del artículo 197 de la norma precitada, establece que, pondrá fin al procedimiento la resolución que así lo declare por causas sobrevenidas que determinen la imposibilidad de continuarlo.

Ahora bien, el artículo VIII del Título Preliminar del TUO de la LPAG preceptúa que: "*Las autoridades administrativas no podrán dejan de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto, a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad"*.

Por su parte, la Primera Disposición Complementaria y Final del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil precisa que las disposiciones de dicho Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.

En ese sentido, el numeral 1 del artículo 321 del Código Procesal Civil establece que: *"Concluye el proceso sin declaración sobre el fondo, cuando se sustrae la pretensión del ámbito jurisdiccional"*, por lo que, dicha norma resulta plenamente aplicable en los procedimientos administrativos por su naturaleza y finalidad administrativa.

Habiendo hecho esta precisión, corresponde ahora verificar si es que la sustracción de la materia se ha configurado o no en el presente PAS.

Al respecto, al revisar los actuados del presente expediente, se advierte que durante el periodo fiscalizado -comprendido del 31 de marzo al 14 de abril de 2023- se verificó que la empresa operadora realizó treinta y cinco mil ochenta y dos (35 082) transacciones sin el uso de la contraseña única, toda vez que dichos abonados no contaban con una contraseña única que cumpla con las características exigidas por la normativa, hecho que sustentó la sanción impuesta por la primera instancia.

Dicho eso, debe tenerse en cuenta que el contar con un mecanismo aprobado por el OSIPTEL para la entrega de la contraseña únicas es una de las obligaciones establecidas en el numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso, pero no es la única, puesto que, no solo las empresas operadoras deben contar con un mecanismo aprobado que permita su utilización, sino que deben de verificar que dicha contraseña sea utilizada por sus abonados al realizar distintas transacciones en que la identidad de estos sea validada.

En tal sentido, el hecho que la empresa operadora cuente con un mecanismo aprobado por el OSIPTEL para la entrega de la contraseña única no enerva ni exime de su responsabilidad por el incumplimiento sancionado, pues durante el periodo fiscalizado -comprendido del 31 de marzo al 14 de abril de 2023- se verificó que AMERÍCA MÓVIL no utilizó la contraseña única para 35 082 transacciones realizadas por sus abonados, siendo que la aprobación del mecanismo referido fue

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe\web\validador.xhtml

realizada con posterioridad al periodo referido[20].

Por lo tanto, en el presente caso, no se ha producido un supuesto de sustracción de la materia, toda vez que no ha desaparecido la razón, materia u objeto del presente procedimiento, esto es, los incumplimientos detectados por la DFI, lo cual ha sido debidamente detallado en el numeral 1.1 de la RESOLUCIÓN 303.

En relación a la resolución N° 054-2023-CD/OSIPTEL, traída a colación por la empresa operadora, debe indicarse que mediante esta el Consejo Directivo declaró improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la resolución N° 429-2022-GG/OSIPTEL, toda vez que mediante la resolución N° 015-2023-CD/OSIPTEL se declaró la nulidad de oficio de las resoluciones N° 389-2022-GG/OSIPTEL y N° 429-2022-GG/OSIPTEL, por lo que habría operado la sustracción de la materia al haber desaparecido la razón, materia u objeto de dicho procedimiento, careciendo de objeto pronunciarse y continuar con el mismo.

De esta forma, se advierte que lo desarrollado en dicho caso no resulta extensible a este en la medida que la imputación formulada por la DFI no se encuentra constituida por no contar con un mecanismo de entrega de contraseña única aprobado por el OSIPTEL, con lo cual, el hecho que AMÉRICA MÓVIL cuente con dicho mecanismo no configura un escenario de sustracción de la materia.

Respecto al argumento restante, debe indicarse que efectivamente la Segunda Sala Contenciosa Administrativa del Poder Judicial declaró la nulidad en parte de la resolución N° 244-2023-GG/OSIPTEL[21], no obstante, dicha decisión no se sustentó en una falta de precisión- por parte de la Gerencia General- en la afectación a los usuarios por la utilización del mecanismo que AMÉRICA MÓVIL venía empleando, sino en que el órgano referido omitió emitir pronunciamiento respecto a un argumento de defensa presentado por la empresa citada, con lo cual el acto emitido incurrió en un defecto de motivación, y con ello en una causal de nulidad prevista en el TUO de la LPAG.

Hecha esa precisión, debe indicarse que la sentencia del órgano jurisdiccional, aludida por AMÉRICA MÓVIL, no influye de ninguna forma en los hechos imputados y sancionados en este procedimiento, pues el mismo no versa sobre el incumplimiento de la medida cautelar impuesta a través de la resolución N° 263-2023-DFI/OSIPTEL, sino sobre la no utilización de la contraseña única en 35 082 transacciones realizadas por sus abonados.

Sin perjuicio de lo indicado, este tribunal al revisar la resolución impugnada advierte que efectivamente la primera instancia ha precisado la afectación del incumplimiento sancionado a los abonados del servicio público móvil. En efecto, en el numeral 3.2 de la RESOLUCIÓN 303 al analizar el atenuante de reversión de efectos se tiene que la Gerencia General señaló que el incumplimiento sancionado puede poner en una situación de indefensión a los abonados, toda vez que les impidió contar con una herramienta de seguridad adicional a las ya existentes en la normativa, desvirtuándose de tal forma lo alegado por la empresa operadora.

De acuerdo con lo desarrollado en los párrafos anteriores, corresponde desestimar los argumentos presentados por AMÉRICA MÓVIL en este extremo.

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

[20] De acuerdo a lo indicado en la RESOLUCIÓN 303, dicha aprobación fue realizada el 15 de mayo de 2023.
[21] Mediante dicha decisión se confirmó la medida cautelar impuesta a través de la resolución N° 263-2023-DFI/OSIPTEL.

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

### 3.7 Sobre la retroactividad benigna

AMÉRICA MÓVIL indica que el 14 de marzo de 2024 se publicó la resolución N° 61-2024-CD/OSIPTEL mediante la cual se modificó el numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso. En dicha modificación se incluyó, como un mecanismo de entrega de contraseña única, la remisión de un enlace que direccione al abonado al sitio web o plataforma que permita su generación directa. De tal forma, dicha forma de entrega de la contraseña única habría dejado de ser un mecanismo no regulado cuya utilización involucre una conducta pasible de generar un PAS.

En tal sentido, la empresa operadora solicita se efectué un juicio de favorabilidad entre la obligación establecida en la Norma de las Condiciones de Uso y la modificación efectuada a través de la resolución N° 61-2024-CD/OSIPTEL a efectos de verificar cuál es el efecto que la norma posterior tendrá en la esfera subjetiva del administrado.

Al respecto, es importante señalar que, de acuerdo con el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, resultan aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento en que el administrado incurre en la conducta a sancionar.

No obstante, dicho enunciado contiene una excepción y es que, si hubiere una norma posterior vigente, que, integralmente considerada, fuere más favorable al administrado, debe serle aplicada. En tal sentido, si luego de la comisión del ilícito administrativo, en los términos de la norma preexistente, se produce una modificación legislativa, y la nueva norma es, en su consideración integral, más benigna para el administrado, entonces deberá ser dicha normativa aplicada al caso por serle más favorable o benigna, pese a no haber regido al momento en que se ejecutó el ilícito administrativo.

En virtud de lo señalado, en este caso en particular, se tiene que la Primera Disposición Complementaria Final de la resolución N° 61-2024-CD/OSIPTEL, dispuso que la modificación al numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso entraba en vigencia de la siguiente manera:

> ***Primera.- Vigencia***
>
> *Las disposiciones de la presente norma entran en vigencia a partir del inicio de la tercera fase del RENTESEG, con excepción de:*
>
> - *El numeral 3.4 del Anexo 5, el cual entra en vigencia a los seis (6) meses de publicada la presente norma en el diario oficial El Peruano, y*
> - *El numeral 3.3 del Anexo 5, el cual entra en vigencia el primer día hábil del mes de enero de 2025.*

En ese sentido, se tiene que la resolución N° 61-2024-CD/OSIPTEL mediante la cual se aprobó la modificación al numeral 3.3 del anexo 5 de la Norma de las Condiciones de Uso fue publicada en el Diario Oficial El Peruano, el 14 marzo del 2024, sin embargo, de acuerdo con su Primera Disposición Complementaria Final, si bien dicha norma ha sido debidamente publicada, se ha diferido su entrada en vigencia. Por lo tanto, al no encontrarse vigente la modificación aludida por AMÉRICA MÓVIL, no corresponde efectuar algún análisis referido a la retroactividad benigna en este caso en concreto.

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

En aplicación de las funciones previstas en el literal a) del artículo 25-B de la Sección

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6

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:\\apps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml

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.-** DESESTIMAR la solicitud de nulidad presentada por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

**Artículo 2.-** Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 0303-2024-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, confirmar todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

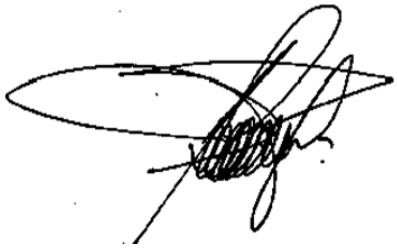
**Artículo 3.-** Notificar la presente resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

**Artículo 4-** Disponer la publicación de la presente resolución en el portal web institucional: www.osiptel.gob.pe, en conjunto con la resolución N° 0303-2024-GG/OSIPTEL.

**Artículo 5.-** Poner en conocimiento de la Oficina de Administración y Finanzas la presente Resolución, para los fines respectivos.

Regístrese y comuníquese,

Con el voto favorable de los miembros del Tribunal de Apelaciones del OSIPTEL: Gustavo Nilo Rivera Ferreyros, Renzo Rojas Jiménez y Carlos Antonio Rouillon Gallangos; en la Sesión N° 025-2024 del 30 de octubre de 2024.



Firmado digitalmente por: RIVERA FERREYROS Gustavo Nilo FAU 20216072155 soft

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

OSIPTEL TA R. ROJAS

OSIPTEL TA C. ROUILLON

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.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento Clave: 22H662(0q)s1W6