

Anexo	Resolución	Argumento de TELEFÓNICA	Análisis
Anexo 7	Resolución N° 100-2018-CD/OSIPTTEL (Exp. N° 024-2017/TRASU/ST-PAS)	El Consejo Directivo revocó la sanción impuesta por la Primera Instancia, porque este órgano no analizó la posibilidad de imponer una medida menos gravosa, como una medida correctiva.	Dicho medio probatorio debe ser desestimado, en tanto la resolución impugnada sí analiza y desvirtúa la imposición de una medida menos gravosa, como es el caso de la medida correctiva (páginas 15 y 16 de la Resolución N° 371-2023-GG/OSIPTTEL). Además, la Resolución N° 100-2018-CD/OSIPTTEL tampoco resulta pertinente, en tanto analiza una infracción diferente, en este caso, la presentación de información inexacta durante la tramitación de un procedimiento de reclamo.
Anexo 8	Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTTEL (Expediente N° 024-2016-GG-GFS/PAS)	El Consejo Directivo revocó la sanción impuesta por la Primera Instancia, porque este órgano no analizó la posibilidad de imponer una medida menos gravosa, como una medida correctiva.	Dicho medio probatorio debe ser desestimado, en tanto la resolución impugnada sí analiza y desvirtúa la imposición de una medida menos gravosa, como es el caso de la medida correctiva (páginas 15 y 16 de la Resolución N° 371-2023-GG/OSIPTTEL). Además, la Resolución N° 047-2018-CD/OSIPTTEL tampoco resulta pertinente, en tanto analiza una infracción diferente, en este caso, la falta de entrega de información en los plazos previstos.

De lo expuesto, queda claro que ninguna de las resoluciones ofrecidas por TELEFÓNICA resulta de aplicación al presente PAS, motivo por el cual carecen de mérito para desvirtuar la sanción impuesta a través de la Resolución N° 371-2023-GG/OSIPTTEL.

Finalmente, toda vez que dicho acto administrativo ha motivado que el inicio del PAS e imposición de la sanción a TELEFÓNICA superan el Test de Razonabilidad luego de desarrollar los juicios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, se concluye que no se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, como manifiesta TELEFÓNICA.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del Artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTTEL en su Sesión N° 973 de fecha 13 de febrero 2024.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 371-2023-GG/OSIPTTEL y, en consecuencia, CONFIRMAR todos sus extremos.

Artículo 2.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

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

(ii) La notificación de la presente Resolución y el Informe N° 051-OAJ/2024 a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.;

(iii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 051-OAJ/2024 y la Resolución N° 371-2023-GG/OSIPTTEL, en el portal web institucional: www.osiptel.gob.pe; y,

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

Regístrese y comuníquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo
Consejo Directivo

¹ Resolución emitida en el Expediente N° 00009-2021-GG-DFI/CAUTELAR, confirmada con Resolución N° 405-2021-GG/OSIPTTEL de fecha 22 de octubre de 2021.

² Aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias.

³ Según el artículo 2 de la Resolución 374.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

⁵ "Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

3. Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.(...)"

⁶ "Artículo 223.- Error en la calificación

El error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación siempre que del escrito se deduzca su verdadero carácter."

⁷ **Normas Complementarias del RENTESEG**

FTPS: (referido como FTP sobre TLS) es un nombre usado para abarcar un número de formas en las cuales el software FTP puede realizar transferencias de ficheros seguras. Cada forma conlleva el uso de una capa TLS debajo del protocolo estándar FTP para cifrar los canales de control y/o datos.

2263335-1

Declaran infundado recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00048-2024-CD/OSIPTTEL

Lima, 16 de febrero de 2024

EXPEDIENTE N°	: 010-2023-GG-DFI/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO	: AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL,

(ii) El Informe N° 023-OAJ/2024 del 20 de enero de 2024, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 010-2023-GG-DFI/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.1. La Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI), mediante el artículo primero de la

Resolución N° 602-2022-DFI/OSIPTTEL, notificada el 23 de noviembre de 2022, impuso una Medida Cautelar a AMÉRICA MÓVIL en los siguientes términos:

(...)

SE RESUELVE:

(...)

Artículo Primero.- IMPONER una Medida Cautelar a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.; y, en consecuencia, en atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, ORDENAR que la empresa operadora proceda con lo siguiente:

(i) En el plazo máximo de diez (10) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de notificada la Resolución que imponga la medida cautelar, AMÉRICA MÓVIL realice todas las acciones necesarias para que se integre el SDK móvil provisto por el OSIPTTEL mediante carta N° 02258-DFI/2022, de manera remota, en el aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro", en al menos el cincuenta por ciento (50%) de smartphones que utilicen el sistema operativo "Android" y que tengan instalado dicho aplicativo, conforme a lo dispuesto en el inciso d) del artículo 4° de la Norma Técnica.

(ii) En el plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de culminado el plazo indicado en el literal precedente, AMÉRICA MÓVIL deberá acreditar el cumplimiento de lo indicado en el literal precedente, mediante documentación de sustento que valide que ha realizado al menos: i) las pruebas solicitadas por OSIPTTEL mediante correo electrónico del 29/09/2022, lo cual incluye coordinaciones técnicas que sean necesarias para la ejecución de dichas pruebas con el OSIPTTEL y la empresa CLEARTECH LTDA y, ii) la ejecución de la integración del SDK Móvil en su aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro" y su publicación en el Play Store de Google.

(iii) En el plazo máximo de cinco (5) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de notificada la Resolución que imponga la medida cautelar, AMÉRICA MÓVIL deberá remitir la información solicitada por el OSIPTTEL mediante comunicación C.02258-DFI/2022, referida a la cantidad de smartphones que tienen instalado el aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro", de acuerdo con el Anexo 2 de dicha comunicación.

Artículo Segundo.- El incumplimiento por parte de AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. de lo dispuesto en el Artículo Primero de la presente Resolución, constituirá infracción según se dispone en el artículo 28° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias, cuya calificación según se dispone en la Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTTEL, que aprobó la "Norma que establece el Régimen de Calificación de Infracciones", será efectuada acorde a la escala prevista en el artículo 25° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL y, en función al nivel de la multa estimada en la aplicación de la "Metodología para el Cálculo de Multas" aprobada mediante Resolución N° 00229-2021- CD/OSIPTTEL, y según el tipo de sanción que corresponda, de acuerdo con los argumentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(...)"

1.2. Mediante carta N° 183-DFI/2023 notificada el 25 de enero de 2023, la DFI comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 28 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹ (en adelante, RGIS), al haber incumplido con la Medida Cautelar impuesta por el artículo primero de la Resolución N° 602-2022-DFI/OSIPTTEL, calificándose dicho incumplimiento como muy grave².

1.3. A través de la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL, notificada el 17 de octubre de 2023, la Primera Instancia resolvió sancionar a AMÉRICA MÓVIL con una multa de 350 UIT, al haber incumplido las obligaciones

contenidas en los numerales (i) y (iii) de la Medida Cautelar impuesta por el artículo primero de la Resolución N° 602-2022-DFI/OSIPTTEL y, por tanto, incurrido en la infracción muy grave tipificada en el artículo 28 del RGIS.

Adicionalmente, dicha resolución dispuso -en su artículo 1- el ARCHIVO de la imputación por el incumplimiento del artículo 28 del RGIS en el extremo de la obligación contenida en el numeral (ii) del artículo primero de la Resolución N° 602-2022-DFI/OSIPTTEL.

1.4. El 8 de noviembre de 2023, mediante la carta N° DMR/CE/N°3197/23, dicha empresa operadora interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL.

1.5. Mediante Resolución N° 386-2023-GG/OSIPTTEL, notificada el 20 de noviembre de 2023, la Primera Instancia dispuso: i) encauzar de oficio dicho recurso a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación y, que ii) el Expediente N° 10-2023-GG-DFI/PAS sea elevado al Consejo Directivo del Osiptel, en su calidad de Segunda Instancia Administrativa.

1.6. Mediante Memorando N° 423-GG/2023 del 20 de noviembre de 2023, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el recurso interpuesto por AMÉRICA MÓVIL.

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 General³ (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.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 Sobre el numeral (iii) del artículo primero de la Medida Cautelar

Las obligaciones objeto de la Medida Cautelar cuyo cumplimiento es analizado en el presente PAS, son las siguientes:

"Artículo Primero.- IMPONER una Medida Cautelar a AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.; y, en consecuencia, en atención a los fundamentos expuestos en la presente resolución, ORDENAR que la empresa operadora proceda con lo siguiente:

(i) En el plazo máximo de diez (10) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de notificada la Resolución que imponga la medida cautelar, AMÉRICA MÓVIL realice todas las acciones necesarias para que se integre el SDK móvil provisto por el OSIPTTEL mediante carta N° 02258-DFI/2022, de manera remota, en el aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro", en al menos el cincuenta por ciento (50%) de smartphones que utilicen el sistema operativo "Android" y que tengan instalado dicho aplicativo, conforme a lo dispuesto en el inciso d) del artículo 4° de la Norma Técnica.

(ii) En el plazo máximo de dos (2) días hábiles contados desde el día siguiente de culminado el plazo indicado en el literal precedente, AMÉRICA MÓVIL deberá acreditar el cumplimiento de lo indicado en el literal precedente, mediante documentación de sustento que valide que ha realizado al menos: i) las pruebas solicitadas por OSIPTTEL mediante correo electrónico del 29/09/2022, lo cual incluye coordinaciones técnicas que sean necesarias para la ejecución de dichas pruebas con el OSIPTTEL y la empresa CLEARTECH LTDA y, ii) la ejecución de la integración del SDK Móvil en su aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro" y su publicación en el Play Store de Google.

(iii) En el plazo máximo de cinco (5) días hábiles computados a partir del día hábil siguiente de notificada la Resolución que imponga la medida cautelar, AMÉRICA MÓVIL deberá remitir la información solicitada por el OSIPTTEL mediante comunicación C.02258-DFI/2022, referida a la cantidad de smartphones que tienen instalado el aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro", de acuerdo con el Anexo 2 de dicha comunicación."

Así, se advierte que, en la medida que - en la acción de fiscalización realizada el 27 de diciembre de 2022- se verificó el incumplimiento de la obligación contenida en el numeral (i), dicha situación tuvo un impacto directo en la obligación dispuesta en el numeral (ii) referida a la acreditación del cumplimiento del numeral (i) de la Medida Cautelar, esto es, las acciones necesarias para integrar el SDK móvil provisto por este Organismo a que se refiere la carta N° 2258-DFI/2022 (instalación, en el 50% de smartphones de su planta con sistema operativo Android, el SDK móvil provisto por el Osiptel).

Por tal motivo, este Consejo Directivo coincide con la Primera Instancia en que correspondía el archivo de este extremo, en tanto el cumplimiento o no de la obligación establecida en el numeral (i) de la Medida Cautelar incide directamente en el cumplimiento de la obligación contenida en el numeral (ii). Lo expuesto dista de lo argumentado por la empresa operadora en cuanto a la solicitud de archivo del PAS a que se refiere el numeral (iii) de la Medida Cautelar.

No se debe perder de vista que lo establecido en el numeral (iii) de la Medida Cautelar está vinculado específicamente a una obligación de remisión de información solicitada mediante carta N° 2258-DFI/2022, es decir, aquella referente a la cantidad de smartphones que tenían instalado el aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro". Es así que, se advierte que, dicha obligación es de distinta naturaleza que aquella contenida en el numeral (i) de la Medida Cautelar, la cual, valga el énfasis, estaba vinculada a la ejecución de las acciones necesarias para la instalación de la herramienta de medición que había sido provista por este Organismo mediante carta N° 2258-DFI/2022 (mediante la integración del SDK móvil) de manera remota en el aplicativo de gestión de usuarios "Mi Claro", en -al menos- el 50% de smartphones que utilizasen el aplicativo "Android" y que tuviesen instalado dicho aplicativo, conforme a lo dispuesto en el inciso d) del artículo 4 de la Norma Técnica.

Adicionalmente, conforme a lo expuesto por la Primera Instancia, si bien ambas obligaciones, que tenían fechas de vencimiento distintas⁴, podrían estar relacionadas, en tanto forman parte de la misma Medida Cautelar, vienen a ser, cada una, obligaciones perfectamente diferenciables; toda vez que, el hecho de que la empresa operadora haya decidido no instalar la herramienta de medición (SDK Móvil) no impacta en la exigibilidad del cumplimiento de la obligación de entrega de información establecida en el numeral (iii) de la Medida Cautelar.

Ahora bien, contrariamente a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, el presente PAS versa sobre el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la Medida Cautelar impuesta mediante el artículo primero de la Resolución N° 602-2022-DFI/OSIPTTEL, siendo que dicha medida administrativa deriva del incumplimiento previo (i) de lo solicitado por el Osiptel, en virtud de la Norma Técnica y (ii) del requerimiento de información efectuado mediante la carta N° 2258-DFI/2022, cuyo contenido estuvo dirigido a la implementación del Sistema de medición automatizado para la verificación de la calidad del servicio de acceso a internet.

Es así que, estos incumplimientos fueron materia de análisis del procedimiento principal seguido bajo el Expediente N° 166-2022-GG-DFI/PAS referido a la implementación del SDK Móvil, en los plazos y términos establecidos en la Norma Técnica, cuyas disposiciones fueron materializadas a través de la carta N° 2258-DFI/2022.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de AMÉRICA MÓVIL formulados en este extremo de su Recurso de Apelación.

3.2 Sobre el acceso remoto a través del SDK móvil y las normas de fiscalización del TUO de la LPAG

Resulta menester recordar que el TUO de la LPAG reconoce la posibilidad de que se establezcan, conforme a las potestades de las entidades, procedimientos especiales. Por ello, y respecto al ejercicio de la actividad de fiscalización, ha señalado en el inciso 8 del numeral 240.2 de su artículo 240, que la Administración Pública detenta las facultades que establezcan las leyes especiales.

Aunado a ello, la Ley Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, Ley N° 27336 (en adelante, LDFF), establece en su artículo 9, la posibilidad de

establecer, mediante Resolución de Consejo Directivo, procedimientos especiales de supervisión que coadyuven al ejercicio de dicha facultad por parte del regulador:

"Artículo 9.- Procedimientos especiales

OSIPTTEL podrá establecer procedimientos especiales de supervisión cuando lo considere conveniente para facilitar el desarrollo de sus acciones supervisoras. Tales procedimientos deben estar enmarcados en las disposiciones contenidas en la presente Ley y deben ser aprobados por Resolución del Consejo Directivo de OSIPTTEL, sin perjuicio del procedimiento general que deberá aprobar el Consejo Directivo de dicho organismo y que será de aplicación supletoria."

En mérito a ello, el Reglamento General de Fiscalización del Osiptel, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL y modificatorias, establece en su artículo 25-A⁵ la posibilidad de que el órgano competente realice fiscalizaciones en tiempo real, con el fin de acceder a los sistemas de las entidades fiscalizadas, utilizando conexiones remotas.

En el presente caso, tal como se ha detallado en la resolución impugnada, la DFI procedió, de conformidad con el Principio de Discrecionalidad que guía los procedimientos de fiscalización del Osiptel, a recopilar las mediciones automatizadas a través de un acta de levantamiento de información, que se encuentra anexada al Informe N° 012-DFI/2023 (Informe de Supervisión), y que representa un mecanismo de acción de supervisión que, de acuerdo con el artículo 25 del citado Reglamento⁶, no exige la citación previa y, en consecuencia, la presencia del administrado.

No obstante, las características especiales de este mecanismo de fiscalización, ello no significa que se desconozcan las garantías que amparan a la empresa fiscalizada, y que podrían causarle un estado de indefensión. Por el contrario, conserva el derecho de acceso al expediente de supervisión en cualquier momento del procedimiento, y de solicitar copias de los actuados.

Asimismo, en el supuesto de que dicha acción de fiscalización diera inicio a un PAS, el administrado cuenta con todo el haz de derechos que garantiza el Principio del Debido Procedimiento, presente en el numeral 1.2. del inciso 1 del Artículo IV del TUO de la LPAG⁷, entre ellos, ser notificado con la imputación de cargos -donde se indique de manera clara los actos u omisiones imputados-, así como poder presentar sus descargos a los mismos.

En ese sentido, al no vulnerarse en el procedimiento especial de fiscalización del Osiptel las garantías mínimas de los administrados previstas en el TUO de la LPAG, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

3.3 Sobre la presunta vulneración a la normativa de protección de datos personales y secreto de las comunicaciones

Este Consejo Directivo coincide con lo expuesto por la Primera Instancia, en tanto el presente PAS no constituye una vía procedimental idónea para cuestionar que una norma reglamentaria - en el presente caso, la Norma Técnica de implementación del SDK Móvil- vulnere los requerimientos mínimos de tratamiento y protección de datos personales de sus usuarios móviles.

En ese sentido se pronunció el Consejo Directivo en la Resolución N° 163-2023-CD/OSIPTTEL⁸, que indica respecto a la impugnación de AMÉRICA MÓVIL contra la Norma Técnica lo siguiente:

"Al respecto, cabe mencionar que a través de un PAS se materializa la potestad sancionadora de la Administración Pública, siendo que la finalidad del mismo es la punitiva (disposición de una sanción) -entendida como el hecho de que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública- que tiene dos efectos: el represivo y el disuasivo.

En ese sentido, este Consejo Directivo considera que lo alegado por AMÉRICA MÓVIL no corresponde

ser materia de análisis del presente PAS (el cual versa específicamente sobre dos conductas constitutivas de infracción debidamente tipificadas en sus respectivas normas); siendo que, un PAS no es la vía idónea para dilucidar tal asunto.

Por lo antes señalado, no resulta pertinente que este Consejo, en su calidad de última instancia administrativa, emita pronunciamiento respecto de tal extremo.”

Como lo menciona la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTEL, no se debe perder de vista que el presente PAS versa sobre la evaluación de la responsabilidad administrativa de la empresa operadora por el incumplimiento de la Medida Cautelar, por lo cual el razonamiento de la decisión debe seguir esa línea argumentativa.

Por lo expuesto, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

4.4. Sobre la razonabilidad del presente procedimiento

Es importante señalar que la Primera Instancia, a través de la resolución impugnada y a la luz del Principio de Razonabilidad, cumplió con analizar la necesidad del inicio del PAS, así como cada criterio para la graduación de las sanciones que establece el TUO de la LPAG, que determinó la imposición de una sanción de multa y no de una amonestación o medida distinta; por tanto, el hecho de que AMÉRICA MÓVIL discrepe de dicha evaluación, no significa que el precitado acto administrativo no cumpla con los parámetros del Test de Razonabilidad.

Es así que, respecto del juicio de necesidad, se evaluaron las posibilidades de aplicar una medida que fuese menos lesiva para AMÉRICA MÓVIL, entre ellas se justificaron adecuadamente las razones para no adoptar medidas como la Alerta Preventiva, que prevé el artículo 30 del Reglamento General de Fiscalización.

Sobre ello, se indicó que la medida mencionada no supone una aplicación automática, sino que se aplicará de manera discrecional teniendo en cuenta las particularidades del caso. Tan es así que, en virtud de la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos, relacionados tanto con la función supervisora del Osiptel, como con el derecho de los usuarios a contar con un servicio a acceso a internet móvil de acuerdo a las condiciones contratadas y a los estándares mínimos previstos en el Reglamento de Calidad, se decidió el inicio de un PAS, sin que esto suponga la adopción de un enfoque meramente punitivo que desconozca el principio de regulación responsiva.

Asimismo, respecto del medio probatorio presentado, materializado en el Anexo A del Recurso interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, este contiene normativa emitida por el OSINERGMIN⁹ referida a la etapa de fiscalización en el sector de energía, por lo que no representa una norma, criterio o estándar aplicable al presente procedimiento sancionador. En ese sentido, consideramos carente de sustento la argumentación expuesta por la empresa operadora al respecto.

Por lo expuesto, considerando que se ha cumplido con verificar la aplicación de los criterios correspondientes al Principio de Razonabilidad en el presente PAS, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

4.5. Sobre la presunta vulneración al Principio Non bis in idem

En los pronunciamientos invocados por AMÉRICA MÓVIL contenidos en las Resoluciones N° 088-2023-GG/OSIPTEL y N° 163-2023-CD/OSIPTEL -emitidas en el marco del PAS seguido bajo el Expediente N° 166-2022-GG-DFI/PAS, el regulador sancionó a dicha empresa operadora por incumplimientos a la Norma Técnica y al RGIS, las cuales se encuentran diferenciadas con aquellas obligaciones cuyo cumplimiento fue ordenado mediante la Medida Cautelar, conforme se aprecia en la siguiente tabla de incumplimientos de dicho expediente sancionador:

Cuadro comparativo de los Expedientes N° 166-2022-GG-DFI/PAS y N° 00010-2023-GG-DFI/PAS

Expediente	Conducta	Tipificación
00166-2022-GG-DFI/PAS	Incumplió con el inciso d. del artículo 4 de la Norma Técnica, al no implementar la herramienta de medición automatizada a través de la instalación del aplicativo “SDK Móvil” para la plataforma Android.	Artículo 5 de la Norma Técnica
	Incumplió con enviar la información requerida mediante la Carta N° 2474-DFI/2022, calificada de obligatoria y en el plazo perentorio fijado para su entrega.	Artículo 7 del RGIS
00010-2023-GG-DFI/PAS	Incumplió con el numeral (i) del artículo Primero de la Medida Cautelar, al no instalar en el 50% de Smartphones de su planta, con sistema operativo Android, el SDK Móvil provisto por el Osiptel en su aplicativo de gestión de usuarios.	Artículo 28 del RGIS
	Incumplió con el numeral (iii) del artículo Primero de la Medida Cautelar, al no remitir la información solicitada con la carta N° 2258-DFI/2022.	

Del cuadro anterior puede apreciarse que los incumplimientos sancionados en ambos procedimientos son distintos, en tanto en el presente PAS se sanciona el incumplimiento de la Medida Cautelar, infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS. Ahora bien, es necesario recordar que, de acuerdo a la Norma Técnica, la empresa operadora tuvo un plazo -que venció el 5 de noviembre de 2022¹⁰- para instalar el SDK Móvil en el aplicativo de gestión de usuarios “Mi Claro”, siendo que, al incumplir el referido plazo, el Osiptel emitió una nueva orden a través de la Medida Cautelar, para que AMÉRICA MÓVIL cumpliera aquella obligación, y así evitar mayores daños a los usuarios, obligación nueva cuyo plazo venció el 7 de diciembre de 2022.

En consecuencia, quedan descartadas cualesquiera vulneraciones a los Principios de Debido Procedimiento, Non bis in idem, y, por ende, no corresponde pronunciarse sobre la solicitud de nulidad de AMÉRICA MÓVIL.

Con relación a la multa impuesta en el presente PAS, corresponde indicar que la misma fue calculada en base a la Metodología de Multas -que es de conocimiento de AMERICAMÓVIL-, considerando los criterios de graduación previstos en el TUO de la LPAG, siendo que dicho cálculo fue remitido a la empresa operadora conjuntamente con la notificación de la resolución impugnada. Asimismo, los cuestionamientos formulados por la empresa operadora, referidos a incongruencias en el cálculo de sanciones, se encuentran relacionados con la obligación contenida en el numeral (ii) de la Medida Cautelar, extremo que finalmente fue archivado por la Primera Instancia.

Finalmente, en relación con la aplicación del factor FAMC, cuestionado por AMÉRICA MÓVIL, es necesario mencionar que en la Metodología de Multas se permite utilizar otros parámetros para el cálculo de la multa, así como para su respectiva cuantificación, siendo que el punto 2.3. de dicha Metodología autoriza a emplear razonamientos o parámetros adicionales que aproximen los componentes de la fórmula general.

Así, el FAMC se deriva del marco general de disuasión o desincentivo a los comportamientos infractores que fue establecido en esta Metodología, y refleja que el incremento del beneficio ilícito como consecuencia de la orden del regulador y del posible inicio del PAS (con eventual multa) no desincentivarán la comisión de la infracción.

En ese sentido, en la Resolución N° 241-2023-CD/OSIPTEL¹¹, el Consejo Directivo señaló respecto de la aplicación del factor FAMC:

“Ahora bien, es menester señalar que el incumplimiento materia del presente PAS, no tiene asignada una fórmula o parámetro específico en la Metodología de Cálculo de Multas; siendo que, la estimación de la multa para la infracción relacionada al incumplimiento de la Medida Cautelar impuesta mediante la Resolución N° 371-2022-

DFI/OSIPTTEL se realizó de conformidad con la fórmula general, cuyo enfoque de estimación puede ser de Beneficio Ilícito (BI) o de Daño Causado (DC).

En ese sentido, el BI es uno de los componentes de la fórmula general que resulta aplicable a incumplimientos como el analizado en el presente PAS; en tanto, la metodología para la graduación de una multa a ser impuesta a una empresa operadora, que incumpla con lo dispuesto en el artículo 28 del RGIS, se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener la empresa como consecuencia de tal conducta.

En esa línea, para la estimación del BI resultante por la comisión de la infracción materia del presente PAS, se consideró los parámetros Implempv (asociado al costo evitado) e Ingrelin (asociado al ingreso ilícito), el FACM, así como la probabilidad de detección establecidos en la Conducta N° 3 de la Metodología de Cálculo de Multas. En esa línea, el argumento referente a que el parámetro FACM habría sido incluido de manera "inédita, arbitraria e ilegal" en el cálculo de la multa es errado, en tanto el mismo forma parte de la estimación del beneficio ilícito."

En mérito a la argumentación anteriormente expuesta, no cabe señalar -como sostiene la empresa operadora- que el FAMC represente un factor de cálculo arbitrario, sino que el mismo se incorpora como parte del cálculo del Beneficio Ilícito; enfoque que se utiliza para el cálculo de la infracción tipificada en el artículo 28 del RGIS, materia del presente PAS.

Por lo expuesto, cabe desestimar los argumentos de la empresa operadora en este extremo de su Recurso de Apelación.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 023-OAJ/2024, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, el cual -conforme al numeral 6.2 del Artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución; y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal d) del artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Osiptel, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del Osiptel en su Sesión N° 973/24, de fecha 13 de febrero de 2024.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL; y, en consecuencia, confirmar todos sus extremos.

Artículo 2°.- Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

i) La notificación de la presente Resolución y del Informe N° 023-OAJ/2024 a la empresa apelante;

ii) La publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.

iii) La publicación de la presente Resolución en el portal web institucional del Osiptel, con el Informe N° 023-OAJ/2024 y la Resolución N° 361-2023-GG/OSIPTTEL, y;

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

Regístrese, comuníquese y publíquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo
Consejo Directivo

según el artículo 3 de la "Norma que establece el régimen de calificación de infracciones del OSIPTTEL", aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 118-2021-CD/OSIPTTEL.

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

⁴ La obligación del numeral (i) de la Medida Cautelar tuvo como fecha de vencimiento para su cumplimiento el 07 de diciembre de 2022; mientras que, la del numeral (iii) venció el 30 de noviembre del mismo año. El detalle respectivo se encuentra en el numeral 2.1. de la Resolución N° 361-2022-GG/OSIPTTEL.

⁵ **"Artículo 25-A.- Conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades fiscalizadas**

El OSIPTTEL puede realizar fiscalizaciones en tiempo real a fin de acceder a los sistemas o bases de datos de las entidades fiscalizadas, utilizando conexiones remotas. Para tales efectos, el OSIPTTEL podrá emplear herramientas informáticas de conexión como Virtual Private Network u otras que él defina, así como solicitar a las entidades fiscalizadas el otorgamiento de usuarios y contraseñas para el acceso, procurando siempre la tutela efectiva de los bienes jurídicos a su cargo y salvaguardando los derechos de las entidades fiscalizadas conforme a la normativa vigente.

El OSIPTTEL establecerá los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación de este mecanismo de fiscalización, los cuales serán observados obligatoriamente por las entidades fiscalizadas. El incumplimiento de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación, dispuestos en el presente artículo, constituye infracción grave y será sancionado de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTTEL o la norma que lo sustituya."

⁶ De acuerdo al artículo 25 del Reglamento General de Fiscalización, constituyen levantamientos de información "las mediciones de las características técnicas de los servicios y las pruebas remotas, manuales o automáticas, que se realicen para comprobar, entre otros, las prestaciones y la operatividad del servicio, entre las cuales se encuentran las mediciones de los indicadores de calidad establecidos en el Reglamento de Calidad.

⁷ **"Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

(...)"

⁸ Recaída en el Expediente N° 166-2022-GG-DFI/PAS.

⁹ Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería.

¹⁰ De conformidad con la Segunda Disposición Complementaria Final de la Norma Técnica.

¹¹ Recaída en el Expediente N° 150-2022-GG-DFI/PAS, por el PAS iniciado a TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

2263338-1

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

Inician procedimiento de revisión tarifaria periódica de EPS AGUAS DE LIMA NORTE S.A. a efecto de aprobar fórmula tarifaria, estructura tarifaria, metas de gestión y otros

RESOLUCIÓN DE DIRECCIÓN
DE REGULACIÓN TARIFARIA
N° 00003-2024-SUNASS-DRT

EXP.: 003-2024-SUNASS-DRT-FT

Lima, 20 de febrero de 2024

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL.

² En aplicación de la "Metodología para el Cálculo de Multas", aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTTEL, y,