



- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 20 pies.
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 40 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 20 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 40 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 20 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 40 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de carga fraccionada.
- Servicio Estándar de transbordo de carga sólida a granel.
- Servicio Estándar de transbordo de carga líquida a granel.

b) Servicios Muelle de Contenedores:

- Servicio Estándar a la Nave.
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 20 pies.
- Servicio Estándar a la carga en contenedores vacíos de 40 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 20 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores llenos de 40 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 20 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de contenedores vacíos de 40 pies.
- Servicio Estándar de transbordo de carga fraccionada.
- Servicio Estándar de transbordo de carga sólida a granel.
- Servicio Estándar de transbordo de carga líquida a granel.

II. Canasta de servicios en función a la carga contenedorizada

a) Servicios Muelle Espigón:

- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 20 pies.
- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 40 pies.

b) Servicios Muelle de Contenedores:

- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 20 pies.
- Servicio Estándar a la carga en contenedores llenos de 40 pies.

III. Canasta de servicios en función a la carga no contenedorizada

a) Servicios Muelle Espigón:

- Servicio Estándar a la carga fraccionada.
- Servicio Estándar a la carga sólida a granel.
- Servicio Estándar a la carga líquida a granel.

b) Servicios Muelle de Contenedores:

- Servicio Estándar a la carga fraccionada.
- Servicio Estándar a la carga sólida a granel.
- Servicio Estándar a la carga líquida a granel.

Asimismo, en aplicación del referido Anexo III del RETA, el promedio ponderado de las tarifas que conforman cada una de las canastas de servicios no podrá superar anualmente el porcentaje que resulta de la diferencia entre la inflación al consumidor de los Estados Unidos de América (RPI) menos el Factor de Productividad estimado por este Organismo Regulador.

2317415-1

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES

Declaran fundado en parte recurso de apelación interpuesto por VIETTEL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTTEL

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES N° 00029-2024-TA/OSIPTTEL

Lima, 18 de agosto de 2024

EXPEDIENTE	: 00084-2023-GG-DFI/PAS
MATERIA	: Recurso de apelación interpuesto por la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTTEL
ADMINISTRADO	: VIETTEL PERÚ S.A.C.

VISTO:

- (i) El expediente N° 00084-2023-GG-DFI/PAS, y;
- (ii) El recurso de apelación interpuesto por la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C., (en adelante, VIETTEL) contra la Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTTEL de fecha 26 de abril de 2024, emitida por la Gerencia General.

CONSIDERANDO:

I. Antecedentes

1.1 El 3 de agosto de 2023, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) notificó a VIETTEL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), a través de la carta 2001-DFI/2023, por presuntamente haber incumplido con lo dispuesto en el artículo 20 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija¹ (en adelante, Reglamento de Portabilidad). Asimismo, se otorgó diez (10) días hábiles a la empresa operadora para que presente sus descargos.

1.2 El 24 de agosto de 2023, VIETTEL mediante escrito s/n presentó sus descargos.

1.3 El 29 de diciembre de 2023, la DFI remitió el Informe N° 00265-DFI/2023 (en adelante, Informe Final de Instrucción) a la Gerencia General, el mismo que fue puesto en conocimiento de VIETTEL con carta 00047-GG/2024, notificada el 24 de enero de 2024, para que formule sus descargos.

1.4 El 18 de abril de 2024, VIETTEL presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción mediante carta 0054-2024/GL.EDR.

1.5 Mediante Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTTEL (en adelante, RESOLUCIÓN 145), notificada el 29 de abril de 2024, la Gerencia General resolvió lo siguiente:

“Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C. con una multa de 178,1 UIT, al haber incurrido en la comisión de una infracción calificada como MUY GRAVE y tipificada en el numeral 25 del Anexo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°286-2018-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 20° de la referida norma, toda vez que no habría cumplido con dar respuesta a las consultas previas efectuadas por el ABDCP en un plazo no mayor de 2 minutos de realizada la misma, respecto de 15 629 consultas previas durante el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de marzo

de 2023, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

1.6 El 25 de mayo de 2024, mediante carta 00069.1-2024/GL-EDR, VIETTEL interpuso recurso de apelación contra la RESOLUCIÓN 145.

1.7 El 04 de junio de 2024, la Secretaría Técnica del Tribunal de Apelaciones del OSIPTEL, mediante memorandos N° 002-STTA/2024 y N° 003-STTA/2024, solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) y a la DFI, respectivamente, el análisis de argumentos planteados por la empresa operadora.

1.8 El 13 de junio de 2024, la DPRC, a través del memorando N° 282-DPRC/2024 (en adelante, MEMORANDO 282), dio respuesta al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica.

1.9 El 8 de julio de 2024, mediante carta 00088-2024/GL-EDR, VIETTEL presentó una ampliación al recurso interpuesto.

1.10 El 11 de julio de 2024, la DFI, a través del memorando N° 946-DFI/2024 (en adelante, MEMORANDO 946), dio respuesta al requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica.

II. Verificación de requisitos de admisibilidad y procedencia

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones² (en adelante, 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 VIETTEL, 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 VIETTEL, cabe señalar lo siguiente:

3.1 Sobre el principio de razonabilidad en materia sancionadora

VIETTEL señala que al determinar la sanción es imprescindible que se garantice el principio de razonabilidad previsto en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG. Agrega que respecto al beneficio ilícito, la primera instancia no ha cumplido con exponer los argumentos que le permitan afirmar y concluir que obtuvo algún beneficio.

En esa línea, precisa que habría tomado medidas para mitigar cualquier incidente relacionado con las consultas previas de portabilidad. Precisa que, en diciembre de 2023, su equipo de sistemas incrementó la capacidad de RAM de su servidor a efectos de optimizar su rendimiento y reducir la tensión causada por el aumento en el uso de recursos.

Asimismo, para evitar tiempos de espera de respuesta prolongados y posibles fallos, la empresa alega haber implementado alertas de seguimiento en tiempo real, lo que permitiría escalar incidentes a su equipo de *backoffice*. En tal sentido, sostienen que ha realizado una inversión para mantener y gestionar un sistema operativo empleado para realizar las consultas previas de portabilidad, para lo cual adjunta el informe N° 126-PRO-PMO-2024.

De otro lado, precisa que ciento cincuenta y nueve (159) consultas de portabilidad sí fueron respondidas dentro del plazo permitido de dos (2) minutos, cumpliendo de tal forma con el artículo 20 del Reglamento de Portabilidad.

Sobre la gravedad del daño al interés público, indica que no se ha identificado la afectación concreta de la conducta, puesto que sí atendió las consultas dentro del plazo previsto e implementó mejoras en sus sistemas, con lo cual se habría dado una motivación aparente.

Finalmente, en relación al perjuicio económico señala que la resolución impugnada precisa que no existirían elementos objetivos que permitan cuantificarlo, por lo que,

ello debería incidir de forma positiva en el cálculo de la multa.

Sobre lo alegado por VIETTEL, debe señalarse que al revisarse la resolución impugnada se aprecia que la primera instancia evaluó los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, esto es, el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción, la probabilidad de detección de la infracción, entre otros.

En tal sentido, el hecho que VIETTEL discrepe de dicha evaluación, no significa que lo resuelto por la primera instancia adolezca de un defecto en su motivación.

Dicho eso, respecto al cuestionamiento de VIETTEL referido a los costos evitados considerados en el beneficio ilícito, debe indicarse que la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (en adelante, Metodología de Multas - 2021), aprobada por el Consejo Directivo del OSIPTEL mediante la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL en ejercicio de su función normativa, prevé una fórmula específica para el cálculo de la multa a imponer por el incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad.

En ese sentido, el enfoque de dicha multa se basa en el beneficio ilícito, el mismo que se encuentra compuesto por los costos evitados y los ingresos ilícitos. Respecto a los primeros, debe indicarse que están relacionados a los sistemas de software de portabilidad que hubieran permitido que las consultas previas formuladas por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal (en adelante, ABDCP), hayan sido respondidas de manera oportuna por la empresa operadora. Para tal efecto, se emplea el parámetro *mantygest*⁴, cuyo valor es igual a 3 UIT y es considerado para cada mes en el que se detecta un incumplimiento.

Dicho eso, en este caso se aprecia que el incumplimiento sancionado fue detectado durante el periodo comprendido entre enero a marzo de 2023, es decir, durante tres (3) meses, por lo tanto, el costo evitado ascendió a 9 UIT. Ahora bien, en su recurso VIETTEL ha afirmado que implementó mejoras en sus procesos de mantenimiento y gestión con el objeto de cumplir con el artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, con lo cual debería ajustarse el parámetro *mantygest*.

Respecto a esto último, en línea con lo indicado por la DPRC en el MEMORANDO 282, este Tribunal considera que de la Metodología de Multas - 2021 se puede derivar que el cálculo de una multa se basa en las condiciones existentes durante el periodo de infracción; por lo tanto, cualquier acción correctiva tomada después de este periodo no forma parte de la estimación del beneficio ilícito correspondiente al incumplimiento en análisis.

De tal forma, incluso en el supuesto que se pueda corroborar que las acciones aludidas por VIETTEL se realizaron en diciembre de 2023, estas habrían sido realizadas después del periodo de infracción y, por lo tanto, no pueden ser consideradas para el cálculo de la multa.

A ello debe sumarse que, mediante la Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL, publicada el 28 de noviembre de 2021, se modificó -entre otros- el numeral del artículo 18 del RGIS, excluyendo la circunstancia referida a la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora como atenuante de responsabilidad. Cabe precisar que dicha disposición se encuentra vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.

Considerando ello, y que la infracción imputada a la empresa operadora se cometió a partir de enero de 2023, es que no resulta factible que las medidas alegadas por la empresa operadora puedan configurar el atenuante de implementación de mejoras.

Respecto a los ciento cincuenta y nueve (159) casos de consultas previas que sí habrían sido respondidas en el plazo previsto en la norma, cabe señalar que VIETTEL realizó el informe N° 126-PRO-PMO-2024 que incluye el archivo "*PAS_084.xls*", en el cual se aprecian los registros de los mensajes SOAP⁵ mediante los cuales el ABDCP realizó las consultas a la empresa operadora -como concesionario cedente- y las respectivas respuestas.

Asimismo, en dicho informe se muestra el caso de una consulta (mensaje ECP⁶) que llegó a sus sistemas

a las 18:48:10 horas (mensaje CPOCC⁷) y fue respondida a las 18:48:11 horas, con lo cual, la consulta habría sido respondida un segundo después de haber sido recibida. En esa línea, VIETTEL afirma que en las ciento cincuenta y nueve (159) consultas previas el tiempo máximo de respuesta estuvo en un rango de veinticuatro (24) a veintiocho (28) segundos.

De manera preliminar, debe de indicarse que en el proceso de consulta previa los mensajes de respuesta CPOCC y CPAC⁸ deben tener la debida integridad de los datos, pues de no ser así el ABDPC envía un mensaje de no integridad (en adelante, NI) al concesionario cedente a fin de que éste pueda corregir y enviar nuevamente el mensaje de respuesta. En tal sentido, en caso el concesionario cedente no subsane el mensaje de respuesta y se cumpla el plazo de dos (2) minutos, el ABDPC procede a rechazar la consulta previa por el motivo de falta de respuesta del cedente⁹, informando de ello al concesionario receptor y casi simultáneamente envía un mensaje de notificación de error al concesionario cedente señalando la finalización del proceso por el motivo antes señalado.

Hecha esa precisión, esta instancia -adoptando el análisis realizado por la DFI mediante el MEMORANDO 946- procedió a revisar el caso aludido por VIETTEL en el sistema del ABDPC, de tal forma, se aprecia que para la consulta previa con ID de proceso "20230102050013722" se tiene que el mensaje de respuesta aludido por la citada empresa no contaba con integridad en sus datos, por lo cual, el ABDPC respondió con el mensaje de error NIN04ABD55¹⁰, tal como se aprecia en el siguiente cuadro:

Cuadro N° 1

Fecha del mensaje	ID de Mensaje	Mensaje	Código de mensaje	Código remite	Código recibe
02/01/2023 18:47:54	00202301020224708	ANCP	-	00	20
02/01/2023 18:47:59	00202301020224745	ECPC	-	00	24
02/01/2023 18:48:10	24202301020402757	CPOCC	REC01PRT06	24	00
02/01/2023 18:48:11	00202301020224844	NI	NIN04ABD55	00	24
02/01/2023 18:50:03	00202301020225619	CPRABD	REC00ABD02	00	20
02/01/2023 18:50:03	00202301020225621	NE	REC00ABD02	00	24

Fuente: Memorando 946

Adicionalmente, en el cuadro mostrado se aprecia que el ABDPC le envía un mensaje de notificación de error a VIETTEL bajo el código "REC00ABD02" mediante el cual se indica que la consulta previa ha finalizado por falta de respuesta del cedente.

Lo señalado anteriormente también resulta aplicable para los ciento cincuenta y ocho (158) casos restantes en los que VIETTEL alega que habría cumplido con responder las consultas previas dentro del plazo establecido en el artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, toda vez que en todos ellos existe un mensaje de no integridad. Cabe recalcar que la existencia de un mensaje de respuesta¹¹ no demuestra que la consulta efectuada por el ABDPC haya sido respondida de manera efectiva, pues dicho mensaje de respuesta no debe presentar errores. En ese orden de ideas, el ABDPC ha previsto el proceso de detección de errores a fin de que la empresa pueda enmendar el error y volver a enviar el mensaje sin errores; no obstante, vencido el plazo establecido para ello, se finaliza el proceso con el mensaje REC00ABD02¹².

En atención a lo indicado, corresponde desestimar lo alegado por VIETTEL en la medida que ha quedado demostrado que en los casos cuestionados las consultas previas no fueron respondidas dentro del plazo de dos (2) minutos de efectuada la consulta por parte del ABDPC.

De otro lado, en relación a los cuestionamientos restantes de VIETTEL referidos a los criterios de gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido y el

perjuicio económico causado, debe señalarse que, al determinarse una multa, se aplican aquellos criterios que puedan ser cuantificados, siendo esto así, en el presente caso únicamente se consideraron los criterios de beneficio ilícito y probabilidad de detección.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar en relación a la gravedad del daño al interés público o bien jurídico protegido, que este Tribunal coincide con lo desarrollado por la Gerencia General, en la medida que la falta de respuesta a una consulta previa genera la idea equivocada en el titular de la línea de que existe una imposibilidad para concretar una potencial portabilidad, desincentivando la concretización de esta sobre la base de limitaciones inexistentes. Sobre las restricciones a la portabilidad, debe de indicarse que ello tiene una implicancia en el mercado pues justamente la portabilidad es un mecanismo empleado por las empresas para competir, siendo los usuarios quienes se ven beneficiados de la competencia entre los proveedores a través de obtener mejores condiciones en la prestación de los servicios.

Asimismo, el hecho que no se haya evidenciado algún perjuicio económico no constituye un atenuante de responsabilidad que permita disminuir la sanción impuesta, conforme a lo previsto en el artículo 18 del RGIS.

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de VIETTEL, verificándose que la multa impuesta se ha motivado adecuadamente.

3.2 Sobre la multa impuesta

VIETTEL señala que la RESOLUCIÓN 145 realizó una evaluación parcializada que no tuvo en cuenta que sí dio cumplimiento en la mayoría de casos con la normativa que regula la portabilidad numérica. Para tal efecto, precisa que la resolución referida hace mención a quince mil seiscientos veintinueve (15 629) consultas previas que no fueron concretadas en el plazo previsto, pero dicha cifra se encontraba vinculada únicamente a seis mil ochocientos treinta y cinco (6 835) líneas móviles.

Asimismo, respecto a esta última cifra afirman que tres mil ochocientas y nueve (3 809) de estas sí habrían podido realizar la portabilidad de manera exitosa, con lo cual no se habría generado algún daño que pueda ser considerado en la multa.

Agregan que la primera instancia no analizó lo mencionado en el párrafo anterior, pues ello habría demostrado que no incumplieron con la normativa en la magnitud que se le ha sancionado. Asimismo, señalan que no se afectó a quince mil seiscientos veintinueve (15 629) usuarios debido a que las consultas están referidas a seis mil ochocientas treinta y cinco (6 835) líneas móviles ni la consolidación de la portabilidad como mecanismo de competencia.

Esto último lo sostiene en el hecho que, durante el período comprendido de enero a marzo de 2023, se realizaron un total de cuatrocientos ochenta y ocho mil ciento veinte tres (488 123) consultas previas, de las cuales el noventa y siete por ciento (97 %) fueron atendidas de manera exitosa. No obstante, lo mencionado habría sido omitido por la primera instancia a pesar de que el plan de fiscalización precisa que el período supervisado se encontraba comprendido de enero a marzo de 2023 y que esto obligaría a dicha instancia a reducir la multa.

Para tal efecto, adjunta el informe N° 375-PRO-PMO/2024 que contendría el análisis de las cifras indicadas anteriormente y con ello solicita la anulación de la multa impuesta en la medida que el beneficio ilícito consideró líneas móviles que sí pudieron realizar la portabilidad y, por tanto, la gravedad del daño al interés público hace referencia a circunstancias que carecen de sustento.

En relación al sobredimensionamiento de la multa aludida por VIETTEL, esta instancia considera pertinente precisar que se debe de diferenciar la configuración del tipo infractor imputado con el cálculo de la multa por dicha infracción. En efecto, de la lectura de dicho tipo infractor se advierte que se sanciona la falta de respuesta de cada consulta previa en el plazo de dos (2) minutos y no la cantidad de números telefónicos involucrados. De tal forma, es que la contabilización de la cantidad de veces

en que la empresa operadora no dio respuesta se debe realizar en función de cada consulta previa, sin perjuicio de que se trate del mismo número.

Considerando ello, se puede concluir que la cifra de consultas previas imputadas por el órgano instructor, y posteriormente sancionada por la primera instancia resulta la correcta, pues se tuvo en cuenta la cifra total de las referidas consultas que no fueron respondidas en el plazo previsto.

Dicho eso, sobre el cálculo de la multa a imponer por la infracción referida, cabe indicar -tal como fue señalado en el numeral 3.1 de esta resolución- que la Metodología de Multas - 2021 prevé una fórmula específica para dicha infracción, cuyo enfoque se basa en el beneficio ilícito, el mismo que se encuentra compuesto de los costos evitados y los ingresos ilícitos. Sobre estos últimos, la metodología precisa textualmente que "(...) los ingresos ilícitos están dados por aquellos obtenidos a partir de las líneas móviles que tuvieron restricciones de efectuar la portabilidad numérica (...)".

En tal sentido, es que resulta claro que para la imposición de la multa únicamente se debe tomar en cuenta las líneas móviles afectadas. No obstante, este Colegiado al revisar el anexo de la resolución impugnada advierte que erróneamente se consideró el número total de consultas previas que ascendió a quince mil seiscientos veintinueve (15 629). Por lo tanto, en estricta aplicación de lo previsto en la Metodología de Multas - 2021, únicamente se debió tener en cuenta, para los ingresos ilícitos, la cifra de seis mil ochocientos treinta y cinco (6 835) que corresponde a las líneas afectadas, siendo correcto lo señalado por VIETTEL en este extremo¹³.

En relación al cumplimiento del noventa y siete por ciento (97 %) de la totalidad de consultas previas realizadas durante enero a marzo de 2023, este tribunal considera que independientemente de la veracidad de dicha afirmación, ello no impide a que el OSIPTEL pueda ejercer su facultad sancionadora ante la detección de incumplimientos, debido a que no es requisito para la configuración de la infracción sancionada que se trate de un hecho generalizado, pues las sanciones buscan reprimir la conducta infractora y evitar que ella se generalice, sobretodo aquella normativa del sector que se encuentra orientada a coadyuvar a la seguridad ciudadana.

A ello debe sumarse que, tal como fue indicado en la RESOLUCIÓN 145, no se trata de la primera vez que la empresa operadora incumple lo establecido en el artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, tal como se puede observar del siguiente cuadro:

Cuadro N° 2

Expediente	Norma incumplida	Resolución de primera instancia	Resolución de segunda instancia
00117-2019-GG-GSF/PAS	Artículo 20 Reglamento de Portabilidad	0257-2020- GG/OSIPTEL	0211-2020- CD/OSIPTEL
00168-2022-GG-DFI/PAS	Artículo 20 Reglamento de Portabilidad	300-2023-GG/OSIPTEL	339-2023-CD/OSIPTEL

Finalmente, cabe indicar que el alto nivel de cumplimiento aludido por VIETTEL, conforme al artículo 18 del RGIS no constituye un atenuante de responsabilidad que permita disminuir la multa impuesta.

Respecto a las tres mil ochocientos y nueve (3 809) líneas móviles que sí habrían realizado la portabilidad, esta instancia considera adecuado señalar -tal como fue indicado en la resolución N° 014-2024-TA/OSIPTEL- que a efectos de que se configure el cese de la conducta infractora resulta necesario verificar que este se dé en la totalidad de los actos u omisiones que constituyen la infracción en la medida que el incumplimiento sancionado ha sido evaluado como una conducta infractora única.

Considerando lo antes señalado, y la propia declaración de la empresa operadora, se puede afirmar que, esta no habría cesado con la totalidad de la conducta infractora por lo que no se justifica excluir los tres mil ochocientos y nueve (3 809) casos señalados por la empresa operadora del recalcado de la multa que se va a realizar.

Finalmente, respecto al cuestionamiento de VIETTEL sobre el criterio de gravedad del daño al interés público, debe de indicarse -tal como fue señalado en el numeral 3.1 de esta resolución- que la multa impuesta por la primera instancia únicamente tuvo en cuenta los criterios del beneficio ilícito y probabilidad de detección. En tal sentido, es que la afectación señalada por la primera instancia en puridad no ha tenido ninguna incidencia en la multa impuesta, por lo que, este Tribunal considera que analizar lo desarrollado por la Gerencia General en dicho criterio carece de objeto pues incluso si es que lo consignado no se dio en la magnitud planteada, ello no generaría reducción alguna en la multa impuesta, siendo esta la pretensión de VIETTEL.

Considerando lo desarrollado, corresponde desestimar los cuestionamientos planteados por VIETTEL en el informe N° 375-PRO-PMO/2024 referido al beneficio ilícito y la gravedad del daño al interés público. Ello sin perjuicio del recalcado de la multa que se va a realizar en atención a la cantidad de líneas afectadas consideradas para los ingresos ilícitos.

3.3 Sobre el principio de culpabilidad

VIETTEL señala que la primera instancia al momento de graduar la multa ha asumido que la falta de respuesta a la consulta previa impidió la solicitud de portabilidad y afectó la consolidación de la portabilidad como un mecanismo de competencia; sin embargo, estos hechos no habrían sido probados.

Sobre el primero de ellos, señala que el proceso de portabilidad en la vida real tiene varias etapas que inician con la intención de informarse por parte del usuario y culmina con la formalización de la solicitud, existiendo en el medio distintas etapas, estando el usuario en la posibilidad de manifestar su voluntad de no continuar con el proceso.

Agrega que el proceso de portabilidad estaría constituido de seis (6) etapas precisadas en la imagen adjunta en la página diez (10) de su escrito de ampliación, sin embargo, en la resolución impugnada únicamente se analizó hasta la segunda etapa, sin que se haya realizado alguna actividad probatoria respecto de las etapas restantes.

En esa línea, sostiene que pueden darse una serie de supuestos que trunquen la portabilidad y que no fueron analizados por la primera instancia, cuando -de acuerdo con la documentación obrante en el expediente- únicamente se habría probado que no se cumplió con responder las consultas previas en dos (2) minutos, sin embargo, la multa fue graduada asumiendo que se bloquearon todas las etapas de la portabilidad, cifra que ascendió a más de quince mil (15 000) casos.

De otro lado, señalan que conforme al principio de culpabilidad el OSIPTEL se encuentra proscrito de aplicar un criterio de responsabilidad objetiva para la determinación de la responsabilidad, no obstante, esta habría sido aplicada en este caso. Añaden que no existiría ninguna motivación sobre el estándar de responsabilidad subjetivo aplicado, esto es, si obró con dolo, culpa, culpa inexcusable, dolo eventual, etc.

Según la empresa operadora, la resolución impugnada únicamente analiza si se respondieron las consultas previas en dos (2) minutos o no, tratándose de un estándar de responsabilidad objetiva, esto es, omitió analizar si existió responsabilidad subjetiva por parte de su representada en un momento anterior a la graduación de la sanción.

En relación a lo cuestionado por VIETTEL, este Colegiado advierte que, si bien algunas de las cifras empleadas por la primera instancia no fueron las correctas, tal como ha sido señalado en el numeral 3.1 de esta resolución, la metodología utilizada para determinar la multa se ciñó a lo establecido expresamente en la Metodología de Multas - 2021. En efecto, de la revisión de lo expuesto en la resolución impugnada y del anexo de esta se aprecia que el beneficio ilícito se encontró comprendido por los costos evitados y los ingresos ilícitos, haciéndose uso de los parámetros establecidos en dicha metodología.

No debe perderse de vista, que la utilización de una cifra determinada para considerar los ingresos ilícitos

respondió a lo señalado expresamente por la Metodología de Multas - 2021, que precisa que dicho parámetro se encuentra constituido por las líneas móviles que presentaron restricciones para realizar la portabilidad.

A ello debe sumarse que si bien VIETTEL plantea una serie de escenarios que pudieron darse respecto a las líneas involucradas con las consultas previas no respondidas en el plazo previsto, lo cierto es que no ha remitido ningún medio probatorio que acredite que efectivamente dichas situaciones se dieron en este caso, tratándose únicamente de posibles escenarios.

Tampoco debe perderse de vista que una consulta previa no respondida en el plazo previsto, en la práctica genera que un servicio móvil no pueda iniciar el proceso de portabilidad, y se mantenga en la red de la empresa operadora, conservando esta empresa un ingreso económico por dicho servicio. En tal sentido, es que esta instancia es de la opinión que resulta adecuado considerar el número total de líneas involucradas dentro de los ingresos ilícitos, pues justo dicho parámetro se refiere a los ingresos obtenidos por la empresa como consecuencia de mantener líneas activas de manera indebida, lo que se enmarca en la situación antes descrita.

Respecto al principio de culpabilidad, debe indicarse que el mismo se encuentra recogido en el TUO de la LPAG, según el cual la responsabilidad administrativa es subjetiva¹⁴. Esto quiere decir que para imputar responsabilidad a un presunto infractor, debe estar presente alguno de los factores atributivos como el dolo o la culpa, no siendo aceptable que un administrado sea sancionado por actos u omisiones de un deber jurídico que no le sea imputable.

En lo que respecta al dolo, o intencionalidad de la conducta, cabe señalar que su ausencia no constituye argumento suficiente para que se concluya que no se incumplió con la obligación contenida en el artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, toda vez que para la configuración del tipo infractor no es necesaria la intencionalidad (dolo).

Sin perjuicio de ello, toda vez que, en el marco de la responsabilidad subjetiva, la conducta infractora es sancionable también por culpa, es necesario analizar si la referida empresa operadora infringió el deber de cuidado que le era exigible.

De esta manera, se entiende que dicho deber de cuidado está directamente relacionado con la diligencia que los administrados deben tener a efectos de evitar incurrir en un posible incumplimiento, máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento y, por ende, debida observancia, resulta exigible al administrado.

Debe resaltarse que VIETTEL es una empresa operadora que ofrece servicios públicos de telecomunicaciones en el país, sobre la base de un contrato de concesión firmado con el Estado Peruano, en el cual se indican -entre otros- los deberes a los que se supedita para su funcionamiento más allá de que los mismos sean ejecutados directamente o a través de terceros.

Teniendo en cuenta lo mencionado en el párrafo anterior, así como la amplia experiencia en el sector con la que cuentan, es que se esperaba que VIETTEL adopte las medidas suficientes para dar estricto cumplimiento a lo previsto en el artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, no obstante, de la revisión de los actuados en este procedimiento se evidencia que la empresa citada no dio respuesta a quince mil seiscientos veintinueve (15 629) consultas previas dentro del plazo previsto en la norma durante el periodo comprendido del 1 de enero al 31 de marzo de 2023.

De otro lado, si bien la empresa operadora ha señalado que ha implementado medidas para mitigar cualquier incidente relacionado con consultas previas de portabilidad, estas -según su propia declaración- se habrían llevado a cabo en diciembre de 2023, esto es, con posterioridad al periodo en el cual se detectó el incumplimiento sancionado, por lo que dichas medidas no han tenido ninguna incidencia en dicho incumplimiento, y, por ende, no son idóneas a efectos de acreditar una debida diligencia en este caso. A ello debe sumarse que al revisar los descargos presentados por la empresa, no

se aprecia que haya señalado alguna acción realizada a efectos de acreditar que realizaron todos los esfuerzos posibles dentro de su esfera de dominio.

Asimismo, la empresa operadora no ha acreditado que el desvío del cumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad se debió a razones justificadas, esto es, que se hayan encontrado fuera de su posibilidad de control.

En tal sentido, se advierte que VIETTEL no actuó con la diligencia debida acorde al estándar de diligencia que le corresponde en su calidad de concesionaria de un servicio público de telecomunicaciones.

En este punto debe precisarse que lo desarrollado hasta ahora no se trata de una situación que recién se haya presentado, pues durante el procedimiento VIETTEL tampoco ha demostrado que su conducta se encontró dentro del estándar de diligencia debida que le corresponde como concesionario de un servicio público de telecomunicaciones. Dicho de otra forma, al momento que se emitió la RESOLUCIÓN 145, a través de la cual se sancionó a la empresa citada por el incumplimiento referido, se tiene que su conducta no se enmarcaba en el estándar que le corresponde, resultando -de tal forma- responsable por culpa.

En tal sentido, se verifica que se cumplió con el principio de culpabilidad previsto en el TUO de la LPAG, con lo cual, corresponde desestimar los argumentos presentados por la empresa operadora en este extremo.

3.4 Sobre la reducción de la multa y la variación de la calificación

Tal como ha sido señalado en el numeral 3.2 de esta resolución, en este caso se ha verificado que corresponde reducir el número de líneas móviles consideradas dentro del parámetro de los ingresos ilícitos a seis mil ochocientos treinta y cinco (6 835), lo cual genera que la multa impuesta por la primera instancia impuesta sea reducida a 85,5 UIT.

En este punto, debe precisarse que a efectos de que dicha reducción guarde armonía con lo previsto en el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, es que resulta necesario variar la calificación de la infracción de muy grave a grave¹⁵.

Cabe agregar que se adjunta a la presente resolución el cálculo de la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad considerando la reducción de las líneas móviles en el parámetro de ingresos ilícitos.

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

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación interpuesto por VIETTEL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTEL y, en consecuencia:

(i) **MODIFICAR** la i) calificación de la infracción prevista en el numeral 25 del anexo 2 del Texto Único Ordenado del Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija de **MUY GRAVE** a **GRAVE** y la ii) multa impuesta de **178,1 UIT** a **85,5 UIT**; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

(ii) **CONFIRMAR** la Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTEL en sus demás extremos.

Artículo 2.- Notificar la presente resolución a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C., conjuntamente con los memorandos N° 002-STTA/2024, N° 003-STTA/2024, N° 282- DPRC/2024 y N° 946-DFI/2024, así como el cálculo de la multa.

Artículo 3.- Disponer la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", así como en el

portal web institucional: www.osiptel.gob.pe, en conjunto con la Resolución N° 0145-2024-GG/OSIPTEL.

Artículo 4.- 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° 013 del 14 de agosto de 2024.

GUSTAVO NILO RIVERA FERREYROS
Presidente del Tribunal de Apelaciones
Tribunal de Apelaciones

- ¹ Aprobado por Resolución N° 286-2018-CD/OSIPTEL y modificatorias.
- ² Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.
- ³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
- ⁴ El cual representa el costo de mantener y gestionar un sistema operativo que minimice la ocurrencia de inconvenientes con el uso de cualquier tipo de servicio contratado por los consumidores y/o los diversos procedimientos que se puedan generar como consecuencia de su prestación.
- ⁵ SOAP: Simple Object Access Protocol. A través del intercambio de mensajes SOAP se realizan los procesos de portabilidad. Así, en una consulta previa, el ABDCP envía un mensaje ECPC (Envío de Consulta Previa al Cedente) al concesionario cedente, el cual debe responder con un mensaje CPOCC (Consulta Previa objetada por el Concesionario Cedente) o CPAC (Consulta Previa Aceptada por el Cedente).
- ⁶ Envío de Consulta Previa al Cedente.
- ⁷ Consulta Previa objetada por el Concesionario Cedente.
- ⁸ Consulta Previa Aceptada por el Cedente.
- ⁹ Cuyo código de mensaje es REC00ABD02.
- ¹⁰ El cual indica que el concesionario cedente no ha indicado la fecha de activación.
- ¹¹ Ya sea CPOCC o CPAC.
- ¹² El cual corresponde a la causa del rechazo que se ha indicado en los quince mil seiscientos veintinueve (15629) registros imputados
- ¹³ El recalcado de la multa se efectuará en el último apartado de la resolución.
- ¹⁴ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales (...)
10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva. (...)"
- ¹⁵ Debe tenerse en cuenta que la infracción sancionada fue calificada como muy grave mediante la carta de intento en atención a lo previsto en el artículo 3° de la Norma que Establece el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTEL, aprobada mediante la Resolución N° 00118-2021-CD/OSIPTEL.

2317026-1

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO

Declaran infundado recurso de reconsideración interpuesto por EMAPA-Y S.R.LTDA. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2024-SUNASS-CD

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 00048-2024-SUNASS-CD**

Exp.: 004-2024-SUNASS-DRT-FT

Lima, 19 de agosto de 2024

VISTO:

El documento s/n recibido el 2 de agosto de 2024 presentado por EMAPA-Y S.R.LTDA.¹ (en adelante, EMAPA-Y), mediante el cual interpone recurso de

apelación contra la Resolución de Consejo Directivo N° 040-2024-SUNASS-CD (en adelante, Resolución 040); y el Informe N° 00071-2024-SUNASS-DRT elaborado por la Dirección de Regulación Tarifaria y la Oficina de Asesoría Jurídica.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante Resolución 040, publicada el 18 de julio de 2024 en el diario oficial El Peruano, se dispuso aprobar la fórmula tarifaria, estructura tarifaria y metas de gestión, así como costos máximos de las unidades de medida de las actividades requeridas para determinar el precio de los servicios colaterales que se aplican a EMAPA-Y para el periodo regulatorio 2025-2029.

1.2. Con fecha 2 de agosto de 2024, EMAPA-Y interpuso recurso de apelación contra la Resolución 040, argumentado lo siguiente:

- Se ha contravenido el artículo 28 del Reglamento General de Tarifas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2007-SUNASS-CD, debido a que no se difundió el proyecto de estudio tarifario con los usuarios directos de EMAPA-Y y dado que diversos representantes sociales, luego de manifestarse en contra del incremento tarifario se retiraron de la reunión de socialización prevista para las 4:00 pm del 23/5/2024, antes de que esta inicié.

- La resolución tarifaria carece de una debida motivación porque no evalúa los hechos, sino únicamente hace referencia a un memorando sin analizar su contenido. En tal sentido, EMAPA-Y solicita que se declare la nulidad total de la Resolución 040.

1.3. Con Informe N° 00071-2024-SUNASS-DRT, la Dirección de Regulación Tarifaria y la Oficina de Asesoría Jurídica evaluaron los argumentos de EMAPA-Y, recomendado al Consejo Directivo de la Sunass declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa prestadora.

II. CUESTIONES A DETERMINAR

2.1 Si corresponde encauzar el procedimiento recursivo de EMAPA-Y.

2.2 Si el recurso administrativo interpuesto reúne los requisitos de procedencia.

2.3 En caso de reunir dichos requisitos, si el recurso administrativo es fundado o no.

III. ENCAUZAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO RECURSIVO DE EMAPA-Y

3.1 De acuerdo con el artículo 209 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG): "El recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico." (Resaltado nuestro)

3.2 Como se advierte, de acuerdo a la LPAG, el recurso de apelación constituye un mecanismo de revisión de actos administrativos por un órgano diferente al que emitió el acto impugnado y que tiene un nivel jerárquico superior².

3.3 En esa línea, considerando que el acto administrativo impugnado (Resolución 040) fue emitido por un órgano (Consejo Directivo de la Sunass) que no está sometido a subordinación jerárquica, no corresponde atender la impugnación de EMAPA-Y como un recurso de apelación.

3.4 Es oportuno mencionar que, según el artículo 213 de la LPAG, "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."

3.5 Asimismo, el numeral 3) del artículo 75 de la LPAG dispone que un deber de las autoridades respecto