



y las empresas operadoras conocían las condiciones y circunstancias especiales para ello, por lo que, no podría considerarse fuera de su control.

Por tanto, no se advierte una vulneración a los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, por lo que, se desestima el argumento de la empresa operadora.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 031-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 b) 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° 972 de fecha 8 de febrero de 2024.

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. contra la Resolución N° 310-2023-GG/OSIPTEL y, en consecuencia:

(i) CONFIRMAR la multa de 150 UIT, por la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3 del Anexo 5 – Régimen de Infracciones y Sanciones – del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por incumplir lo dispuesto en el artículo 126 de dicha norma.

(ii) ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador en el extremo de la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3 del Anexo 5 – Régimen de Infracciones y Sanciones – del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por incumplir lo dispuesto en el artículo 127 de dicha norma.

(iii) CONFIRMAR la multa de 150 UIT por la comisión de la infracción tipificada como grave en el artículo 3 del Anexo 5 – Régimen de Infracciones y Sanciones – del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N°138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por incumplir lo dispuesto en el artículo 133 de dicha norma.

(iv) CONFIRMAR la multa de 123,7 UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el literal a. del artículo 7 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

Artículo 2.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 310-2023-GG/OSIPTEL, formulada por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.

Artículo 3.- Declarar que la presente Resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 4.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución a la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C., así como del Informe N° 031-OAJ/2024, Memorando N° 1324-DFI/2023, y Memorando N° 2019-DFI/2023;

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

(iii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 031-OAJ/2024 y las Resoluciones N° 224-2023-GG/OSIPTEL y N° 310-2023- GG/OSIPTEL, en el portal web: www.osiptel.gov.pe; y,

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

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo
Consejo Directivo

- De acuerdo con el nuevo Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, cuya Sección Primera fue aprobada por Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y su Sección Segunda fue aprobada por Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL, las funciones correspondientes a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización son realizadas en lo sucesivo por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.
- Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.
- Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL
- Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.
- Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

2264001-1

Declaran infundado Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución N° 336-2023-GG/OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00033-2024-CD/OSIPTEL

Lima, 14 de febrero de 2024

EXPEDIENTE N°	: 095-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación presentado por ENTEL PERÚ S.A., contra la Resolución N° 336-2023-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: ENTEL PERÚ S.A.

VISTOS:

- El Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 336-2023-GG/OSIPTEL,
- El Informe N° 026-OAJ/2024 del 24 de enero de 2024, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica; y,
- El Expediente N° 095-2021-GG-DFI/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante la carta N° 2162-DFI/2021, notificada el 13 de octubre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI), comunicó a ENTEL el inicio de un PAS por la comisión de las siguientes infracciones, incurridas durante el segundo semestre del 2020, conforme al siguiente detalle:

Infracción	Incumplimiento	Centros Poblados	Detalle	Tipo de Infracción
Ítem 12 del Anexo N° 15 "Régimen de Infracciones y Sanciones" del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones ¹ (en adelante, Reglamento de Calidad)	VO del indicador CVM Numeral 6.1.1. del artículo 6 y Anexo N° 11 ²	Cajamarca	3G (DL) 4G (DL)	Grave
		Iquitos	3G (UP y DL) 4G (DL)	
		Pucallpa	4G (DL)	

1.2. Con fecha 10 de noviembre de 2021, la DFI remitió el Informe Final de Instrucción N° 246-DFI/2021 a la Gerencia General; el mismo que fue puesto en conocimiento de ENTEL con carta N° 912-GG/2021,

notificada el 11 de noviembre de 2021, a fin de que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

1.3. Mediante la Resolución N° 210-2022-GG/OSIPTEL, de fecha 7 de julio de 2022, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

Infracción	Incumplimiento	Centro Poblado	Detalle	Multa
Ítem 12 del Anexo 15 del Reglamento de Calidad	Indicador CVM (Numeral 6.1.1 del artículo 6 y Anexo 11 del Reglamento de Calidad)	Cajamarca	3G (DL) 4G (DL)	51,1 UIT
		Iquitos	3G (UP y DL) 4G (DL)	150 UIT
		Pucallpa	4G (DL)	30,3 UIT

1.4. El 1 de agosto de 2022, ENTEL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 210-2022-GG/OSIPTEL.

1.5. Mediante la Resolución N° 336-2022-GG/OSIPTEL, emitida el 11 de octubre de 2022, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por ENTEL.

1.6. Posteriormente, a través de la Carta N° EGR-594/2022-AER, de fecha 04 de noviembre de 2022, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 336-2022-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, en adelante RGIS)³ y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Debido Procedimiento

ENTEL señala que se le habría notificado el Expediente de Supervisión mediante un enlace de descarga con un plazo insuficiente, con lo cual no habría tenido el acceso a la documentación completa desde el inicio del PAS.

Así, la empresa operadora señala que el Osipitel intentaría minimizar el hecho de que el inicio del PAS se encontraría viciado, toda vez que la notificación de cargos debería incluir la descripción correcta y completa de los hechos que sustentan las imputaciones. ENTEL agrega que, si bien ello fue subsanado, su derecho de defensa se habría visto vulnerado, al haberse impedido el análisis oportuno de la fiscalización.

Al respecto, de conformidad con los artículos 254 y 255 del TUO de la LPAG, la notificación de cargos contiene los hechos que se imputan a título de cargo al administrado, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. Sobre dicha notificación de cargos, se otorga al administrado la posibilidad de que ejerza su derecho de defensa mediante la presentación de sus descargos.

Asimismo, la doctrina⁵ señala que, frente al ejercicio de la potestad sancionadora por las entidades, el trámite de formulación de cargos es esencialísimo en el procedimiento sancionador, por cuanto es el acto procedimental que permite al administrado informarse cabalmente de los hechos imputados calificados como ilícitos, así como tener acceso a una serie de información indispensable (calificación de los hechos, posibles sanciones, autoridad competente, etc.), a efectos de poder articular todas las garantías que su derecho al debido procedimiento le facultan.

De allí que resulta contrario al derecho al debido procedimiento, específicamente atentatorio del derecho de defensa del administrado, imponer una sanción sobre la base de hechos no contenidos en la imputación de cargos, respecto de los cuales no haya tenido la oportunidad de pronunciarse en los descargos.

En el presente caso, la DFI imputó a ENTEL la presunta comisión de la infracción tipificada como grave en el numeral 6.1.1. del artículo 6 y el Anexo N° 11 del Reglamento de Calidad, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el ítem 12 del Anexo N° 15 Régimen de Infracciones y Sanciones del mismo cuerpo normativo, al haber incumplido con los valores objetivos del indicador CVM para la velocidad de bajada (DL) y de subida (UL) de acceso a internet móvil en las tecnologías 3G y 4G para los CCPP de Cajamarca, Iquitos y Pucallpa durante el segundo semestre del 2020, conforme a lo expuesto en el Informe de Supervisión N° 257-DFI/SDF/2021.

De la revisión de la notificación de cargos contenida en la Carta N° 2162-DFI/2021, se advierte que los incumplimientos imputados a ENTEL se ajustan a lo dispuesto en la norma, esto es, los artículos 254 y 255 del TUO de la LPAG, toda vez que, no sólo se ha remitido la información necesaria para que la empresa operadora tome conocimiento del inicio del PAS, sino que, además, se le brindó tiempo prudente para que pueda descargar el Expediente de Supervisión. Asimismo, con fecha 27 de octubre de 2021, ENTEL solicitó el otorgamiento de copias del Expediente de Supervisión, solicitud que fue atendida mediante carta N° 2340-DFI/2021 notificada a la empresa operadora el 3 de noviembre de 2021.

Asimismo, es necesario reiterar lo ya señalado en la Resolución N° 210-2022-GG/OSIPTEL, esto es, que a través de la carta N° 2248-DFI/2021, se concedió a la empresa operadora prórroga para presentar sus descargos, por un plazo de cinco (5) días adicionales. Posteriormente a ello, ENTEL ha tenido oportunidad de presentar descargos en dos (2) oportunidades mediante cartas N° EGR-524/2021 y N° EGR-579/2021 recibidas el 10 de diciembre de 2021 y 04 de enero de 2022 respectivamente, los cuales se tuvieron en consideración al momento de resolver.

De lo expuesto, se puede concluir que desde el inicio de este PAS la empresa operadora ha tenido en su poder el Expediente de Supervisión, puesto que ella misma lo solicitó.

En consecuencia, no se advierte una vulneración al Derecho de Defensa toda vez que la empresa operadora ha tenido la posibilidad de ejercerlo adecuadamente al conocer con plenitud los incumplimientos imputados en todo momento, y presentar los medios probatorios que consideraba pertinentes; en tal sentido, corresponde desestimar los argumentos expuestos por la empresa operadora en este extremo.

3.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Legalidad

ENTEL indica que la autoridad habría descartado sus medios probatorios, al señalar que las mediciones de parte no pueden ser valoradas, debido a que no se puede verificar el cumplimiento de las exigencias impuestas en el Instructivo Técnico para la Supervisión de los indicadores aplicables al servicio de acceso a internet del Reglamento de Calidad.

Además, la empresa operadora refiere que dicho Instructivo no sería de obligatorio cumplimiento, pues no habría seguido las reglas de publicidad establecidas con el Decreto Supremo N° 014-2015-JUS. Así, ENTEL señala que la Resolución N° 034-2021-GG/OSIPTEL que lo aprobó y que fue publicada en el diario oficial El Peruano, no incorporó el anexo correspondiente al Instructivo.

Sobre lo argumentado por ENTEL, es preciso indicar que el Tribunal Constitucional⁶ ha señalado que la aplicación del Principio de Legalidad impide que se pueda atribuir la comisión de una falta o aplicar una sanción administrativa cuando esta no se encuentre previamente determinada en la ley. A su vez, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos en su "Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador" lo caracteriza

como un principio garantista durante el ejercicio de la potestad sancionadora reflejando una triple exigencia⁷.

De otro lado, es importante indicar que el organismo competente para fiscalizar el cumplimiento de los indicadores de calidad es el OSIPTEL, de acuerdo a sus funciones encomendadas por la normativa vigente, entre ellas la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos⁸ y la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF)⁹.

Precisamente, la LDFF establece que uno de los principios por los que se rigen las acciones de supervisión es el de discrecionalidad, a través del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo es establecido por el órgano supervisor, y, además pueden tener carácter reservado frente a la empresa supervisada.

Considerando lo expuesto, es preciso resaltar que el presente PAS se inició por el incumplimiento de disposiciones contenidas en el Reglamento de Calidad, mas no del Instructivo Técnico que – además- no contiene obligaciones normativas, sino que describe, mide y calcula diversos indicadores de calidad, dentro de los cuales se encuentra el CVM; no obstante, se reitera que la obligación materia de supervisión fue la contenida en el Reglamento de Calidad antes mencionado.

Corresponde agregar, que la Resolución N° 129-2020-CD/OSIPTEL que modificó el Reglamento de Calidad, en su artículo cuarto, estableció que la Gerencia General del OSIPTEL podría emitir documentos técnicos complementarios. Bajo esa facultad, a través de la Resolución de Gerencia General N° 031-2021-GG/OSIPTEL, se aprobó el Instructivo Técnico para la medición y cálculo de los Indicadores y parámetros del Servicio de Acceso a Internet: Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM), Velocidad Promedio (VP), Latencia (L), Variación de Latencia (VL), Tasa Pérdida de Paquetes (TPP), entre otros.

En efecto, conforme lo ha indicado el Consejo Directivo, los Instructivos Técnicos son importantes para generar predictibilidad en la función de supervisión del OSIPTEL a través de criterios técnicos para la verificación del cumplimiento de diversos indicadores.

Teniendo en cuenta ello, y partiendo de que el OSIPTEL es quien realiza las acciones de fiscalización, los instructivos técnicos establecen los lineamientos o parámetros técnicos que debe cumplir el mismo OSIPTEL al realizar las mediciones, a fin de brindar predictibilidad¹⁰ para la verificación del cumplimiento de diversos indicadores. Por ello, al no ser el Instructivo Técnico una norma legal¹¹, este no debe cumplir con el requisito de publicidad en los términos establecidos en el Decreto Supremo N° 014-2012-JUS, lo cual ha sido materia de pronunciamiento por parte del Consejo Directivo en diversas Resoluciones¹².

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que el Instructivo Técnico fue aprobado mediante Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL¹³ y se encuentra publicado en el portal institucional del OSIPTEL¹⁴ para conocimiento de las empresas operadoras.

Por último, resulta pertinente enfatizar que ENTEL desarrolla actividades en atención a la habilitación administrativa otorgada a través del Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, donde se establece como una de las obligaciones el cumplimiento de la normativa respecto a la calidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En ese sentido, teniendo en cuenta lo señalado, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

3.3. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Verdad Material y de Presunción de Licitud

ENTEL indica que se habría advertido el cese de la conducta infractora en los CCPP de Pucallpa y Cajamarca, pues existen mediciones que han sido realizadas en diciembre de 2021 que respaldarían sus argumentos.

Sobre ello, la empresa operadora refiere que rechazar los medios de prueba sería una restricción a su Derecho a la Prueba y al Principio de Licitud, conforme a los

cuales la autoridad debe presumir que lo administrados hayan actuado de acuerdo a ley, y, además, probar – de manera fehaciente, indubitable y documental – la existencia de infracciones administrativas antes de imputar responsabilidad administrativa, y desvirtuar las pruebas que presenten los administrados, con la finalidad de alegar eximentes de responsabilidad.

ENTEL agrega que, a partir de los hechos materia del presente PAS y, de acuerdo a lo informado por la DFI en sus Memorandos 819-DFI/2022 y 1309-DFI/2022, se habría verificado que, luego del análisis de los medios probatorios ingresados en su Recurso de Reconsideración y escritos complementarios, cumpliría con los valores objetivos del indicador CVM, pues, luego de las medidas de mejora llevadas a cabo, la empresa operadora realizó mediciones que permitieron superar el porcentaje que solicita el OSIPTEL para el mencionado indicador, cesando la conducta infractora.

Al respecto, es importante señalar que, el incumplimiento del indicador de calidad CVM se concreta para un determinado período de evaluación (en el presente caso, el segundo semestre del año 2020), por lo que dicha situación no cesaría por un eventual cumplimiento por parte de ENTEL en los semestres posteriores, pues estos últimos constituyen por sí mismos nuevos períodos de evaluación, los cuales serán verificados en sus respectivas acciones de supervisión.

En ese sentido, corresponde precisar que no resulta factible que, para el presente caso, pueda presentarse la figura del cese de las conductas infractoras imputadas. Asimismo, si en un semestre posterior al evaluado, se apreciara que ENTEL cumpliera con el valor objetivo del indicador de calidad CVM, ello de ninguna manera significaría la reversión de la afectación generada a los usuarios del servicio de acceso a internet móvil durante el segundo semestre del año 2020.

Por lo expuesto, consideramos que corresponde desestimar lo alegado por ENTEL en este extremo del Recurso de Apelación.

3.4. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

ENTEL refiere que llevó a cabo mediciones en los meses de diciembre 2021 y enero 2022 en los CCPP Pucallpa y Cajamarca a fin de acreditar que las mejoras realizadas sí habrían garantizado el cese de la conducta.

Sobre ello, la empresa operadora señala que imponer dos sanciones de 30 UIT y 51.1 UIT resultaría desproporcionado, siendo que se debe valorar las particularidades del caso.

Asimismo, ENTEL manifiesta que no se habría motivado correctamente la afectación directa a los abonados, y por qué ello imposibilitaría la aplicación de una medida correctiva. A su criterio, la afectación habría sido efectivamente reparada al momento del cese de la conducta, pues los abonados podrían acceder al servicio con la calidad consignada en la normativa.

En cuanto a lo alegado por ENTEL, cabe indicar que el OSIPTEL ha efectuado el análisis de la aplicación de medidas menos gravosas, como es el caso de las comunicaciones preventivas o medidas de advertencia; sin embargo éstas sólo resultan posibles durante el procedimiento de supervisión, conforme al Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución N° 090-2015- CD/OSIPTEL, por lo cual, no es factible imponer medidas de tal naturaleza, una vez dispuesto el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

Sobre la posibilidad de imponer una medida correctiva, corresponde señalar su emisión constituye una facultad del OSIPTEL en virtud del análisis que se efectúe en cada caso en particular.

Al respecto, este Consejo Directivo considera que, si bien en otros casos se ha tomado en cuenta que las medidas correctivas podrían ser aplicadas en el caso de reducido beneficio ilícito, probabilidad de detección elevada y en situaciones en las que no se hayan presentado agravantes, ello no implica que, en otros casos, atendiendo a la relevancia de los bienes jurídicos protegidos en el tipo infractor, pueda descartarse su aplicación. En el presente caso, tal como mencionó la

Primera Instancia, el incumplimiento detectado conlleva una afectación directa a los usuarios, toda vez que el indicador de calidad CVM constituye un parámetro esencial del servicio, cuyo incumplimiento deviene la prestación de un servicio que no es idóneo para los fines que fue contratado.

Asimismo, las multas impuestas en el presente PAS se sitúan dentro de los límites que corresponden a una infracción grave (51 a 150 UIT). Esto es, se sancionó de conformidad con el artículo 25 de LDFF, teniendo en consideración, además, los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

Por consiguiente, corresponde desestimar los alegatos presentados por la operadora en este extremo.

3.5. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

ENTEL refiere que para la cuantificación del beneficio ilícito no podría considerarse como costo evitado las actividades para cumplir con el valor objetivo, toda vez que ENTEL habría demostrado acciones para ello. Si bien las mismas fueron ejecutadas fuera de plazo, el costo a considerar no podría ser un costo evitado, toda vez que sí se terminó incurriendo en el mismo.

ENTEL agrega que se debería considerar una probabilidad de detección muy alta, toda vez que una simple supervisión regular permitiría identificar la supuesta infracción. Además, la empresa operadora solicita considerar que no existió intencionalidad, reincidencia o perjuicio económico causado, lo cual haría viable que se aplicase el mínimo legal al caso particular.

ENTEL refiere que, sobre el monto mínimo que correspondería aplicar, es necesario que la autoridad aplique el atenuante por cese de la conducta.

Sobre el particular, a diferencia de lo señalado por ENTEL, se advierte que la Primera Instancia fundamentó adecuadamente los criterios para graduar la sanción, justificando el monto de la multa impuesta. Por tanto, el hecho de que ENTEL discrepe de la evaluación efectuada, no significa que el precitado acto administrativo adolezca de defecto en su motivación.

En relación al costo evitado, tal como lo ha indicado la empresa operadora, las actividades desplegadas y los costos incurridos se dieron fuera de plazo. Así, es pertinente considerar que resulta importante que las acciones se dispongan previamente a incurrir en una infracción administrativa, debido a que la oportunidad supone un factor que marca la diferencia frente a un posible impacto en la prestación de los servicios para los usuarios. Así, aun cuando ENTEL afirma haber desplegado acciones posteriormente al incumplimiento y haber incurrido en costos para ello, (i) no se ha acreditado fehacientemente dicha afirmación y, (ii) ello no revierte los efectos percibidos por los usuarios en los CCPP de Iquitos, Pucallpa y Cajamarca.

Sobre la probabilidad de detección, reiteramos lo ya señalado por la Primera Instancia en este extremo del PAS, dado que se consideró una probabilidad de detección alta, puesto que la supervisión mediante la cual se detecta la infracción se efectúa de modo regular (semestralmente), sobre una relación de usuarios activos en cada centro poblado previamente seleccionado por el OSIPTEL, conforme al procedimiento de medición previsto en el Anexo 19 del Reglamento General de Calidad.

En ese sentido, en el caso particular, de acuerdo a la Metodología de Multas, no es posible considerar una probabilidad de detección muy alta, en tanto la verificación de cumplimiento no comprende la revisión del 100% del universo a supervisar, y no se dispone de información completa para poder identificar la infracción.

Respecto del perjuicio económico causado, es preciso indicar que en el apartado III de la Resolución N° 210-2022-GG/OSIPTEL, la Gerencia General desarrolló cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG y en el RGIS, acotando el análisis de cada uno de ellos¹⁵ a los hechos observados en el presente expediente.

Así, tomando en cuenta que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no son considerados en la determinación de la multa, tal como se advirtió para el criterio indicado por ENTEL; no obstante, ello no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado por Gerencia General.

Resulta importante señalar que –de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG – la intencionalidad y a la reincidencia constituyen agravantes; sin embargo, los mismos no han sido observados ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fueron considerados en la graduación de las multas impuestas.

Finalmente, sobre la aplicación del cese de la conducta infractora como atenuante de responsabilidad, corresponde reiterar que, a lo largo del presente Informe se ha evidenciado que a los hechos que dieron inicio al presente PAS no es posible aplicarles el referido atenuante, toda vez que siendo una conducta que causó daño dentro de un período específico, las medidas adoptadas por ENTEL no significan una reversión del daño, más aun cuando dentro del segundo semestre del 2020, los usuarios no obtuvieron un servicio eficiente de internet móvil.

No obstante, respecto de las mediciones llevadas a cabo por la empresa operadora durante el período 2021 / 2022 si bien podrían representar un esfuerzo por la mejora del servicio, el análisis de los valores objetivos del indicador CVM dentro de esos períodos se realizó de manera posterior al inicio del presente PAS, siendo ajeno al período que se discute en el caso particular.

En consecuencia, corresponde desestimar los alegatos presentados por la operadora en este extremo.

3.6. Solicitud de Informe Oral

Respecto a la solicitud de informe oral ante el Consejo Directivo, formulada por la empresa operadora, corresponde señalar que, en virtud del Principio del Debido Procedimiento, los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo, como –entre otros- el derecho a solicitar el uso de la palabra (o informe oral). Sin embargo, es importante resaltar que dicha norma no establece que debe otorgarse el uso de la palabra cada vez que se solicita; razón por la cual, es factible que cada órgano de la Administración decida si se otorga o no, aunque de forma motivada.

En la misma línea opina MORÓN tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional, concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas.¹⁶

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la "obligatoriedad" del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹⁷, bajo el siguiente fundamento:

"En el caso de autos se aduce una presunta afectación al derecho de defensa, sustentada en que supuestamente la Sala Superior emplazada habría resuelto el recurso sin dar oportunidad de que se lleve a cabo el informe oral del actor. El Tribunal en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorio al derecho de defensa la imposibilidad del informe oral. Que en el caso de autos el mismo escrito de apelación de la resolución que denegó la variación del mandato de detención expresaba los argumentos que sustentan su pretensión, por lo que no se advierte la afectación al derecho constitucional invocado."

Un procedimiento administrativo sancionador, es eminentemente escrito. Por tal motivo, todo administrado, en el transcurso de dicho procedimiento, tiene expedita la oportunidad de presentar descargos, recursos y alegatos por dicho medio; al tratarse de un derecho expresamente reconocido en el TUO de la LPAG.



En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹⁸ establece que los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente.

Considerando lo señalado, la decisión de denegar el informe oral solicitado por el administrado, debe ser analizada caso por caso; en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

Ahora bien, en el presente caso, se advierte que los argumentos planteados por ENTEL en su impugnación – principalmente de derecho-, así como el resto de actuados del expediente del PAS, constituyen elementos de juicio suficientes para que el Consejo Directivo resuelva el recurso de apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

Por lo expuesto, contándose con elementos suficientes para poder emitir pronunciamiento, este Consejo Directivo considera que el informe oral solicitado por ENTEL, no es necesario.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 026-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° 972/24, de fecha 08 de febrero de 2024.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución N° 336-2023-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, confirmar las multas impuestas.

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:

- La notificación de la presente Resolución y del Informe N° 026-OAJ/2024 a la empresa apelante;
- La publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano.
- La publicación de la presente Resolución en el portal web institucional del Osiptel, con el Informe N° 026-OAJ/2024 y la Resolución N° 336-2023-GG/OSIPTEL, y;
- 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

¹ Aprobado mediante Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

² Procedimiento para la medición, cálculo y reporte de los indicadores Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM), Velocidad Promedio (VP) y el parámetro Tasa de Transferencia de Datos (TTD) de calidad del servicio de acceso a internet.

³ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

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

⁵ MORON URINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo II. P.498 – Gaceta Jurídica. 14ava Edición. 2019.

⁶ Ver la Sentencia del 26 de marzo de 2007 recaída en el Expediente N° 1182-2005-PA/TC, fundamento jurídico 14.

⁷ "(...) podemos afirmar que el principio de legalidad tiene como exigencias específicas: la existencia de una ley (ley scripta); que esta ley sea anterior a la conducta reprochable (ley previa); y, que esta ley incluya preceptos jurídicos con suficiente grado de certeza (lex certa), de manera tal que sea posible prever la responsabilidad y la eventual sanción e aplicable a un caso concreto." MINJUS (2017) Guía Práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador. (2.a. ed.) Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico. p:14-15.

⁸ "Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas; (...)."

⁹ "Artículo 10.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados

10.1 La acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo. (...)."

¹⁰ TUO de la LPAG "Título Preliminar"

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo (...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener."

¹¹ Norma legal de acuerdo a lo estipulado por el artículo 4 del Decreto Supremo N° 001-2009-JUS, Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicidad, publicación de Proyectos Normativos y difusión de Normas Legales de Carácter General

¹² Ver por ejemplo las Resoluciones N° 237-2022-CD/OSIPTEL y N° 262-2023-CD/OSIPTEL.

¹³ Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/media/xeah22xb/resol031-2021-gg.pdf>

¹⁴ En el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/2nymvww0/resol031-2021-gg-instructivo-tecnico-acceso-internet.pdf>

¹⁵ Tales como: Beneficio ilícito, probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, reincidencia, circunstancias de la comisión de la infracción y, existencia o no de intencionalidad.

¹⁶ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹⁷ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307- 2012- PHC/TC, STC N° 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC

¹⁸ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.

2264002-1

Declaran infundado Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución N° 393-2022-GG/OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 00035-2024-CD/OSIPTEL

Lima, 14 de febrero de 2024

EXPEDIENTE N°	: 043-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación presentado por ENTEL PERÚ S.A., contra la Resolución N° 393-2022-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: ENTEL PERÚ S.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 393-2022-GG/OSIPTEL,

(ii) El Informe N° 028-OAJ/2024 del 24 de enero de 2024, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;

(iii) El Expediente N° 043-2022-GG-DFI/PAS.