

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 144-2017-CD/OSIPTEL**

Lima, 07 de diciembre de 2017

EXPEDIENTE N°	:	00002-2017-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 216-2017-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	ENTEL PERÚ S.A.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Entel Perú S.A. (en adelante, ENTEL) contra la Resolución de Gerencia General N° 216-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le sancionó con seis (6) multas de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones¹ (en adelante, RFIS), al haber entregado información inexacta en cada reporte trimestral correspondiente a los años 2014 (I, II, III y IV trimestre) y 2015 (I y II trimestre), respecto a su servicio de internet móvil.
- (i) El Informe N° 277-GAL/2017 del 28 de noviembre de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
- (ii) El Expediente N° 00002-2017-GG-GFS/PAS y el Expediente de Supervisión N° 00132-2016-GG-GFS.

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

- 1. El 3 de enero de 2017, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a ENTEL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS, al hacer entrega de información inexacta en cada reporte trimestral correspondiente a los años 2014 (I, II, III y IV trimestre) y 2015 (I y II trimestre), respecto al servicio de internet móvil.
- 2. El 31 de enero de 2017, ENTEL presentó sus descargos.
- 3. Mediante Carta N° C. 01020-GG/2017, notificada el 15 de setiembre de 2017, se notificó a ENTEL el Informe N° 00152-GSF/2017 (análisis de sus descargos); para que remita sus comentarios en el plazo de cinco (5) días hábiles.
- 4. Mediante Resolución de Gerencia General N° 216-2017-GG/OSIPTEL del 2 de octubre de 2017, notificada el 3 de octubre de 2017, se resolvió sancionar a ENTEL con seis (6) multas de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT, al haber entregado información inexacta en cada reporte trimestral

¹ Aprobada con Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y su modificatoria.



correspondiente a los años 2014 (I, II, III y IV trimestre) y 2015 (I y II trimestre), respecto al servicio de internet móvil.

5. El 24 de octubre de 2017, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 216-2017-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RFIS y los artículos 216 y 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de ENTEL son los siguientes:

- 3.1 En la resolución impugnada se desconoce la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad.
- 3.2 Se vulneró el Principio de Tipicidad, en la medida que su representada sí cumplió con remitir al OSIPTEL información exacta sobre su servicio de internet móvil.
- 3.3 Se vulneró el Principio de Tipicidad, porque la obligación que se la ha exigido (reportes trimestrales de su servicio internet móvil) no está claramente regulada en una norma legal.
- 3.4 Se vulneró el Principio de Tipicidad, porque se impuso seis (6) multas, sin tener la facultad para imponer más de una sanción por el incumplimiento del artículo 9° del RFIS.
- 3.5 Sobre la determinación de la sanción, señala que en la resolución impugnada se vulnera el Principio de Razonabilidad.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO:

A continuación, se analizarán los argumentos de ENTEL:

4.1 Sobre el análisis de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad

ENTEL señala que cesó su supuesta conducta infractora antes del inicio del PAS, al cumplir con remitir la información corregida según los criterios exigidos por el OSIPTEL. Así, considera que resulta aplicable la figura de la subsanación voluntaria establecida en el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG y en el numeral iv) del artículo 5° del RFIS, debiendo ser eximida de cualquier responsabilidad administrativa.



Asimismo, ENTEL indica que, no obstante lo antes señalado, la Primera Instancia consideró que no procede aplicar la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, porque los efectos de la conducta infractora no han sido revertidos; lo cual, en su opinión, es una exigencia que contraviene las normas antes citadas y el Principio de Legalidad.

Al respecto, de conformidad con el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG, se aprecia que para aplicar la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:

- (i) La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción fue subsanada.
- (ii) La subsanación debe ser voluntaria.
- (iii) La subsanación debió haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador.

Con relación a la subsanación, es preciso tener en cuenta que, conforme a la Real Academia Española, el término “subsanan” significa reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.

Por tanto, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ello ocurrió, habrá incumplimientos que para ser subsanados requieran, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma, y habrá aquellos otros incumplimientos que cuyos efectos resulten irreversibles, fáctica y jurídicamente. En estos últimos casos, la subsanación no será posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Cabe señalar que, también puede darse el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible, naturalmente la reversión de efectos; aplicándose el eximente de responsabilidad previsto en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ellos.

Sobre el particular, se debe tener en cuenta que para la aplicación del eximente de responsabilidad, establecido en el TUO de la LPAG, este Colegiado, a través de la Resolución N° 005-2017-CD/OSIPTEL emitida el 5 de enero de 2017; Resolución N° 011-2017-CD/OSIPTEL del 19 enero de 2017; Resoluciones N° 025-2017-CD/OSIPTEL, N° 026-2017-CD/OSIPTEL del 16 de febrero de 2017; y Resolución N° 046-2017-CD/OSIPTEL del 21 de marzo de 2017, estableció lo siguiente:

“(i) Para eximir de responsabilidad a la empresa operadora, la subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.”

Así, este Colegiado considera que para aplicar el eximente de responsabilidad antes mencionado, se debe considerar que la subsanación de la conducta infractora implica no solo el cese de la misma sino también la reversión de todos los efectos derivados de esta.



En el presente PAS, la Primera Instancia advirtió que la entrega de información inexacta generó efectos no reversibles a la función reguladora del OSIPTEL, por lo que, al no cumplirse con lo establecido en el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG, no corresponde la aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad a favor de ENTEL. Por tanto, no se contraviene el Principio de Legalidad.

4.2 Respetto a la supuesta vulneración del Principio de Tipicidad

ENTEL señala que se vulnera el Principio de Tipicidad al imputarle la comisión de la infracción prevista en el artículo 9° del RFIS, pese a que cumplió con remitir mediante cartas CGR-1228/15 y CGR-1413/15 al OSIPTEL información exacta sobre su servicio de internet móvil; considerando, que si dicha información no se ajustaba a la forma requerida mediante carta C. 1111 –GG.GPRC/2014, es una discusión distinta que no tiene que ver con el incumplimiento del artículo citado.

Al respecto, tal como se aprecia en el Informe N° 00954-GFS/2016, ENTEL trasgredió lo dispuesto en el artículo 9° del RFIS al verificar la GSF que remitió información inexacta de los reportes del I, II y III trimestre del año 2014 de su servicio de internet móvil, mediante carta CGR-1228/15, así como, de los reportes del IV trimestre del año 2014 y, el I y II trimestre del año 2015 de dicho servicio, mediante carta CGR-1413/15.

Sobre el particular, en el precitado informe se indicó que habiéndose analizado los procesos desarrollados por ENTEL para la generación de los reportes del servicio de internet móvil, se identificó una serie de incidencias que habrían ocasionado que la información entregada sea inexacta.

En ese sentido, contrario a lo manifestado por ENTEL, se advierte que sí presentó información inexacta a través de las cartas CGR-1228/15 y CGR-1413/15, lo cual configura la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS.

En consecuencia, se debe señalar que la entrega de información inexacta en este caso, es imputable a ENTEL, la cual, no tuvo la diligencia debida al momento de entregar la información respecto de sus reportes trimestrales de su servicio de internet móvil, teniendo en cuenta las instrucciones de las cartas C. 1111-GG.GPRC/2014 y C. 693-GG.GPRC/2015 a través de las cuales se le requirió la información. Por tanto, no se contraviene el Principio de Tipicidad.

4.3 Sobre la tipificación de la conducta

ENTEL señala que la Primera Instancia la sancionó por el incumplimiento de una supuesta obligación que, cuando le fue exigida, no estaba claramente regulada en una norma legal, toda vez que no existía en el marco legal aplicable una obligación de remitir información sobre el servicio de internet móvil que recoja los criterios exactos a ser utilizados para el procesamiento, cálculo y envío de dicha información.

Agrega ENTEL, que no pretende afirmar que los requerimientos de información que formula el OSIPTEL a las empresas operadoras (sin un marco legal de respaldo) no sean obligatorios, sino que si dichas obligaciones no tienen un sustento legal lo suficientemente específico que delimite claramente cuál es la forma que deben cumplir y cuáles los criterios a utilizar, por lo tanto, dichos



requerimientos no constituyen obligaciones cuyo incumplimiento pueda ser sancionado por el Regulador.

De esta manera, ENTEL indica que si el OSIPTEL pretendía sancionarla en virtud de lo dispuesto en el artículo 9° del RFIS, la remisión de información sobre el servicio de internet móvil debía estar recogida como una obligación en el marco legal, debidamente descrita y especificada, y no solo mediante una comunicación del Regulador; como señala sucede en el artículo 7° del RFIS, al considerar que en dicho artículo se establece que la información requerida debe estar contemplada en una norma del OSIPTEL.

Al respecto, de conformidad con el Artículo 5° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), el OSIPTEL tiene la facultad establecida por Ley, para solicitar información como la requerida a ENTEL, respecto de los reportes trimestrales de su servicio de internet móvil, la cual, se solicitó con las instrucciones que debía tener en cuenta dicha empresa para su presentación, a través de las cartas C. 1111-GG.GRPC/2014 y C. 693-GG.GPRC/2015.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la infracción de información inexacta tipificada en el artículo 9° del RFIS, denota la obligación a cargo de las empresas operadoras de presentar información consistente y coherente, a fin que el OSIPTEL pueda ejercer adecuadamente sus labores normativa, fiscalizadora, reguladora, entre otras.

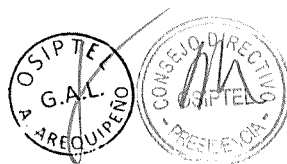
En resumen, OSIPTEL se encuentra facultado a requerir diversa información necesaria para su quehacer regulatorio, aunque esta no se encuentre establecida en la Normativa de Información Periódica. Por lo tanto, ante el requerimiento de información sobre el servicio de internet móvil, efectuado por el regulador a ENTEL, dicha empresa estaba en la obligación de remitir la información exacta, esta es, consistente con la realidad.

Por lo expuesto, cabe resaltar que la infracción referida del artículo 9° del RFIS, es decir la entrega de información inexacta, se configura con la presentación de información no concordante con la realidad, por lo que se advierte que la conducta (por acción u omisión) de ENTEL constituye el supuesto de hecho infractor previsto en el precitado artículo. Por tanto, no se contraviene el Principio de Tipicidad.

4.4 Sobre la vulneración del Principio de Tipicidad por las multas impuestas

ENTEL considera que la Primera Instancia también vulneró el Principio de Tipicidad al haber impuesto seis (6) multas, manifestando que el artículo 9° del RFIS no establece un criterio de periodicidad que justifique una sanción por cada mes o trimestre en que la información presentada resulte inexacta, por lo que sostiene que la entrega de toda la información supuestamente inexacta podría ser sancionada únicamente con un multa.

Sobre el particular, cabe señalar que los requerimientos de información a ENTEL estuvieron vinculados a la información relacionada de cada reporte trimestral correspondiente al I, II, III y IV trimestre del año 2014 y, al I y II trimestre del año 2015 de su servicio de internet móvil, que resultaba necesaria respecto de cada trimestre solicitado.



En ese sentido, la conducta de remitir información inexacta respecto del I Trimestre de 2014, es independiente de la conducta de remitir información inexacta respecto del II Trimestre de 2014, y así sucesivamente con los demás trimestres.

Es en virtud a ello que, la Primera Instancia, sancionó a ENTEL con sanciones de multa por la información remitida por dicha empresa, respecto a cada trimestre que fue solicitado, criterio que ha sido considerado por este Colegiado en la Resolución N° 123-2017-CD/OSIPTEL.

Asimismo, cabe indicar que en la carta de notificación de cargos (carta C. 00013-GFS/2017) se comunica el propósito de sancionar a ENTEL por las supuestas infracciones en que habría incurrido y que han sido detalladas (es decir, por trimestre), las cuales eran susceptibles de ser sancionadas, cada una con multas equivalentes entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT para las infracciones tipificadas como graves. Por tanto, no se contraviene el Principio de Tipicidad.

4.5 Sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad

ENTEL considera, refiriéndose a los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, que lo resuelto por la Primera Instancia al determinar la sanción, carece de razonabilidad por lo siguiente:

- a) Respecto al beneficio ilícito se hace alusión al costo evitado, sin embargo, considera que no existe en el marco legal ninguna obligación de remitir información sobre el servicio de internet móvil y, por lo tanto, de tener los mecanismos necesarios para cumplir con dicha remisión.
- b) Respecto a la probabilidad de detección de la infracción, considera que este criterio no habría sido utilizado a su favor en la determinación de la sanción.
- c) Respecto de la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, sostiene que con argumentos genéricos y especulativos, se ha sustentado que la gravedad de su supuesto incumplimiento afectó la función reguladora, la competencia y a los consumidores.
- d) Con relación al perjuicio económico causado y a la reincidencia, señala que al no haberse verificado dicho perjuicio ni configurado la reincidencia, debieron aplicarse dichos criterios a su favor, y no optar por sancionarla con seis (6) multas de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT, cada una.
- e) Respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción, considera completamente razonable que, ante el requerimiento de información de su servicio internet móvil, haya considerado que los criterios a ser aplicados podían ser los dispuestos en la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL. Así, señala que una vez que el OSIPTEL aclaró en la reunión de diciembre de 2015 que, en definitiva, los criterios a utilizar para el servicio de internet móvil debían ser distintos a los legalmente previstos, su empresa cumplió con remitir la información debidamente corregida.
- f) Respecto a la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor, sostiene que la Primera Instancia reconoce que no ha existido intencionalidad en la comisión de la infracción imputada, por lo tanto se trata de un criterio adicional que debe ser aplicado a favor del administrado.

Al respecto, el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la



conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Así, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser **proporcionales** al incumplimiento calificado como infracción.

En ese sentido, a efectos de determinar si se afectó el Principio de Razonabilidad, corresponde analizar si la sanción administrativa, por la infracción establecida en el artículo 9° del RFIS, fue impuesta considerando los criterios de graduación establecidos en el artículo 246 del TUO de la LPAG.

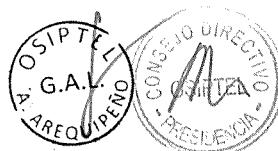
Sobre el particular, se advierte que la Primera Instancia estableció el monto de las seis (6) multas dentro de los márgenes previstos, esto es, cincuenta y uno (51) UIT por cada una, teniendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG dentro de los cuales se tuvo en cuenta que la probabilidad de detección era muy alta, y que no se evidenció la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción, y, posteriormente fueron modificadas, reduciéndolas a cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT, considerando el factor atenuante de responsabilidad previsto en el artículo 18° del RFIS, referido a que cesó la conducta infractora.

Ahora bien en cuanto al criterio del beneficio ilícito obtenido, cuestionado por ENTEL, se debe señalar que la Primera Instancia ha tenido en cuenta que el beneficio resultante de la comisión de la infracción por parte de ENTEL, se encuentra representado por los costos evitados para implementar los mecanismos adecuados a nivel de sus sistemas y de contar con personal idóneo que le permita cumplir con entregar información exacta.

Al respecto, cabe indicar que el requerimiento de la información del servicio de internet móvil a ENTEL, efectuado a través de la carta C. 1111–GG.GPRC/2014 con instrucciones para la entrega de dicha información, se efectuó en el marco de las facultades reconocidas al OSIPTEL, no siendo necesario que la información que este regulador requiera se encuentre establecido en una norma. Por lo tanto, ENTEL debió actuar con el cuidado y la diligencia debida para cumplir con entregar información exacta al OSIPTEL.

Con relación a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, cuestionado por ENTEL, se debe señalar que a ENTEL se le solicitó información de los reportes trimestrales de su servicio de internet móvil, con la finalidad de contar con estadísticas consistentes, que permitan al OSIPTEL ejercer su función reguladora respecto de dicho servicio; sin embargo, desde que se requirió dicha información, transcurrieron meses sin que se pueda tener información exacta que permita contar con información real y actualizada del servicio de internet móvil; lo cual, en definitiva afectó la labor del organismo regulador, al mercado y finalmente a los consumidores.

Respecto al perjuicio económico causado y a la reincidencia, se debe señalar que contrario a lo manifestado por ENTEL, la Primera Instancia sí analizó estos criterios en la determinación de las sanciones impuestas, **considerando sancionar con el límite mínimo para las infracciones graves;** sin perjuicio de ello, cabe reiterar que las seis (6) multas fueron impuestas por cada reporte trimestral de su servicio de internet móvil de ENTEL, toda vez que la conducta de remitir información inexacta por cada trimestre es independiente uno del otro.



Con relación a las circunstancias de la comisión de la infracción, cuestionado por ENTEL, se debe tener en cuenta que en el Glosario de Términos adjunto a la carta C. 1111-GG.GPRC/2014, a través de la cual se le requirió la información, se indicó expresamente que no se utilizarían los conceptos de tráfico facturado y tráfico cursado incluidos en la Resolución 050-2012-CD/OSIPTEL.

Además, se debe señalar que en el Acta de la reunión del 10 de diciembre de 2015, que obra en el folio 33 del Expediente N° 00132-2016-GG-GFS (que corresponde al procedimiento de supervisión) no se aprecia que funcionarios del OSIPTEL hayan realizado alguna aclaración a ENTEL que les permita recién entender que los criterios a utilizar para el servicio de internet móvil debían ser distintos a los indicados en la precitada Resolución.

Por tanto, de conformidad con los fundamentos expuestos, se considera que en el análisis de la Primera Instancia se ha aplicado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, debiendo confirmarse las seis (6) sanciones de multa, de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 9° del RFIS.

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

Al ratificar este Colegiado que corresponde sancionar a ENTEL por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS, corresponde la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 277-GAL/2017 del 28 de noviembre de 2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, 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 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 655.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por ENTEL PERÚ S.A., contra la Resolución N° 216-2017-GG/OSIPTEL; en consecuencia, CONFIRMAR la sanción de seis (6) multas de cuarenta y tres con treinta y cinco (43.35) UIT, impuestas por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS, al haber entregado información inexacta en cada reporte trimestral correspondiente a los años 2014 (I, II, III y IV trimestre) y 2015 (I y II trimestre), respecto a su servicio de internet móvil.

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) Notificar la presente Resolución a la empresa apelante conjuntamente con el Informe N° 277-GAL/2017; ii) Publicar la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; iii) Publicar la presente resolución en la página web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe, conjuntamente con el Informe N° 277-GAL/2017 y la Resolución N°



216-2017-GG/OSIPTEL, y; iv) Poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.



RAFAEL EDUARDO MUELLE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

