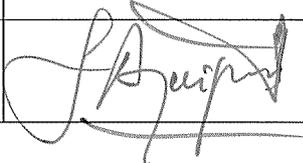


<b>A</b>	:	<b>RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ</b> <b>Presidente del Consejo Directivo</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>Recurso de Apelación presentado por la empresa Entel Perú S.A. contra la Resolución N° 216-2017-GG/OSIPTEL</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>Expediente N° 00002-2017-GG-GFS/PAS</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>28 de noviembre de 2017</b>



	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>	<b>FIRMA</b>
<b>ELABORADO POR</b>	Abogado Especialista en Temas Regulatorios	Pamela Lisett Cadillo La Torre	
<b>REVISADO Y APROBADO POR</b>	Gerente de Asesoría Legal	Luis Alberto Arequipeño Támara	

Derivado a:	<i>SCD</i>
CC:	Reg.Saad
Atención	Informe
Conocimiento	Comentarios
Preparar resp. esta	Ayuda Memoria
Aprobado	Archivado
Revisar	AGEN: A.C.D. <input checked="" type="checkbox"/>
Nota	
Fecha:	<i>01/12/17</i> Presidente OSIPTEL



**I. RESUMEN:**

- En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Entel Perú S.A. (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 216-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le impuso las siguientes sanciones:

Norma	Conducta Imputada		Tipificación	Sanción
	Artículo	Conducta		
Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones	Artículo 9	Haber entregado información inexacta del <b>I trimestre del año 2014</b> correspondiente al servicio de internet móvil	Artículo 9	Multa 43.35 UIT
		Haber entregado información inexacta del <b>II trimestre del año 2014</b> correspondiente al servicio de internet móvil		Multa 43.35 UIT
		Haber entregado información inexacta del <b>III trimestre del año 2014</b> correspondiente al servicio de internet móvil		Multa 43.35 UIT
		Haber entregado información inexacta del <b>IV trimestre del año 2014</b> correspondiente al servicio de internet móvil		Multa 43.35 UIT
		Haber entregado información inexacta del <b>I trimestre del año 2015</b> correspondiente al servicio de internet móvil		Multa 43.35 UIT
		Haber entregado información inexacta del <b>I trimestre del año 2015</b> correspondiente al servicio de internet móvil		Multa 43.35 UIT

- Recomendación: Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación presentado por ENTEL y, en consecuencia, **CONFIRMAR** las sanciones impuestas.
- Plazo para resolver: 6 de diciembre de 2017.

**II. ANTECEDENTES:**

- El 29 de setiembre de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización<sup>1</sup> (en adelante, GSF) estableció el Plan de Supervisión para verificar la información presentada por ENTEL de los reportes del I, II, III y IV trimestre del año 2014 y, I y II trimestre del año 2015, correspondientes al servicio de internet móvil, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones<sup>2</sup> (en adelante, RFIS).
- La GSF como producto de la verificación realizada al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 9° del RFIS, mediante Informe de Supervisión N° 00954-GFS/2016 del 30 de diciembre de 2016, del Expediente de Supervisión N° 00132-2016-GG-GFS, concluyó que ENTEL habría incumplido con lo dispuesto en el precitado artículo, al hacer entrega de información inexacta en cada reporte

<sup>1</sup> A través del Decreto Supremo N° 045-2017-PCM se modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, variándose el nombre de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

<sup>2</sup> Aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y su modificatoria.



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

3. Mediante Carta C. 00013-GFS/2017, notificada el 3 de enero de 2017, la 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. En dicha Carta se precisó el propósito de emitir una Resolución que imponga una sanción por cada una de las supuestas infracciones en las que habría incurrido por Trimestre.
4. El 10 de enero de 2017, ENTEL solicitó prórroga de diez (10) días hábiles para la presentación de sus descargos; ampliación que fue concedida mediante Carta C. 00153-GFS/2017, notificada el 17 de enero de 2017.
5. El 31 de enero de 2017, ENTEL presentó sus descargos.
6. 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<sup>3</sup>.
7. 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:

**“Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y CINCO (43.35) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta del I trimestre del año 2014 correspondiente al servicio de internet móvil; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.**

**Artículo 2°.- Sancionar a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y CINCO (43.35) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta del II trimestre del año 2014 correspondiente al servicio de internet móvil; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.**

**Artículo 3°.- Sancionar a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y CINCO (43.35) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta del III trimestre del año 2014 correspondiente al servicio de internet móvil; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.**

<sup>3</sup> Cabe anotar, que ENTEL no presentó comentarios al citado informe.



**Artículo 4°.-** Sancionar a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y CINCO (43.35) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta del **IV trimestre del año 2014** correspondiente al servicio de internet móvil; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**Artículo 5°.-** Sancionar a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y CINCO (43.35) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta del **I trimestre del año 2015** correspondiente al servicio de internet móvil; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.

**Artículo 6°.-** Sancionar a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de CUARENTA Y TRES CON TREINTA Y CINCO (43.35) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución del Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, al haber entregado información inexacta del **II trimestre del año 2015** correspondiente al servicio de internet móvil; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente resolución.”

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

### III. VERIFICACIÓN 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 del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup> (en adelante, TUO de la LPAG), 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.

### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales argumentos de ENTEL son los siguientes:

- 4.1 En la resolución impugnada se desconoce la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad.
- 4.2 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.
- 4.3 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.

<sup>4</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



- 4.4 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.
- 4.5 Sobre la determinación de la sanción, señala que en la resolución impugnada se vulnera el Principio de Razonabilidad.

**V. ANÁLISIS:**

Con relación a los argumentos formulados por ENTEL, cabe señalar lo siguiente:

**5.1 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 -sobre el servicio de internet móvil- según los criterios exigidos por el OSIPTTEL, lo cual fue verificado en las acciones de supervisión de octubre y diciembre de 2016.

Así, ENTEL considera que 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, resulta aplicable al presente caso, por lo que manifiesta debe 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.

En ese sentido, ENTEL sostiene que el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG, es una disposición que prevalece sobre cualquier norma al régimen sancionador del OSIPTTEL (tanto por jerarquía como por temporalidad) y no exige que, para que proceda la subsanación voluntaria de una infracción, los efectos de la conducta hayan tenido que ser revertidos.

Además, ENTEL considera que interpretar que el artículo 9° del RFIS tiene como objetivo que el OSIPTTEL cuente con información sobre los servicios de las operadoras únicamente en un momento determinado, y no posteriormente, implica realizar interpretaciones que no se ajustan al texto de la referida disposición, y que vacía totalmente de contenido la figura de la subsanación voluntaria para este caso.

Agrega ENTEL que se desconoce así que el derecho a la subsanación fue especialmente creado para incentivar que los administrados subsanen voluntariamente las infracciones en las que incurrir, al margen de la naturaleza de la infracción o la oportunidad en la que esta se configuró.

Al respecto, se debe señalar que el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG establece lo siguiente:



*"Artículo 255.- Eximentes y atenuantes de responsabilidad por Infracciones*

*1. Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*

*(...)*

*f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253."*

(Sin subrayado en el original)

Como se aprecia, a efectos de aplicar el eximente antes mencionado, 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, el Consejo Directivo del OSIPTEL, 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, el Consejo Directivo del OSIPTEL 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.

Con relación a lo antes indicado, se aprecia en el presente PAS, que ENTEL incurrió en la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS, al hacer entrega de información inexacta, en cada reporte trimestral correspondiente al I, II, III y IV trimestre del año 2014 y, I y II trimestre del año 2015, respecto de su servicio de internet móvil.

Asimismo, se observa en el Informe N° 00954-GFS/2016 del 30 diciembre de 2016, emitido en el Expediente N° 00132-2016-GG-GFS (que corresponde al procedimiento de supervisión) que la GFS verificó que la información inexacta fue entregada a través de las cartas CGR-1228/15 recibida el 14 de agosto de 2015 y CGR-1413/15 recibida el 16 de setiembre de 2015, y que ENTEL cesó su conducta infractora antes del inicio del PAS, con la presentación de nuevas versiones de sus reportes trimestrales, mediante las siguientes cartas:

PERIODO	DOCUMENTO	FECHA DE ENTREGA
1° trimestre 2014	CGR-922/16	04/05/2016
2° trimestre 2014	CGR-857/16	21/04/2016
3° trimestre 2014	CGR-802/16	13/04/2016
4° trimestre 2014	CGR-628/16	23/03/2016
1° trimestre 2015	CGR-657/16	30/03/2016
2° trimestre 2015	CGR-328/16	17/02/2016

Adicionalmente, se indicó con relación a la reversión de los efectos derivados de la conducta infractora, que la información inexacta presentada imposibilitó al OSIPTEL realizar la estimación de indicadores a nivel de la industria que permita un mejor entendimiento de la situación y evolución del mercado para el planteamiento de políticas que puedan beneficiar la competencia en el sector, así como, afectó a los consumidores (i) por no contar con información sobre un servicio de creciente importancia como el del internet móvil, y (ii) por no acceder a beneficios a los que posiblemente accederían si el regulador y los operadores que ofrecen el servicio contarán con información real y actualizada del mercado.

En ese sentido, la Primera Instancia analizó la aplicación de la subsanación voluntaria como eximente de responsabilidad, indicando que la entrega de las nuevas versiones de los reportes trimestrales de ENTEL fue voluntaria, que dicha empresa cesó su conducta infractora antes del inicio del PAS, y que la entrega de información inexacta generó efectos no reversibles a la función reguladora del OSIPTEL.

En atención a lo expuesto, 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.



## 5.2 Respecto 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 al OSIPTEL información exacta sobre su servicio de internet móvil.

Agrega ENTEL, que la información que presentó mediante cartas CGR-1228/15 y CGR-1413/15, no es inexacta, puesto que recoge información real y veraz sobre el tráfico facturado y el tráfico que cursó correspondiente al servicio internet móvil durante los cuatro (4) trimestres del año 2014 y los dos (2) primeros trimestres del año 2015.

Así, ENTEL manifiesta que si dicha información no se ajustaba, en opinión del OSIPTEL, a la forma en la que se requería sea procesada y remitida, de acuerdo al pedido formulado mediante carta C. 1111 –GG.GPRC/2014, es una discusión distinta que no tiene que ver con el incumplimiento del artículo 9° del RFIS.

Al respecto, tal como se aprecia en el Informe N° 00954-GFS/2016, ENTEL trasgredió lo dispuesto en el artículo 9° del RFIS<sup>5</sup>, 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, de acuerdo al siguiente detalle:

- 1° Trimestre de 2014, remitido mediante carta CGR-1228/15 recibida el 14 de agosto de 2015, con diferencias en el tráfico del orden de 165,83%*
- *Tráfico facturado, por considerar sólo el tráfico consumido de la bolsa asignada y no el total adquirido.*
  - *Tráfico de las categorías 5 y 6, por errores cometidos al momento de reportar la información.*
- 2° Trimestre de 2014, remitido mediante carta CGR-1228/15 recibida el 14 de agosto de 2015, con diferencias en el tráfico del orden de 111,75%*
- *Tráfico facturado, por considerar sólo el tráfico consumido de la bolsa asignada y no el total adquirido.*
  - *Tráfico de las categorías 5 y 6, por errores cometidos al momento de reportar la información.*
- 3° Trimestre de 2014, remitido mediante carta CGR-1228/15 recibida el 14 de agosto de 2015, con diferencias en el tráfico del orden de 72,52%*
- *Tráfico facturado, por considerar sólo el tráfico consumido de la bolsa asignada y no el total adquirido.*
  - *Tráfico de las categorías 5 y 6, por errores cometidos al momento de reportar la información.*

<sup>5</sup> "Artículo 9°.- Entrega de información inexacta  
La Empresa Operadora que haga de entrega de información inexacta incurrirá en infracción grave."



4° Trimestre de 2014, remitido mediante carta CGR-1413/15 recibida el 16 de septiembre de 2015, con diferencias en el tráfico del orden de 64,51%

- Tráfico facturado, por considerar sólo el tráfico consumido de la bolsa asignada y no el total adquirido.
- Tráfico de las categorías 5 y 6, por errores cometidos al momento de reportar la información.

1° Trimestre de 2015, remitido mediante carta CGR-1413/15 recibida el 16 de septiembre de 2015, con diferencias en el tráfico del orden de 76,37%

- Tráfico facturado, por considerar sólo el tráfico consumido de la bolsa asignada y no el total adquirido.
- Tráfico de las categorías 5 y 6, por errores cometidos al momento de reportar la información.

2° Trimestre de 2015, remitido mediante carta CGR-1413/15 recibida el 16 de septiembre de 2015, con diferencias en el tráfico del orden de 55,57%

- Tráfico facturado, por considerar sólo el tráfico consumido de la bolsa asignada y no el total adquirido.
- Tráfico de las categorías 5 y 6, por errores cometidos al momento de reportar la información."

En ese sentido, contrario a lo manifestado por ENTEL, se advierte que si 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 la carta C. 1111 – GG.GPRC/2014 a través de la cual se le requirió la información. Por tanto, no se contraviene el Principio de Tipicidad.

### 5.3 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 los 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, se debe tener en cuenta que el Artículo 5° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), establece lo siguiente:

**"Artículo 5.- Información para estadísticas y elaboración de normas**

*Además de lo establecido en el numeral 4.1 del Artículo 4 de esta Ley, OSIPTEL podrá requerir la información necesaria para realizar estadísticas y para la elaboración de normas. Para dicho efecto emitirá los instructivos de cumplimiento obligatorio en los que se detalle el tipo de información solicitada, su periodicidad y demás condiciones para su entrega."*

De acuerdo con esta norma, 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.

Sobre el particular, se debe señalar que mediante carta C. 1111-GG.GRPC/2014 notificada el 18 de noviembre de 2014, que obra en el Expediente N° 0132-2016-GG-GFS (que corresponde al procedimiento de supervisión), se requirió a ENTEL, la información del reporte del I, II y III trimestre del año 2014, en los siguientes términos:

"(...)

*Me dirijo a usted en representación del Organismo Supervisor de Inversión Privada de Telecomunicaciones –OSIPTEL, con relación a los nuevos formatos de reporte de información sobre el servicio de Internet desde terminales móviles con velocidades superiores a 256 Kbps y superiores a 768 Kbps. Como es de su conocimiento, estos fueron presentados al personal técnico de su representada en la reunión llevada a cabo el día 12 de setiembre, en las instalaciones del OSIPTEL.*

*Al respecto, luego de recopilar y consolidar las opiniones y consultas recibidas de las empresas operadoras, se remite adjunto a la presente comunicación la versión final del Glosario de términos y los nuevos formatos, a fin de que su representada reporte información del servicio en mención. Además, se adjunta las respuestas a los comentarios que formulase mediante carta de la referencia.*

*Teniendo en cuenta que se han realizado ajustes a los formatos mostrados, se les solicita la revisión de los criterios, restricciones y condiciones finales que figuran en el glosario de términos adjunto, a fin de contar con estadísticas consistentes del servicio.*

*La información requerida deberá ser presentada para el I, II y III trimestre del 2014.*

(...)

*En ese sentido, la información estadística debe ser remitida para los trimestres señalados según los formatos establecidos, en el orden y los plazos que se muestra a continuación:"*



(Sin subrayado ni resaltado en el original)

Asimismo, mediante carta C. 693-GG.GPRC/2015, notificada el 14 de julio de 2015, se requirió a ENTEL información del reporte del IV trimestre del año 2014 y, I y II trimestre del año 2015, en los siguientes términos:

"(...)

Ref.: a) Carta C1111-GG-GPRC/2014, de fecha 14 de noviembre de 2014.

"(...)

*Al respecto, considerando la necesidad de contar con información actualizada del servicio, por medio de la presente comunicación <sup>[2]</sup> se le solicita remitir información correspondiente a los trimestres 2014-IV, 2015-I y 2015-II. Como es de su conocimiento, toda la información requerida se basa en el Glosario de Términos contenido en el Anexo 1 y en los Formatos contenidos en el Anexo 2, los mismos que se le remitieron como adjunto a la carta a) de la referencia."*

De esta manera, de las cartas antes citadas, se aprecia que a ENTEL se le requirió información de los reportes de su servicio de internet móvil correspondiente a los cuatro (4) trimestres del año 2014 y dos (2) primeros trimestres del año 2015, con instrucciones de cómo debía presentar dicha información.

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 ese sentido, el hecho que la remisión de información sobre el servicio de internet móvil no se encuentre establecida en una norma, no exime a ENTEL de la obligación de entregar información consistente y coherente al OSIPTEL.

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.

#### **5.4 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 -una por cada trimestre respecto del cual supuestamente se entregó información inexacta-, sin estar facultado legalmente para imponer más de una sanción por el incumplimiento.

Agrega ENTEL, que el artículo 9° del RFIS señala que la entrega de información inexacta constituye infracción, sin introducir un criterio de periodicidad que justifique una sanción por cada mes o trimestre en que la información presentada resulte inexacta, por lo que considera 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 el Consejo Directivo del OSIPTEL 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 especifica que la transgresión al artículo 9° del RGIS, se da por la entrega de información inexacta en relación al servicio de internet móvil correspondiente a cada trimestre (I, II, III y IV trimestre de 2014 y, I y II trimestre de 2015). Además, en dicha carta 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.

#### **5.5 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. Así, señala que el OSIPTEL la sanciona por no haber tenido la diligencia de implementar unos sistemas que ninguna norma legal la obliga a tener.
- b) Respecto a la probabilidad de detección de la infracción, sostiene que la Primera Instancia no ha cumplido con lo que indicó en este criterio, cuando manifestó que: *"hay una probabilidad muy alta de detección, razón por la cual este criterio debía ser utilizado en favor del administrado para imponer la menor multa."*
- 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; manifestando que no es posible se utilicen afirmaciones genéricas y afectaciones no probadas para sostener que por dichos motivos corresponde sancionar a los administrados.

- d) Con relación al perjuicio económico causado, señala que al no verificarse dicho perjuicio debió aplicarse dicho criterio 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) Con relación a la reincidencia, señala que al no haberse configurado debió aplicarse dicho criterio 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.
- f) Respecto a las circunstancias de la comisión de la infracción, sostiene que su diligencia debe ser medida en función al cumplimiento de sus obligaciones legales y no en función a cada requerimiento de información que realiza el Regulador; considerando 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 Norma de Requerimientos Informáticos de Información Periódica sobre los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL<sup>6</sup>.

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.

- g) 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, observando los siguientes criterios de graduación:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

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.

<sup>6</sup> Resolución que aprobó los Anexos I y II de la Norma de Requerimientos Informáticos de Información Periódica sobre los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.



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, cabe señalar que este se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

Caso contrario, se crearía un desincentivo al cumplimiento de las empresas operadoras que sí invierten en el cumplimiento de la normativa, al advertir que los infractores no son sancionados considerando aquellas conductas –e inversiones–, que debieron efectuar para dar cumplimiento a la norma.

Así, 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 la remisión de la información del servicio de internet móvil requerida a ENTEL, se solicitó a través de la carta C. 1111 –GG.GPRC/2014 con instrucciones para la entrega de dicha información; así, el hecho que la remisión de dicha información no se encuentre establecida en una norma, no exime a ENTEL de haber tenido el cuidado y la diligencia debida de realizar las acciones necesarias que le permitan 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 este se sustenta en que la entrega de información inexacta afectó lo siguiente:

- Retrasó la función reguladora del OSIPTEL.
- Imposibilitó la estimación de indicadores a nivel de la industria que permita un mejor entendimiento de la situación y evolución del mercado para el planteamiento de políticas que puedan beneficiar la competencia en el sector; impidiendo que los demás operadores cuenten con información del mercado que pueda guiar sus decisiones en cuanto a la oferta comercial y promociones.
- Afectó a los consumidores (i) porque no cuentan con información sobre un servicio de creciente importancia como el de internet móvil, y (ii) porque no acceden a beneficios a los que posiblemente accederían si el organismo



regulador y los operadores que ofrecen el servicio contarán con información real y actualizada del mercado.

Sobre el particular, cabe indicar 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.

En ese sentido, se considera que lo señalado por la Primera Instancia, no son argumentos genéricos ni especulativos, sino situaciones ocasionadas por la remisión de información inexacta que 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 contrariamente a lo manifestado por ENTEL, la Primera Instancia sí tuvo en cuenta estos criterios en la determinación de la sanción, los mismos que analizados conjuntamente con los otros criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG, se determinó imponer seis (6) multas a ENTEL de cincuenta y uno (51) UIT, es decir, se impuso cada multa considerando el límite mínimo para las infracciones graves, y posteriormente se redujeron dichas multas, imponiendo seis (6) multas de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT, al aplicarse un descuento del 15 % considerando el atenuante de responsabilidad, referido al cese de la conducta infractora.

Al respecto, cabe reiterar que las seis (6) multas fueron impuestas por 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, 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, ENTEL señala que remitió la información solicitada por el OSIPTEL, considerando los conceptos de tráfico facturado y tráfico cursado indicados en la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL, no obstante, 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 lo siguiente:

***“Dado que el servicio de Internet móvil cuenta con características diferentes a otros servicios de telecomunicaciones -por ejemplo, no cuenta con servicios gratuitos- para el presente reporte es necesario redefinir los conceptos de tráfico facturado y tráfico cursado para este servicio. Por lo tanto, para el caso del servicio de Internet Móvil, se utilizará conceptos de tráfico facturado y tráfico cursado diferentes a los incluidos en la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL para el resto de servicios de telecomunicaciones.”***

(Sin resaltado ni subrayado en el original)

Como se puede apreciar, en el requerimiento de información a ENTEL, expresamente se señaló que no se utilizarían los conceptos de tráfico facturado y tráfico cursado incluidos en la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL, considerando que el servicio de internet móvil cuenta con características diferentes a otros servicios de telecomunicaciones.



Asimismo, con relación a que ENTEL manifiesta que el OSIPTEL recién 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 indicados en la precitada norma, se debe señalar que dicha reunión se realizó con la finalidad de recabar información con relación a la generación de los reportes del servicio de internet móvil del III trimestre de 2015 de ENTEL, en la cual, los funcionarios del OSIPTEL realizaron precisiones a los criterios empleados en la generación de dichos reportes, como se muestra a continuación:

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)

(...)

Siendo las 10:00 horas del 10 de diciembre de 2015, los profesionales del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), (...) ingresaron a las instalaciones de la empresa ENTEL PERÚ S.A. (...) a efectos de recabar información en torno a la generación de los reportes del servicio de Internet Móvil del 3T 2015, en atención a la comunicación CGR-1923/15.

(...)

Durante la reunión se revisaron los criterios empleados para la generación de los reportes. En ese sentido se realizaron las siguientes precisiones:

- Respecto a los niveles de tráfico:
  - El tráfico corresponde al tráfico potencial que puede consumir el abonado (por ejemplo, si el plan tarifario o paquete de datos le otorga al usuario 1 Gb, esta cantidad deberá ser considerada como tráfico facturado independientemente si consumió o no la totalidad de datos asignados).
  - El tráfico cursado considerará el tráfico efectivamente utilizado por el usuario, incluyendo la otorgada por el plan así como el tráfico promocional otorgado al usuario (por ejemplo, si el plan tarifario le otorga al usuario 1 Gb para navegación, pero solo consume 800 Mb, solo se considerará como tráfico cursado 800 Mb. Por otro lado, si aparte de lo otorgado por el plan tarifario se le otorga como bono promocional 0.2 Gb y consume la totalidad de los datos (otorgados por el plan más el bono promocional), se considerará como tráfico cursado 1.2 Gb).
- Los paquetes de datos pagados que son para uso exclusivo de redes sociales, mail o chat no serán considerados en los formatos establecidos.
- Los datos otorgados exclusivamente a redes sociales de manera gratuita como parte del plan tarifario será considerado únicamente dentro del tráfico cursado en las categorías 1, 2, 3, 4 o 5 dependiendo el tipo de dispositivo (por ejemplo, los datos asignados por el plan de manera gratuita para navegación en Facebook). Siempre que se cumplan los criterios establecidos en el glosario de términos.
- Los planes ilimitados serán presentados de manera separada a los formatos establecidos. No obstante, estos deberán ser presentados con los mismos criterios y variables (esto es, número de líneas, tráfico cursado e ingresos, según los criterios mencionados en el glosario de términos)."



En ese sentido, contrario a lo manifestado por ENTEL, no se aprecia que en la reunión del 10 de diciembre de 2015, funcionarios del OSIPTEL, hayan realizado alguna aclaración a dicha empresa que les permita recién entender que los criterios a utilizar para el servicio de internet móvil debían ser distintos a los indicados en la Resolución N° 050-2012-CD/OSIPTEL.

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.

#### **VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES**

De conformidad con el artículo 33° de la LDFF, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ratificar el Consejo Directivo que corresponde sancionar a ENTEL por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS, corresponderá publicar la resolución que expida dicho Colegiado.

#### **VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución N° 216-2017-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, CONFIRMAR las seis (6) sanciones de multa de cuarenta y tres punto treinta y cinco (43.35) UIT, impuestas por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 9° del RFIS.

