

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	GUSTAVO RICARDO VILLEGAS DEL SOLAR ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA ENTEL PERÚ S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 413-2023-GG/OSIPTEL
EXPEDIENTE	:	Expediente N° 025-2023-GG-DFI/PAS
FECHA	:	6 de marzo de 2024

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADA ESPECIALISTA EN TEMAS REGULATORIOS	CLAUDIA SILVA JÁUREGUI
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTORA DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA (E)	ZARET MATOS FERNANDEZ



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa ENTEL PERÚ S.A. (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 250-2022-GG/OSIPTEL, en el marco del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado por no alcanzar el valor objetivo (VO) del indicador Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM) correspondiente al servicio de acceso a Internet móvil, en diecisiete (17) centros poblados (en adelante, CCPP).

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante carta N° 629-DFI/2021, notificada el 10 de marzo de 2023, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a ENTEL el inicio de un PAS, por la comisión de las siguientes infracciones, ocurridas durante el primer semestre del 2022:

Infracción	Incumplimiento	Centros poblados (CCPP)	Calificación
ítem N° 12 del Anexo N° 2 “Régimen de Infracciones y Sanciones” Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones ¹ (en adelante, Reglamento de Calidad)	VO del indicador CVM	San Juan, Contamana, Pausa, Víctor Raúl, Iberia, Parachique-La Bocana	Grave
	Numeral 6.1.1. del artículo 6 y Anexo N° 11 ²	Contumazá, Cartavio, Patapo, Pomabamba, El Pedregal, Cusco, Panao, Concepción, El Alto, Campo Verde, Curimaná	Leve

- 2.2. Con fecha 22 de agosto de 2023, la DFI remitió a la Gerencia General, el Informe Final de Instrucción N° 159-DFI/2023 (en adelante, el IFI), el mismo que le fue notificado a la empresa operadora mediante carta N° 518-GG/2023, de fecha 11 de setiembre de 2023, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que ésta formule sus descargos.

- 2.3. A través de la Resolución N° 413-2023-GG/OSIPTEL, de fecha 6 de diciembre de 2023, la Primera Instancia resolvió sancionar a ENTEL en los siguientes términos:

Infracción	Incumplimiento	Centros poblados (CCPP)	Multa (UIT)
ítem N° 12 del Anexo N° 2 “Régimen de Infracciones y Sanciones” Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de Calidad)	VO del indicador CVM	San Juan	127,4
		Contamana	127,4
		Pausa	125,3
		Víctor Raúl	126,4
		Iberia	128,4
		Parachique - La Bocana	125,3
	Numeral 6.1.1. del artículo 6 y Anexo N° 11	Contumazá	32,4
		Cartavio	31,3
		Patapo	31,6
		Pomabamba	31,3
		El Pedregal	31,6
		Cusco	31,3
		Panao	12,7
		Concepción	31,3
		El Alto	31,6

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.



		Campo Verde	32,1
		Curimaná	31,1

- 2.4. Mediante escrito N° EGR-001-2024-AER, de fecha 4 de enero de 2024, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 413-2023-GG/OSIPTEL.
- 2.5. Con Memorando N° 045-OAJ/2024, de fecha 23 de enero de 2024, la Oficina de Asesoría Jurídica (en adelante, OAJ) solicitó a la DFI realice el análisis de las pruebas presentadas por ENTEL; el cual fue atendido por la DFI mediante el Memorando N° 248-DFI/2024 de fecha 13 de febrero de 2024.

III. 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, y, 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 contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

ENTEL sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Se habría vulnerado el Principio de Debido Procedimiento, en tanto el órgano instructor habría utilizado de manera incorrecta instrumentos de supervisión como las Actas de Levantamiento de Información.
- 4.2. Se habría vulnerado el Principio de Legalidad, debido a que el Instructivo Técnico con el cual se habrían realizado las mediciones que dieron mérito al PAS no se encontraría vigente en el ordenamiento jurídico.
- 4.3. Se habría vulnerado el Principio de Tipicidad, en la medida de que el tipo infractor imputado no permitiría sancionar de manera independiente el incumplimiento de cada centro poblado.
- 4.4. Se habría vulnerado el Principio de Verdad Material, puesto que no se habría valorado adecuadamente los medios probatorios remitidos en sus descargos.
- 4.5. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, en tanto no existirían razones que justifiquen el ejercicio de la potestad sancionadora del Osiptel.
- 4.6. ENTEL señala que existiría una indebida graduación de las sanciones impuestas.
- 4.7. Se habría vulnerado su derecho a una debida motivación de las resoluciones, en tanto la Primera Instancia no se habría pronunciado sobre la totalidad de sus descargos.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de ENTEL, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la presunta vulneración al Principio de Debido Procedimiento

ENTEL indica que el órgano supervisor habría utilizado un instrumento de fiscalización no idóneo, puesto que debía haber utilizado las actas de supervisión en campo, que se

³ Debe indicarse que el Consejo Directivo del Osiptel, a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

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



encuentran en el artículo 28 del Reglamento General de Fiscalización⁵, en lugar de las actas de levantamiento de información.

Al respecto, la empresa operadora argumenta que en estas últimas no se otorgaría la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, al no permitírsele anotar observaciones, identificar a la persona de parte de ENTEL que atendió la supervisión, o recibir una copia de dichas actas, garantías previstas en el artículo 241 del TUO de la LPAG.

Asimismo, señala ENTEL que la elección de actas a utilizar en el procedimiento de supervisión no estaría amparada bajo el Principio de Discrecionalidad con el que cuenta el Osiptel, puesto que esto supondría utilizar métodos de supervisión que no fueron establecidos en la norma para cumplir la finalidad pretendida.

Sobre el particular, es preciso indicar que, en la Resolución N° 128-2020-CD/OSIPTEL⁶, el Consejo Directivo indicó que las actas de supervisión y las actas de levantamiento de información constituían figuras jurídicas con reglas diferenciadas; sin embargo, ambos documentos pueden ser considerados para recabar información, teniendo en cuenta que las metodologías de supervisión son diversas y a través del uso de cualquiera de ellos es posible obtener medios probatorios efectivos para acreditar posibles incumplimientos.

En línea con lo antes expuesto, se tiene que en la Resolución N° 154-2020-CD/OSIPTEL⁷, el Consejo Directivo incide en el hecho que las actas de levantamiento de información también constituyen un tipo de acta de supervisión, las cuales, al cumplir con el procedimiento y la información previstos en el Reglamento de Calidad, dotan de validez a la información que estas recaban, en atención a su carácter de instrumento público.

En atención a ello, si bien aquellas presentan características particulares establecidas en el artículo 25 del Reglamento General de Fiscalización⁸, resulta lógico que se les aplique sus requisitos específicos, así como los generales, en tanto se ajusten a su naturaleza especial.

Entonces, frente a lo sostenido por ENTEL, resulta necesario indicar que la literalidad del artículo 25 del Reglamento General de Fiscalización señala que los levantamientos de información son acciones de supervisión que se llevan a cabo – entre otros- a través de la recolección de datos (vg. mediciones de las características técnicas de los servicios) que guarden relación con el objeto de la supervisión.

Siendo así, considerando tanto la naturaleza de la materia supervisada como lo normativamente establecido en el mencionado Reglamento, resulta claro que las acciones de

⁵ Aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

⁶ Disponible en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/rchp12s3/res128-2020-cd.pdf>

⁷ Disponible en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/b3nj3h55/res154-cd-2020.pdf>.

⁸ **“Artículo 25.- Levantamientos de información**

Los levantamientos de información son acciones de supervisión que se realizan a través de la visualización, captura de pantalla, de audio o de video, trazas, recolección de datos o impresión de la información contenida en una página Web, aplicativo, acceso remoto, u otras fuentes que guarden relación con el objeto de la supervisión, ya sean de la entidad supervisada, de un tercero o del mismo OSIPTEL.

También constituyen levantamientos de información las mediciones de las características técnicas de los servicios y las pruebas remotas, manuales o automáticas, que se realicen para comprobar las prestaciones, la operatividad del servicio, así como del equipamiento asociado.

La información recabada se plasmará en un acta, que deberá contener como mínimo, lo siguiente:

- a) Identificación del o los supervisores que intervendrán;*
- b) Denominación de la entidad supervisada;*
- c) Indicación de la fuente de información;*
- d) Mención del objeto de la acción de supervisión;*
- e) Fecha en que se efectúa el levantamiento de información con indicación de la hora del mismo;*
- f) Mención de la información recabada; y,*
- g) Firma del o los supervisores que hayan intervenido.*

El acta de levantamiento de información suscrita por un supervisor constituye instrumento público.”



supervisión –sobre las cuales se sustenta el presente PAS- fueron llevadas a cabo bajo la metodología idónea y, además, fueron plasmadas en el documento que correspondía cumpliendo con el contenido mínimo establecido, es decir, con la identificación y firma de los supervisores intervinientes, la denominación de la entidad supervisada, mención de la fuente y la información recabada, indicación del objeto de supervisión, así como, la fecha y hora en que se efectúa el levantamiento de información.

Por otro lado, es importante señalar que, si bien pudo haberse llevado una acción de supervisión en presencia de representantes de la empresa operadora, lo cierto es que, considerando la literalidad de la obligación a supervisar, esto es, el VO de los indicadores de calidad de los servicios públicos de internet móvil brindados por la empresa operadora, el resultado no se iba a ver impactado por la presencia o no de personal especializado.

Aunado a ello, cabe decir que, si bien el acta representa un instrumento privilegiado por su naturaleza de documento público, no representa una prueba plena; por lo cual la empresa operadora, en ejercicio de su derecho de defensa, puede plantear cuestionamientos a nivel de supervisión, o en el marco de un eventual procedimiento sancionador, como es el caso. Por lo tanto, no se puede afirmar que la utilización de la misma limite el derecho de defensa que tiene la empresa operadora en su calidad de administrada.

Finalmente, respecto al Principio de Discrecionalidad, es necesario agregar también que los planes de supervisión constituyen documentos de gestión interna que tienen como objetivo tener una idea general y preliminar de cómo se va a llevar a cabo la etapa de supervisión en un caso particular. Por lo cual, es completamente válido que, como herramienta de supervisión, las actas de levantamiento de información estén contempladas en el Plan de Supervisión respectivo y, por tanto, se encuentren bajo el amparo de dicho Principio de la facultad fiscalizadora.

Por lo tanto, debido a que no ha existido una vulneración al Principio de Debido Procedimiento, corresponde desestimar los argumentos de ENTEL en este extremo de su Recurso de Apelación.

5.2. Sobre la presunta vulneración al Principio de Legalidad

ENTEL señala que el presente PAS se fundamentaría en disposiciones contenidas en un instrumento (Instructivo Técnico) que no resultaría exigible, puesto que no ha seguido las reglas de publicidad contenidas en el Decreto Supremo N° 014-2012-JUS.

En esa línea, sostiene ENTEL que el Instructivo Técnico impone obligaciones a las empresas operadoras, por lo cual tendría naturaleza reglamentaria. Por ello, sostiene que al no haber sido publicado en el diario oficial El Peruano, no formaría parte del ordenamiento vigente, y cualquier acto administrativo emitido sobre la base de sus disposiciones sería nulo.

Al respecto, es importante señalar que el Principio de Legalidad se recoge en el numeral 1 del artículo 248 del TUO de la LPAG y se sustenta en la Constitución Política del Perú, estableciendo que nadie podrá ser condenado o sancionado con pena no prevista previamente en las leyes.

En esa línea, el Tribunal Constitucional⁹ 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.

⁹ Ver la Sentencia del 26 de marzo de 2007 recaída en el Expediente N° 1182-2005-PA/TC, fundamento jurídico 14.

Asimismo, es importante indicar que el encargado de realizar la fiscalización del 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 Públicos; y la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del Osiptel (en adelante, LDFF).

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 son establecidos por el órgano supervisor y, además pueden tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada.

Es en ese sentido, que la Resolución N° 129-2020-CD/OSIPTTEL 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 N° 031-2021-GG/OSIPTTEL¹⁰ se aprobaron los instructivos técnicos para la supervisión de los indicadores de calidad – entre ellos- CVM.

En efecto, conforme se indica en los considerandos de la referida Resolución N° 031- 2021-GG/OSIPTTEL, la importancia de contar con los instructivos es la de 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 la base que el Osiptel es el que 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 predictibilidad a las empresas operadoras en el cumplimiento del indicador CVM. En ese sentido, contrario a lo que señala ENTEL, no es el objetivo del Instructivo Técnico el establecer nuevas obligaciones para las empresas operadoras, sino que constituye una guía de obligatorio cumplimiento para el regulador, con el fin de desarrollar su actividad de supervisión de forma idónea. Por tanto, al no ser el instructivo técnico una norma legal¹¹, este no debe cumplir con el requisito de publicidad establecido en el Decreto Supremo N° 014-2015-JUS.

Lo señalado incluso ha sido materia de pronunciamiento por parte del Consejo Directivo a través de la Resolución N° 237-2022-CD/OSIPTTEL¹². Sin perjuicio de ello, cabe indicar que los instructivos técnicos que fueron aprobados mediante la Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTTEL se encuentran publicados en el portal institucional del Osiptel, para conocimiento de las empresas operadoras.

Por último, cabe mencionar que la empresa operadora no ha señalado en su Recurso qué presuntas obligaciones le serían impuestas por medio del Instructivo Técnico. En ese sentido, es menester recordar que las obligaciones para las empresas operadoras que fueron materia de imputación en el marco del presente PAS, fueron las vinculadas al cumplimiento del valor objetivo del indicador CVM, las cuales se encuentran expresamente estipuladas en el numeral 6.1.1 del artículo 6 del Reglamento de Calidad y no en el Instructivo Técnico cuestionado.

En conclusión, al no haberse verificado la vulneración del Principio de Legalidad, corresponde desestimar el Recurso de Apelación en este extremo.

¹⁰ Tanto la Resolución de Gerencia General como los Instructivos Técnicos aprobados se encuentran disponibles en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/n-031-2021-gg-osiptel/>

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 Emitida en el Expediente N° 00030-2022-GG-DFI/PAS

5.3. Sobre la presunta vulneración al Principio de Tipicidad

ENTEL refiere que la Primera Instancia habría vulnerado el Principio de Tipicidad, puesto que el tipo infractor invocado en el presente PAS no permitiría sancionar de manera independiente por cada centro poblado, sino que, de cara a la infracción, se deberían considerar la totalidad de centros poblados en el semestre evaluado.

Por ello, la empresa operadora argumenta que el Osiptel estaría interpretando de manera errónea el tipo infractor al sancionar con multas independientes por cada centro poblado; por lo cual solicita se declare la nulidad de la Resolución impugnada y el archivo del procedimiento.

Sobre el particular, el Principio de Tipicidad, regulado en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG¹³, prescribe que, al calificar una conducta e imponer una sanción, la conducta imputada debe ceñirse a la tipificación prevista en la ley, y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajen con la descripción o aplicar sanciones no previstas en la norma.

En ese sentido, para determinar si ha existido una vulneración a este principio, resulta necesario verificar que i) el tipo infractor que sanciona el incumplimiento de la obligación que es atribuida a la administrada contiene una descripción expresa, detallada y clara de la conducta infractora, así como de la sanción específica para dicha infracción, y ii) la conducta imputada se encuentra en el supuesto de hecho del tipo infractor.

Así, es necesario hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Calidad:

“Artículo 6.- Indicadores y parámetros aplicables al servicio de acceso a Internet

Se establecen los siguientes indicadores de calidad:

6.1 Las empresas operadoras deberán implementar los indicadores definidos a continuación:

6.1.1. Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM): Las empresas operadoras están obligadas a prestar el servicio acorde con las velocidades contratadas por el abonado; sea prepago, control o postpago. Para tal efecto, la velocidad mínima se calcula como una proporción de la velocidad máxima contratada de subida y bajada, correspondiendo el 40% para el servicio brindado a través de redes fijas y móviles.

En el caso de los servicios de Internet fijo o móvil calificados como Banda Ancha de acuerdo con la definición establecida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, el porcentaje señalado en el párrafo previo corresponde al 70%.

Estos requerimientos son aplicables para los servicios de acceso a Internet fijo o móvil; exceptuando de esta obligación a las tecnologías dial up y GPRS/EDGE.

El OSIPTEL considerará que una empresa operadora que brinda el servicio de acceso a Internet cumple con el indicador CVM cuando el centro poblado evaluado cumpla los siguientes valores objetivos:

(...)

El incumplimiento del indicador en un centro poblado es sancionable. Su evaluación se realiza de forma semestral a nivel nacional.

El indicador CVM se debe calcular de conformidad con el Anexo N° 3.

¹³ “Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

(...)

4. Tipicidad. - Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras. (...).”

Al respecto, se puede advertir que en el numeral 6.1.1. del artículo 6 del Reglamento de Calidad, se establece, entre otros, los detalles de la evaluación de los eventuales incumplimientos del indicador CVM por parte de las empresas operadoras, sobre los cuales se pueden extraer dos conclusiones:

- El incumplimiento del indicador CVM se sanciona por cada centro poblado en el cual no se alcance el VO de dicho indicador.
- La evaluación de dichos incumplimientos se realiza con periodicidad semestral, y en el ámbito geográfico nacional.

Así, se puede apreciar que la norma sustantiva diferencia la configuración y eventual sanción por el incumplimiento, y cómo se evalúa el mismo.

Bajo este enfoque, el ítem 12 del Anexo N° 2 del Reglamento de Calidad tipifica como infracción el incumplimiento del VO del indicador CVM, y reitera, con respecto a la evaluación de los incumplimientos, que la misma “se realizará con periodicidad semestral considerando la totalidad de centros poblados”. Es decir, la “ventana” de evaluación de la obligación es de seis (6) meses, y tiene que abarcar necesariamente todos los centros poblados a nivel nacional.

Es así que, contrariamente a lo señalado por la empresa operadora, el tipo infractor hace referencia aquí a la periodicidad de la evaluación del indicador de calidad; mas no a que la infracción por el incumplimiento del VO se configure por todos los centros poblados durante el periodo de evaluación más aun cuando el artículo 6 señala, textualmente, que la evaluación se hace en función de cada uno de ellos. Caso contrario, supondría desnaturalizar lo que prevé el texto de la norma sustantiva en lo que respecta a la obligación de las empresas operadoras de garantizar el cumplimiento de la velocidad mínima del servicio de internet móvil.

Por lo tanto, la interpretación que ha realizado tanto el órgano instructor como la Primera Instancia del tipo infractor imputado se ajusta al Principio de Tipicidad, en tanto ha imputado el incumplimiento del VO del indicador CVM en diecisiete (17) CCPP, en el marco de evaluación correspondiente al primer semestre del año 2022; por lo cual, se puede afirmar que la empresa operadora ha incurrido en diecisiete (17) infracciones, en relación a cada centro poblado en el cual se verificó dichos incumplimientos.

En virtud de todo lo expuesto, por lo que los argumentos presentados por ENTEL en este extremo quedan desvirtuados.

5.4. Sobre la presunta vulneración al Principio de Verdad Material

ENTEL indica que la Primera Instancia no habría valorado adecuadamente los medios probatorios ofrecidos mediante los descargos, en los cuales se habría demostrado las mejoras implementadas, sino que se habría limitado a afirmar que dichas medidas no acreditarían el cese de la conducta al haberse realizado en un periodo posterior al fiscalizado.

En esa línea, ENTEL remite capturas de pantalla de valores obtenidos para la medición de los CCPP Cusco y Cartavio (Anexo A), con el fin de que los mismos sean analizados por el Consejo Directivo.

Sobre el particular, esta Oficina considera que se ha efectuado un análisis adecuado de los medios probatorios ofrecidos por la empresa operadora mediante sus descargos¹⁴, puesto

¹⁴ Remitidos por medio de cartas N° EGR-068-2023-AER y EGR-173-2023-AER, de fechas 11 de abril y 26 de setiembre de 2023, respectivamente.

que ha brindado argumentos jurídicos por los cuales se puede sostener que la implementación de medidas en un periodo posterior al fiscalizado no es útil para acreditar el cese de la conducta, sin perjuicio de que los mismos hayan sido debidamente analizados tanto mediante el Informe Final de Instrucción N° 159-DFI/2023, así como por el Memorando N° 1969-DFI/2023.

Finalmente, esta Oficina coincide con la Primera Instancia al señalar que el incumplimiento del VO del indicador de calidad CVM se concretiza para un determinado periodo de evaluación (en el presente caso, para el primer semestre de 2022). Por lo tanto, la implementación de mejoras posteriores constituye elementos a analizar para nuevos periodos de evaluación en sus respectivos expedientes de supervisión, mas no para acreditar el cese de la conducta infractora ya consumada.

Asimismo, se ha indicado que el numeral i) del artículo 18 del RGIS, que contempla los factores atenuantes a analizarse en los procedimientos administrativos sancionadores, fue modificado por el artículo primero de la Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL¹⁵, excluyéndose el atenuante de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta, por lo cual no corresponde su análisis en el presente caso.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, vale indicar que los medios probatorios¹⁶ remitidos por la empresa operadora mediante su Recurso de Apelación han sido analizado por la DFI; sin embargo, tal como ha sido desarrollado en el Memorando N° 248-DFI/2024¹⁷, no se ha desvirtuado lo descrito tanto por el órgano instructor como por la Primera Instancia para el semestre evaluado.

Por tanto, en atención a lo antes mencionado, no se habría vulnerado el Principio de Verdad Material, por lo que debe desestimarse este extremo de su Recurso de Apelación.

5.5. Sobre la presunta vulneración al Principio de Razonabilidad

ENTEL alega que la Gerencia General habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, debido a que no existirían razones que justifiquen el ejercicio de la potestad sancionadora del Osiptel, máxime si - a su consideración - habría desplegado diversas medidas para agotar sus mayores esfuerzos, a fin de que se disponga el cese de la conducta infractora.

Sobre el particular, es importante señalar que la Primera Instancia, a través de la Resolución impugnada, cumplió con analizar cada criterio para la graduación de las sanciones que establece el TUO de la LPAG, que determinó la imposición de una sanción de multa y no de una amonestación o medida distinta; por tanto, el hecho que ENTEL discrepe de dicha evaluación, no quiere decir que el precitado acto administrativo no cumple con los parámetros del Test de Razonabilidad.

Ahora bien, como se ha señalado en el apartado 5.4. del presente Informe, en el presente caso, no es posible que se configure el cese de la conducta infractora, debido a que un eventual cumplimiento posterior verificable constituye en sí mismo un nuevo periodo de evaluación, distinto e independiente al evaluado en el presente PAS. Por lo tanto, la

¹⁵ Publicada el 28 de noviembre de 2021, antes del periodo verificado materia de análisis del presente PAS.

¹⁶

- Captura de pantalla de mediciones realizadas mediante la herramienta de medición proporcionada por ENTEL.
- Registro fotográfico de los puntos de medición georreferenciada con indicación de fecha y hora.
- Captura de pantalla de parámetros RF.

¹⁷ Señala que, de manera referencial, de la evaluación de los registros de mediciones de campo remitidos por parte de ENTEL para los Centros Poblados evaluados en el presente documento, se registran valores que superan el 40% de la velocidad máxima, en cuadrículas que previamente no alcanzaron dicho valor, de conformidad con lo señalado en la Tabla N° 2 del Memorando N° 248-DFI/2024.

naturaleza de la presente infracción no permite que se configure dicho atenuante de responsabilidad.

Por tanto, en atención a lo antes mencionado, no se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, por lo que debe desestimarse este extremo de su Recurso de Apelación.

5.6. Sobre la graduación de las sanciones

ENTEL señala que la graduación de las sanciones se encontraría sobredimensionada. Así, en relación al cálculo del beneficio ilícito, refiere que ENTEL sí habría incurrido en inversiones relacionadas al cumplimiento del indicador, tanto al momento de la fiscalización, como de forma posterior a este, y que habrían sido acreditadas a lo largo del procedimiento.

Asimismo, sobre la probabilidad de detección, argumenta que, debido a que la supervisión de los indicadores se realiza de forma semestral y sin tener que incurrir en acciones adicionales, la misma debería calificarse como muy alta.

Respecto a lo alegado, resulta necesario resaltar que, con el propósito de determinar la adecuada graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa identificada, la Primera Instancia ha considerado los criterios delineados en el numeral 3 del artículo 248 del TUO LPAG. Dichos criterios establecen que se debe anticipar que la comisión de la conducta sancionable no resulte más beneficiosa para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas o la asunción de la sanción. Asimismo, se insta a que la determinación de la sanción tome en cuenta factores como el beneficio ilícito derivado de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, la gravedad del perjuicio al interés público o al bien jurídico protegido, el daño económico causado, la reincidencia, las circunstancias en las que se cometió la infracción y la presencia o ausencia de intencionalidad en la conducta del infractor.

En este sentido, la Primera instancia procedió a realizar un análisis detallado de cada uno de estos criterios para asegurar que la sanción propuesta se ajustase de manera proporcionada y equitativa a la gravedad de la infracción cometida, considerando los elementos específicos del caso en cuestión.

Respecto del beneficio ilícito, ENTEL asegura haber incurrido en costos para la implementación de sistemas, sin embargo, cabe precisar que los supuestos costos en los que habría incurrido ENTEL para el cumplimiento de las obligaciones cuya infracción se imputa, no han sido idóneos para evitar dichos incumplimientos, lo cual evidencia una falta de supervisión en sus procesos internos. Asimismo, respecto de los costos posteriores alegados por la empresa operadora, esta Oficina coincide con lo expuesto por la Primera Instancia, en tanto el atenuante de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta fue excluido mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL, publicado el 28 de noviembre de 2021.

Asimismo, como ya se ha indicado en el presente Informe, un eventual cumplimiento posterior debe ser evaluado en un siguiente periodo de supervisión, por lo cual dichos costos asumidos de manera posterior a la comisión de la infracción no tienen incidencia sobre la imputación del presente PAS.

En relación a la probabilidad de detección, cabe precisar que la Primera Instancia ha tomado en consideración lo que establece la Metodología de Cálculo de Multas - 2021¹⁸ sobre la probabilidad de detección en relación a la conducta infractora, estableciendo finalmente que,

¹⁸ Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL.



en función a la frecuencia semestral en la que se realiza la supervisión¹⁹ mediante la cual se detecta la infracción, la misma debe ser considerada como alta. Adicionalmente, señala que existe un historial respecto de conductas infractoras similares anteriormente sancionadas.

Cabe indicar que, si bien la probabilidad de detección para la presente infracción está ligada a la periodicidad de las supervisiones programadas, estas no son lo suficientemente frecuentes para que la probabilidad de detección pueda ser considerada como muy alta, como sostiene ENTEL.

En conclusión, al no haberse verificado que exista una indebida graduación de las sanciones impuestas, corresponde desestimar el Recurso de Apelación en este extremo.

5.7. Sobre la presunta vulneración al Principio de Debida Motivación

ENTEL argumenta que la Resolución impugnada no habría cumplido con el deber de motivación, debido a que no se habría pronunciado por la totalidad de los argumentos remitidos por la empresa operadora en sus descargos.

Concretamente, la empresa operadora señala que en sus descargos al IFI se habría cuestionado el cálculo de la multa, y la Primera Instancia habría decidido desvirtuar los mismos sin realizar el análisis respectivo.

En relación a lo argumentado por ENTEL, es necesario precisar que la Primera Instancia se ha pronunciado de manera clara sobre todos los argumentos esgrimidos en los descargos presentados por la empresa operadora. Es así que, en relación al factor de beneficio ilícito, la Resolución impugnada menciona, en el literal i) del acápite 3.1., lo siguiente:

"En este extremo ENTEL señala que sí habría incurrido en todo tipo de inversiones relacionada al incumplimiento del indicador, tales como: (i) expansión de la tecnología, (ii) cambios masivos de nuevas funcionalidades, (iii) puesta en servicio de nuevas estaciones detalladas en el Anexo II de sus Descargos 1 y las mediciones realizadas en sus Descargos 2; sin embargo, se advierte que estas se han realizado de manera posterior a las mediciones realizadas por el OSIPTTEL (primer semestre 2022). asimismo, la empresa no ha remitido documentación que acredite la mejora efectiva, conforme a lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción; correspondiendo por tanto, tener en consideración lo señalado por el Consejo Directivo en la Resolución N° 00068-2023-CD/OSIPTTEL.

(...)

En ese sentido, y según la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL a través de la cual se aprobó la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTTEL (Metodología de Multas - 2021), el beneficio ilícito estimado está constituido solo por el costo evitado. Este último, a su vez, se encuentra relacionado, para el presente caso, con la inversión evitada por ENTEL para cumplir con el valor objetivo del indicador de calidad CVM. Es preciso resaltar que, para determinar dicha inversión evitada, se debe tener en cuenta el nivel de incumplimiento en el semestre analizado (que para este caso es el primer semestre del 2022) para cada CCPP."

(Subrayado agregado)

Del texto citado, se puede apreciar que la Primera Instancia cita razones jurídicas por las cuales las alegaciones de ENTEL no corresponden ser amparadas, pronunciándose por las presuntas mejoras realizadas por la empresa operadora y, además, haciendo mención a lo previsto en lo que establece la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 sobre la infracción imputada.

Asimismo, con respecto a la probabilidad de detección, la Primera Instancia ha hecho

¹⁹ La misma que se realiza, de acuerdo a la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, "sobre una relación de usuarios activos en cada centro poblado previamente seleccionado por el Osiptel a través de un procedimiento muestral"

mención de las razones fácticas y jurídicas por las cuales la misma debe ser considerada como alta, en el literal ii) del acápite 3.1 de la Resolución impugnada, de conformidad con lo establecido en la Metodología de Cálculo de Multas -2021. Las mismas, han sido reiteradas en el acápite 5.6. del presente Informe, en la cual se hace mención a la periodicidad de las supervisiones por medio de las cuales se detecta la infracción que se imputa en el presente PAS a ENTEL.

Por lo tanto, no puede sostenerse que exista un defecto en la motivación, o una motivación aparente presente en la Resolución apelada, sin menoscabar la posibilidad de que ENTEL pueda plantear el cuestionamiento a dicha línea de argumentación en la vía correspondiente, como corresponde a su derecho al debido procedimiento.

En virtud de todo lo expuesto, los argumentos presentados por ENTEL en este extremo quedan desvirtuados.

VI. PUBLICACIÓN DE LA SANCIÓN

De conformidad con el artículo 33 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, Ley N° 27336, 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 haya causado estado el procedimiento administrativo.

Por tanto, de resolver el Consejo Directivo que corresponde sancionar a ENTEL por la comisión de las infracciones graves tipificadas en el ítem N° 12 del Anexo N° 2 del Reglamento de Calidad, corresponderá publicar la correspondiente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, esta Oficina de Asesoría Jurídica recomienda declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A., contra la Resolución N° 413-2023-GG/OSIPTTEL, y, en consecuencia, confirmar todos sus extremos.

Atentamente,

ZARET. MATOS FERNANDEZ
DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA
JURIDICA (E)
OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA

