

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA ENTEL PERÚ S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 311-2022-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 0030-2022-GG-GSF/PAS
FECHA	:	5 de diciembre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO COORDINADOR	ROCÍO ANDREA OBREGÓN ANGELES
REVISADOS Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA	L.ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA



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° 311-2022-GG/OSIPTEL, a través de la cual se sancionó con tres (3) multas por el incumplimiento del Compromiso de Mejora del indicador de calidad de cobertura del servicio (CCS) y seis (6) multas por el incumplimiento del Compromiso de Mejora del indicador calidad de voz (CV), conforme a lo regulado en el artículo 13 y los numerales 5.4 y 5.5 del artículo 5 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, Reglamento de Calidad), aprobado por Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. A través de la carta N° 560-DFI/2022, notificada el 14 de marzo de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI), comunicó a ENTEL el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento del artículo 13 y los numerales 5.4 y 5.5 del artículo 5 del Reglamento de Calidad, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
- 2.2. El 29 de marzo de 2022, luego de la ampliación del plazo otorgada, a través de la carta N° EGR-305/2022, ENTEL presentó sus descargos por escrito.
- 2.3. Con fecha 26 de mayo de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 085-DFI/2022 (Informe Final de Instrucción), conteniendo el análisis de los descargos presentados por ENTEL.
- 2.4. A través de la carta N° 301-GG/2022, notificada el 3 de mayo de 2022, se puso en conocimiento de ENTEL el Informe Final de Instrucción, a fin que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
- 2.5. El 9 de junio de 2022, ENTEL remitió descargos al Informe Final de Instrucción, contenidos en la carta N° EGR-382/2022.
- 2.6. Mediante la Resolución N° 311-2022-GG/OSIPTEL de fecha 21 de septiembre de 2022, la Primera Instancia sancionó a ENTEL en los siguientes términos:

Norma Incumplida		Conducta	Centro Poblado	Sanción
Reglamento de Calidad	numeral 5.4 del artículo 5	La empresa operadora no cumplió con el CM para el indicador de calidad de servicio público móvil Calidad de Cobertura de Servicio (CCS), correspondiente al periodo de evaluación 2021-2S en tres (3) centros poblados.	El Triunfo (El Cruce)	8,7 UIT
			Vitor	8,7 UIT
			Huancabamba	8,7 UIT
	Numeral 5.5 del artículo 5	La empresa operadora no cumplió con el CM para el indicador de calidad de voz (CV) correspondiente al periodo de evaluación 2021-	Huancarama	1,2 UIT
			Chala	1,2 UIT
			Corire	1,2 UIT
		Quillabamba	2,9 UIT	



		2S en seis (6) centros poblados.	Eten Puerto	1,2 UIT
			Pomata	1,2 UIT

2.7. Posteriormente, el 13 de octubre de 2022, ENTEL interpuso Recurso de Apelación, y adicionalmente, solicitó se le conceda informe oral.

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 Sanciones¹, en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General² (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. Supuesta vulneración del Principio de Presunción de Legalidad

- Los medios probatorios presentados, habrían sido rechazados toda vez que no acreditarían el cumplimiento del instructivo para la medición de los indicadores.
- El Instructivo no sería de obligatorio cumplimiento, en tanto no habría seguido las reglas de publicidad contenidas en el Decreto Supremo N° 014-2015-JUS.

4.2. Supuesta vulneración a los Principios de Tipicidad, Verdad Material y Presunción de Licitud

- No se habría cumplido con el tipo infractor, toda vez que señala haber cumplido con el valor objetivo en todos los casos imputados a través de las mediciones realizadas con anterioridad a las realizadas por el OSIPTEL.
- De acuerdo a las mediciones realizadas por ENTEL en el mes de junio de 2021, un mes antes de las mediciones realizadas por el OSIPTEL, se habría cumplido con los compromisos de mejora para ambos indicadores y en la totalidad de los centros poblados imputados.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

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



¹ 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 de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

² Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

5.1. Supuesta vulneración del Principio de Presunción de Legalidad

ENTEL cuestiona que los medios probatorios presentados habrían sido rechazados al considerarse que no acreditarían las mediciones bajo los términos establecidos en los Instructivos Técnicos para la medición y cálculo de los indicadores y parámetros del servicio de telefonía móvil: Calidad de Cobertura de Servicio (CCS) y Calidad de la Voz (CV) (en adelante, Instructivos Técnicos), aprobados por Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL.

Para ENTEL, el cumplimiento de los Instructivos Técnicos no sería de obligatorio cumplimiento, en tanto no se habría seguido las reglas de publicidad contenidas en el Decreto Supremo N° 014-2015-JUS; por lo que, a su entender, la sanción impuesta se estaría vulnerando el Principio de Legalidad.

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 Constitucional³ 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.

Ahora bien, en este caso en particular, ENTEL ha sido sancionada por no cumplir con los compromisos de mejora de los indicadores CCS y CV, el cual consiste en el cumplimiento de los valores objetivos de los indicadores de calidad establecidos en los numerales 5.4 y 5.5 del artículo 5 del Reglamento de Calidad. De ese modo, el Consejo Directivo del OSIPTEL se pronunció en la Resolución N° 043-2019-CD/OSIPTEL:

“(…). En virtud de ello, la evaluación del cumplimiento del compromiso de mejora no está referida a verificar que se haya cumplido o no con realizar o ejecutar las acciones previstas en el compromiso de mejora, sino a determinar –en la nueva evaluación– si se logra o no alcanzar el cumplimiento de los valores objetivos fijados para el respectivo indicador de calidad en cada centro poblado urbano específico. No es pues una evaluación del cumplimiento de las acciones programadas (...), sino del logro del resultado de calidad exigido.”

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 público⁴; y la Ley N°

³ Ver la Sentencia del 26 de marzo de 2007 recaída en el Expediente N° 1182-2005-PA/TC, fundamento jurídico 14.

⁴ Artículo 3.- Funciones

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

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



27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL⁵ (en adelante, Ley N° 27336).

Precisamente, la Ley N° 27336 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/OSIPTEL que modificó el Reglamento de Calidad, en su artículo cuarto, estableció que la Gerencia General del OSIPTEL podría emitir documentos técnicos complementarios. Bajo esa facultad, a través de la Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL se aprobaron los instructivos técnicos para la supervisión de los indicadores de calidad CCS y CV.

En efecto, conforme se indica en los considerados de la referida Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL, 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 predictibilidad⁶ a las empresas operadoras en el cumplimiento de los indicadores CCS y CV. Por lo que, al no ser el instructivo técnico una norma legal⁷, este no debe cumplir con el requisito de publicidad establecido en el Decreto Supremo N° 014-2012-JUS.

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que los instructivos técnicos fueron aprobados mediante Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL⁸, y se encuentran publicados en el portal institucional del OSIPTEL⁹ para conocimiento de las empresas operadoras.

Por último, esta Oficina considera necesario enfatizar que ENTEL desarrolla actividades en atención a la habilitación administrativa otorgada a través del Contrato de Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, donde se establece como una de las obligaciones, el cumplimiento de la normativa respecto a la calidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. En ese sentido, las obligaciones para las empresas operadoras, respecto del cumplimiento de los valores objetivos de los indicadores CCS y CV, se encuentran expresamente estipuladas en el artículo 5 del

⁵ **Artículo 10.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados**

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

(...)"

⁶ "TUO LPAG

Título Preliminar

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

(...)

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

⁷ 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.

⁸ <https://www.osiptel.gob.pe/media/xeah22xb/resol031-2021-gg.pdf>

⁹ <https://www.osiptel.gob.pe/media/fw3jojbc/resol031-2021-gg-instructivo-indicadores-css-cv-temt.pdf>



Reglamento de Calidad, y las fórmulas para el cálculo de esos indicadores se encuentran consignadas en el Anexo N° 3 de dicha norma.

Por todo lo expuesto, se concluye que no ha vulnerado el Principio de Legalidad y, por tanto, corresponde desestimar los argumentos de ENTEL en este extremo.

5.2. Supuesta vulneración a los Principios de Tipicidad, Verdad Material y Presunción de Licitud

ENTEL refiere que, en las mediciones realizadas con anterioridad a la supervisión efectuada por el OSIPTEL, habría cumplido con el valor objetivo de los indicadores CCS y CV; por lo que, a su entender, en tanto no se habría cumplido con el tipo infractor, se vulneraría los Principios de Tipicidad, Verdad Material y Presunción de Licitud.

En principio, corresponde señalar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 5 y 13 del Reglamento de Calidad, las empresas operadoras están obligadas al cumplimiento del compromiso de mejora cuya finalidad es el cumplimiento de los indicadores de calidad CCS y CV.

Del mismo modo, el referido artículo 12 del Reglamento de Calidad establece que corresponde al OSIPTEL realizar las acciones de supervisión para verificar la información, los métodos y equipos usados en la medición de los indicadores y parámetros de la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones. Esto último debe interpretarse conjuntamente con el Principio de Discrecionalidad, establecido en el artículo 3 de la Ley N° 27336, según el cual es el organismo regulador quien determina los planes y métodos de trabajo para la consecución de los fines de la supervisión.

Ahora bien, en este caso en particular, el cumplimiento del compromiso de mejora de los indicadores CV y CCS que tienen como finalidad el cumplimiento de los indicadores de calidad, se verifican con bajo el procedimiento establecido en los Instructivos Técnicos y considerando que su ejecución por parte de la empresa operadora no puede exceder al siguiente periodo de evaluación.

“Artículo 13.- Compromiso de Mejora

Es un compromiso presentado por la empresa operadora que implica el desarrollo de un conjunto de acciones, cuya finalidad es el cumplimiento de los indicadores de calidad (CV, CCS y TEMT). Su ejecución no podrá exceder al siguiente periodo de evaluación.
(...)”

En dicho marco, tomando en cuenta que ENTEL tenía la oportunidad de ejecutar sus compromisos de mejora durante el periodo 2021-1S, la DFI realizó la fiscalización del cumplimiento de dichos compromisos de mejora en el periodo 2021-2S; siendo que las mediciones realizadas por ENTEL, en el periodo 2021-1S, no se constituyen en medios probatorios válidos, toda vez que no fueron producidos por el OSIPTEL y no se generaron en la oportunidad idónea, de conformidad con el artículo 13 del Reglamento de Calidad.

En efecto, tal como ha señalado el Consejo Directivo, a través de la Resolución N° 088-2019-CD/OSIPTEL, la competencia de verificación del cumplimiento de los indicadores de calidad es del OSIPTEL, por lo que cualquier otra medición realizada por parte de la



empresa operadora, será considerada referencial pero no puede ser valorada a efectos de indicar que se ha supervisado y/o verificado el cumplimiento de dichos indicadores.

Precisamente, se advierte que la DFI, durante el periodo 2021 -2S, verificó que ENTEL no cumplió con: (i) tres (3) compromisos de mejora presentados para el indicador CCS en tres (3) centros poblados, siendo que de las mediciones realizadas no se alcanzó el valor objetivo del indicador CCS ($CCS \geq 95\%$), previsto en el numeral 5.4 del artículo 5 del Reglamento de Calidad y (ii) seis (6) compromisos de mejora presentados para el indicador CV en seis (6) centros poblados, siendo que de las mediciones realizadas no se alcanzó el valor objetivo del indicador CV ($CV \geq 3.00$), previsto en el numeral 5.5 del artículo 5 del mismo cuerpo normativo.

Aunado a ello, es importante señalar que la obligación del cumplimiento de los valores objetivos de los indicadores de calidad por parte de las empresas operadoras, no se restringen a un periodo en específico, sino que estos deben mantenerse a lo largo del tiempo, toda vez que, es obligación de las empresas operadoras prestar los servicios públicos de telecomunicaciones bajo los estándares de calidad establecidos. Por ello, preocupa el razonamiento de ENTEL cuando señala que, debería considerarse una medición anterior en la que, a su entender, cumplió con los valores objetivos; cuando su obligación es que el cumplimiento de los valores objetivos se verifique durante todos los periodos.

Esta situación descarta la supuesta vulneración de los Principios de Licitud y Verdad Material, toda vez que ha quedado plenamente acreditado que ENTEL no cumplió los valores objetivos de los indicadores CCS y CV para el periodo 2021-2S.

Por otra parte, respecto a la supuesta vulneración del Principio de Tipicidad, este se encuentra regulado en el numeral 4 del artículo 248 del TUO de la LPAG, donde se establece que 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. Asimismo, se establece que 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.

Así, conforme señala el Tribunal Constitucional, resulta necesario que los tipos estén redactados con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo, bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal¹⁰.

Ahora bien, en el presente caso se ha sancionado a ENTEL al no haber cumplido con los compromisos de mejora correspondiente a los indicadores CCS y CV, calculados según los procedimientos correspondientes, lo cual constituye infracción grave tipificada en los ítems 10 y 11 del Anexo N° 2 del Reglamento de Calidad.

En ese sentido, es evidente que, si ENTEL calcula los valores de los indicadores CCS y CV sin observar lo previsto en los Instructivos Técnicos, el resultado obtenido será inexacto al no ser concordante con el resultado calculado por el OSIPTEL. De este modo, no existe vulneración al Principio de Tipicidad, toda vez que la conducta

¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 000197-2010-AA. Ver enlace: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>



imputada a ENTEL se subsume en el tipo infractor previsto en los ítems 10 y 11 del Anexo N° 2 del Reglamento de Calidad.

Por lo expuesto, al no existir vulneración de los Principios de Tipicidad, corresponde desestimar los argumentos de ENTEL en este extremo.

5.3. Sobre la solicitud de informe oral

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

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹¹ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas¹².

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹³, bajo el siguiente fundamento:

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

(Subrayado agregado)

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

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹⁴ establece que los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente.

¹¹ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

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

¹³ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307-2012-PHC/TC, STC N.º 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC.

¹⁴ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.



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

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

Por lo expuesto, esta Oficina considera que no corresponde otorgar el informe oral solicitado por ENTEL.

VI. PUBLICACION DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la 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 se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Al ratificar el Consejo Directivo las sanciones a ENTEL por la comisión de las infracciones graves tipificadas en los numerales 10 y 11 del Anexo 2 – Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Calidad, corresponde la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución N° 311-2022-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

