



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00365-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 7 de noviembre de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00007-2022-GG/DFI/MC
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo de Imposición de Medida Correctiva
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Informe Nº 158-DFI/2022 (INFORME 158), por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del Procedimiento Administrativo de Imposición de Medida Correctiva iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), por presuntamente haber incumplido lo dispuesto en el literal ii del numeral 3.2 del Anexo Nº 11 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, el REGLAMENTO)¹, referido a la “Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet” durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES. -

- Mediante Informe Nº 006-DFI/SDF/2022, de fecha 26 de enero de 2022 (en adelante, Informe de Supervisión), la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, la DFI) emitió el resultado de la supervisión realizada a TELEFÓNICA en el Expediente Nº 00211-2019-GSF (Expediente de Supervisión), respecto del cumplimiento del literal ii del numeral 3.2 del Anexo Nº 11 del REGLAMENTO, cuyas conclusiones y recomendaciones fueron las siguientes:

“(…)

V. CONCLUSIONES

(…)

5.4 De lo expuesto en el numeral 4.2.2, se advierte que TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. respecto de las mediciones correspondientes a los años 2019 y 2020, no habría cumplido con el literal ii del numeral 3.2 del Anexo Nº 11 del Reglamento de Calidad debido a que la herramienta de medición para Smartphone/Tablet si bien registra datos válidos para los campos requeridos, también se advierte – en una selección de registros - que no registró datos válidos en bps o milisegundos que reflejen el valor consignado en su base de datos.

5.5 En efecto, se advierte de una selección de mediciones entre el 26 de noviembre al 7 de diciembre de 2019, que el pico máximo de datos inválidos (guiones) registrados el 29 de noviembre fue el treinta y dos por ciento (32%) respecto del total de mediciones del mismo día. En tanto que, en una selección de mediciones realizadas entre el 2 al 14 de noviembre de 2020, los picos máximos de datos inválidos (guiones) fueron los días

¹ Aprobado por la Resolución de Consejo Directivo Nº 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias.





3 y 6 de noviembre con un cincuenta y siete (57%) y cuarenta y siete por ciento (47%), respectivamente.

5.6 De acuerdo al numeral 4.2.3 del presente informe, de las acciones de supervisión del 15 de diciembre de 2020 y la identificación que la herramienta de medición para Smartphone/Tablet arroje guiones sin el sustento técnico idóneo que explique fehacientemente la razonabilidad de dichos resultados, implica – a juicio nuestro – una incorrecta funcionalidad de la herramienta, por ello TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. no habría cumplido con el literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del Reglamento de Calidad.

VI. EVALUACIÓN DE LAS MEDIDAS POR ADOPTAR FRENTE A LOS INCUMPLIMIENTOS DETECTADOS.

De acuerdo al análisis efectuado en el numeral IV del presente informe y los resultados obtenidos en los numerales 4.2.1, 4.2.2 y 4.2.3 se recomiendan la adopción de las siguientes medidas:

(...)

- i. De otro lado, de acuerdo al análisis efectuado y los resultados obtenidos en los numerales 4.2.2 y 4.2.3 respecto a que la herramienta de medición para Smartphone/Tablet estaría mostrando valores inconsistentes expresados en guiones/valores distintos a los que se almacenan en la base de datos de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. lo que no permitiría que los usuarios cuenten con información fidedigna sobre la velocidad de su conexión medida con dicha herramienta.

Más aún, cuando dicha inconsistencia podría afectar² en la cantidad mínima de muestras que se requiere para la obtención de indicadores de Cumplimiento de velocidad mínima (CVM) y Velocidad Promedio (VP) en cada centro poblado medido. En consecuencia, de acuerdo a lo establecido el literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del Reglamento de General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD-OSIPTEL y sus modificatorias, corresponde -en este extremo- iniciar un procedimiento de imposición de medida correctiva, respecto del funcionamiento de la herramienta de medición para Smartphone/Tablet.

RECOMENDACIÓN DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA CORRECTIVA. –

(...)

Debe considerarse que, en el caso en particular, conforme al análisis desarrollado en los numerales 4.2.2 y 4.2.3 del presente informe se advierte el funcionamiento inadecuado de la herramienta de medición de TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A., no advirtiéndose de los actuados posteriores acciones correspondientes, por parte de dicha empresa operadora para lograr el correcto funcionamiento de dicha herramienta.

En atención a lo anterior, y con la finalidad de garantizar el cumplimiento del literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del Reglamento de Calidad, resulta necesaria la imposición de una medida correctiva a efectos de garantizar que la empresa operadora adopte las acciones debidas para cumplir con el correcto funcionamiento de la herramienta de medición.

(...)

En ese sentido, se propone disponer lo siguiente: Imponer una Medida Correctiva a la empresa operadora TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. a fin que remita en el plazo de veinte (20) días calendario contados desde el día hábil siguiente de notificado el





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

pronunciamiento correspondiente, un cronograma no mayor de cuatro (4) meses, de acciones de mejora que implementará para garantizar el correcto funcionamiento de la herramienta de medición. (...)”.

2. Mediante carta N° 1238-DFI/2022, notificada el 26 de mayo de 2022, se comunicó a TELEFÓNICA el inicio del presente procedimiento de imposición de Medida Correctiva (en adelante, MC); por lo que, se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
3. Con carta N° 1838-DFI/2022, notificada el 8 de agosto de 2022, la DFI rectificó errores materiales contenidos en el Informe de Supervisión N° 006-DFI/SDF/2022 y el Informe N° 00124-DFI/SDF/2022; y, remitió copia del Expediente de Supervisión N° 00211-2019-GSF, otorgando un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que, de considerarlo pertinente, TELEFÓNICA presente sus descargos.
4. Con fecha 31 de agosto 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe Final de Instrucción (INFORME 158), mediante el cual analizó los descargos presentados por TELEFÓNICA.
5. TELEFÓNICA mediante el escrito N° TDP-3331-AR-GER-22, recibido el 5 de septiembre de 2022, presentó información sobre las imputaciones expuestas mediante la carta N° 1238-DFI/2022.
6. Mediante el Memorando N° 349-GG/2022, de fecha 14 de septiembre de 2022, la Gerencia General solicitó a la DFI la evaluación de la información remitida por TELEFÓNICA mediante su escrito N° TDP-3331-AR-GER-22. Dicha solicitud fue atendida por la DFI mediante Memorando N° 01339-DFI/2022 (en adelante, MEMORANDO 1339), de fecha 20 de septiembre de 2022.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO DE IMPOSICIÓN DE MEDIDA CORRECTIVA. -

De acuerdo con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL² (Reglamento General), este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Al respecto, es oportuno indicar que, de acuerdo al artículo 23 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias³ (en adelante, RGIS), las medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos.

Adicionalmente, dicha norma dispone que, mediante la imposición de una MC, los órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, ordenan a las empresas operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla con determinadas obligaciones legales o contractuales.

Este procedimiento de imposición de MC se inició a TELEFÓNICA por haber incumplido con lo dispuesto en el literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del

² Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM publicado el 2 de febrero de 2001.

³ Conforme lo dispuesto por el artículo segundo de la Resolución de Consejo Directivo N° 259-2021-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El peruano el 7 de enero de 2022.





REGLAMENTO, ya que conforme a lo señalado en el Informe de Supervisión se advirtió que la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet de la empresa operadora registra resultados inválidos (guiones) en la medición de los parámetros del servicio de acceso a internet Tasa de Transferencia de Datos de subida (UL) y bajada (DL) y Latencia.

En ese sentido, corresponde analizar los argumentos planteados por TELEFÓNICA a través de su escrito de Descargos y la comunicación TDP-3331-AR-GER-22.

III. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS. –

3.1 Cuestión previa. –

Es pertinente mencionar que mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 129-2020-CD/OSIPTTEL, publicada en el diario oficial El Peruano, de fecha 19 de septiembre de 2020, se resolvió, entre otros, la derogación del Anexo N° 11 del REGLAMENTO⁴, disponiendo en su Disposición Transitoria Única⁵ que los procedimientos de supervisión en curso o iniciados hasta el 31 de diciembre de 2020, se sujetarán a los criterios de los anexos derogados.

Sin perjuicio de lo anterior, considerando que la MC será impuesta y verificada en fecha posterior al 31 de diciembre de 2020, es preciso tener en consideración que de acuerdo con el artículo 6.4.2 del REGLAMENTO: *“La implementación de las herramientas de medición Web general y vía aplicativos para smartphones/tablets es obligatoria para las empresas operadoras que cuenten con 5 000 abonados o más. Estas herramientas de medición deben permitir realizar mediciones del parámetro de calidad TTD así como los parámetros del servicio TPP, L y VL.”*

Asimismo, en el artículo 6.4.5 del REGLAMENTO se señala que: *“El cumplimiento de las disposiciones establecidas en los numerales precedentes se sujetan a los documentos técnicos complementarios que emita la Gerencia General del OSIPTTEL.”*

En esa línea, cabe advertir que en el Artículo Cuarto⁶ de la Resolución de Consejo Directivo N° 00129-2020-CD/OSIPTTEL, se facultó a la Gerencia General del presente organismo regulador a emitir los documentos técnicos complementarios para el cumplimiento del REGLAMENTO.

En ese sentido, mediante Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTTEL, de fecha 22 de enero de 2021, se aprobó, entre otros, el “Instructivo técnico para la medición y cálculo de los Indicadores y parámetros del Servicio de Acceso a Internet: Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM), Velocidad Promedio (VP), Latencia (L), Variación de Latencia (VL), Tasa Pérdida de Paquetes (TPP), Tasa de Ocupación de Enlace (TOE)”, en adelante el Instructivo Técnico, el cual ahora en su numeral 4.2 del numeral

⁴ Resolución de Consejo Directivo N° 00129-2020-CD/OSIPTTEL

“Artículo Segundo. - Derogar los Anexos N° 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20, del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante la Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias.”

⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 00129-2020-CD/OSIPTTEL

“DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Única. - Los procedimientos de supervisión que se encuentren en curso o se inicien hasta el 31 de diciembre del 2020 se sujetarán a los criterios establecidos en los anexos que se derogan en el artículo segundo de la presente resolución, según corresponda”.

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 00129-2020-CD/OSIPTTEL

“Artículo Cuarto. - La Gerencia General del OSIPTTEL podrá emitir documentos técnicos complementarios para el cumplimiento del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, los cuales serán puestos en conocimiento del Consejo Directivo del OSIPTTEL.”





IV, contempla los criterios técnicos que deberá cumplir la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet regulada en el artículo 6.4.2 del REGLAMENTO.

En síntesis, si bien el Anexo N° 11 del REGLAMENTO fue derogado, a la fecha la obligación de la implementación de la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, se mantiene vigente en el artículo 6.4.2 del mismo cuerpo normativo y por tanto es de obligatorio cumplimiento para las empresas operadoras que brinden el servicio de acceso a internet. Asimismo, cabe precisar que los criterios técnicos para su implementación y funcionamiento ha sido recogidos en el respectivo Instructivo Técnico, conforme al cuadro comparativo contenido en las páginas 21 y 22 de INFORME 158.

3.2 Sobre el incumplimiento del literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del REGLAMENTO. –

Respecto a las mediciones en la base de datos de la Herramienta de Medición, TELEFÓNICA sostiene que esta guarda los registros de las mediciones en dos (2) tablas, siendo que por un lado se almacena las mediciones realizadas por Terminales (móviles o Tablet) y, por el otro, las mediciones realizadas en la Web a través de una PC/Laptop. Aunado a ello, refirió que, a la fecha, se realiza el guardado permanente de la información recopilada en dicha base de datos.

Asimismo, a fin de acreditar el correcto funcionamiento de la Herramienta de Medición, adjuntó dos (2) capturas de las tablas antes mencionadas.

De otro lado, respecto a los datos inválidos, TELEFÓNICA refiere que, el proveedor de la Herramienta de Medición cuestionada señala que la existencia de los valores no válidos (guiones) corresponden a parámetros no medidos, los cuales sería causados principalmente por pruebas de velocidad incompletas iniciadas por los usuarios⁷, los cuales escapan de su esfera de control.

Finalmente, TELEFÓNICA solicitó se tome en consideración los argumentos planteados anteriormente al momento de resolver el presente procedimiento.

De forma preliminar, conviene precisar que el presente procedimiento versa sobre el incumplimiento por parte de TELEFÓNICA al literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del REGLAMENTO, el mismo que se encuentra relacionado al correcto funcionamiento de la Herramienta de Medición, para lo cual, conforme al Informe de Supervisión, la DFI realizó acciones de supervisión en los años 2019 y 2020 utilizando únicamente terminales móviles, por lo que, no son materia de evaluación las mediciones realizadas a través de la Web desde una PC/Laptop.

Por su parte, sobre el almacenamiento permanente de la información en la base de datos, cabe precisar que, conforme el MEMORANDO 1339, TELEFÓNICA no ha presentado medio de prueba alguno que acredite ello.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar que la DFI, en dos (2) oportunidades, en el marco del Expediente de Supervisión N° 00211-2019-GSF, solicitó la información guardada en su base de datos, debiendo citar el requerimiento formulado mediante la carta N° 730-GSF/2020, con la cual se solicitó información

⁷ Cabe precisar que, a criterio de la empresa operadora, las causas sería las siguientes: i) el usuario no cuenta con datos de internet y se desconecta durante la medición; ii) usuario se encuentra en una ubicación geográfica donde la red de datos es deficiente y genera desconexiones; y, iii) el usuario se encuentra conectado a una red wifi y cambia a datos móviles o viceversa.





sobre la base de datos correspondiente a los años 2019 y 2020; sin embargo, de la revisión de los actuados se advierte que la empresa no remitió la información solicitada.

De igual forma, a través de la acción de supervisión de fecha 15 de diciembre de 2020, se solicitó a TELEFÓNICA la información de los registros de mediciones de su base de datos correspondiente a los años 2019 y 2020, verificándose que la empresa no remitió la información correspondiente al año 2019; por el contrario, a través de su escrito N° TDP-0085-AR-GGR-21 de fecha 15 de enero de 2021, indicó que la información solicitada no se encontraba en sus sistemas, motivo por el cual no era posible remitirla.

De lo anterior se desprende que, si bien TELEFÓNICA alega haber realizado el almacenamiento permanente de la información obtenida de la Herramienta de Medición en su base de datos, ello no ha sido debidamente acreditado, a pesar de los múltiples requerimientos de información realizados por la Administración, motivo por el cual, corresponde desestimar el presente argumento.

Asimismo, respecto a las capturas adjuntas de las tablas 1 y 2 presentadas por TELEFÓNICA, es pertinente mencionar que, conforme lo expuesto por la DFI en el MEMORANDO 1339, análisis que esta Instancia asume como propio, en dichas imágenes de las tablas citadas se visualiza el estado de sus mediciones en el periodo comprendido entre el 2 al 6 de junio de 2020, sin embargo, la empresa operadora no ha remitido información que acredite que en la actualidad sí realiza el guardado permanente de la **totalidad de mediciones en su base de datos y su respectivo historial** (el histórico de sus mediciones con los campos mínimos de fecha, hora, tipo de red, cliente ID, Imei, bajada, subida y Latencia).

En atención a lo expuesto, se desprende que TELEFÓNICA no ha cumplido con presentar medio probatorio idóneo que sustente que el almacenamiento de la totalidad de la información mediciones en su base de datos, así como de sus respectivos historiales, sea de forma permanente, por lo que corresponde desestimar el presente argumento.

De otro lado, respecto a los datos inválidos registrados por la Herramienta de Medición, se debe tener en cuenta que el literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del REGLAMENTO, señala lo siguiente:

“ii. Herramienta de medición para Smartphone/Tablet

Los proveedores del servicio de acceso a Internet móvil que comercialicen el servicio a través de Smartphone/Tablet, deberán implementar una herramienta de medición para que sus usuarios puedan efectuar mediciones usando un software cliente que se instale en sus terminales móviles. Dicho software deberá estar disponible en línea para descarga, de forma libre y gratuita; para los sistemas operativos de Smartphone/Tablet con mayor cantidad de usuarios, debiéndose cubrir al menos a un 80% de los usuarios.

La herramienta de software deberá permitir realizar mediciones i) entre la red del ISP y el usuario conectado a éste; ii) entre el usuario y un servidor ubicado en el NAP Perú; y iii) entre el usuario y un servidor ubicado fuera del territorio nacional, determinado en el “Procedimiento de Supervisión del Servicio de Acceso a Internet”. Se deberá poder efectuar mediciones de:

- *Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps);*
- *Latencia (en milisegundos).*

La medición deberá estar identificada por un número correlativo y deberá registrar la fecha, hora, la dirección IP pública, el tipo de red empleada por el usuario en la





medición y los resultados obtenidos. Desde el software cliente se deberá poder visualizar el histórico de las mediciones efectuadas y seleccionar el servidor contra el cual se efectuará las mediciones.”
(Subrayado agregado)

De lo anterior se desprende, que las empresas operadoras tienen la obligación de implementar una Herramienta de Medición y, posteriormente, verificar la operatividad y disponibilidad de esta, es decir que luego de su implementación, dicha herramienta debe encontrarse disponible para que sus usuarios puedan efectuar mediciones usando un software cliente que se instale en sus terminales móviles.

Además, de la lectura del citado literal, también se colige las funcionalidades específicas de la herramienta de medición, siendo estas las siguientes:

Funcionalidades de la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet

Para los Usuarios	Para el OSIPTEL y la supervisión del servicio de acceso a Internet
La herramienta de medición debe permitir que sus usuarios puedan efectuar mediciones usando un software cliente que se instale en sus terminales móviles.	La herramienta de medición debe permitir: <ul style="list-style-type: none"> • Que se realicen mediciones i) entre la red del ISP y el usuario conectado a éste; ii) entre el usuario y un servidor ubicado en el NAP Perú; y iii) entre el usuario y un servidor ubicado fuera del territorio nacional, determinado en el “Procedimiento de Supervisión del Servicio de Acceso a Internet”. • Que se realicen mediciones de los parámetros: (i) Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps); (ii) Latencia (en milisegundos).

Además, los parámetros que se citan en la tabla anterior, tienen su definición en el artículo 6 del REGLAMENTO⁸ (vigente durante el periodo supervisado), advirtiéndose de la misma que su forma de medición hace referencia a valores numéricos, como se cita a continuación:

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

6.1.4 Tasa de Transferencia de datos (TTD): Definido como la velocidad media de transferencia de datos desde el usuario a un servidor de prueba (ISP, NAP, Tramo internacional), en un período determinado, medido en bits por segundo. Es el

⁸ A la fecha, el Anexo N° 3 del Reglamento General de Calidad, incorporado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 00129-2020-CD/OSIPTEL, señala las siguientes definiciones:

**Anexo N° 3
DEFINICIONES Y FÓRMULAS DE LOS INDICADORES DE CALIDAD DE SERVICIO**

Indicador	Detalles
TTD	<p>Tasa de Transferencia de Datos Definición: Definido como la velocidad media de transferencia de datos desde el usuario a un servidor de prueba (ISP, NAP, Tramo internacional), en un período determinado, <u>medido en bits por segundo</u>. Es el parámetro unitario de base para definir estadísticamente los indicadores cumplimiento de velocidad mínima y velocidad promedio. Fórmula: $TTD = \frac{\text{Volumen de datos (bits)}}{\text{Duración de la prueba (segundos)}}$</p>
L	<p>Latencia Definición: Es el tiempo promedio que tarda un paquete en recorrer el tramo usuario-servidor de prueba-usuario, <u>en milisegundos</u>. $L(ms) = \frac{\sum_{k=1}^n t_k}{n}$ Donde: t_k es el tiempo de ida y vuelta de un k-ésimo paquete (milisegundos). n es la cantidad de paquetes recibidos exitosamente antes de tres (3) segundos.</p>





parámetro unitario de base para definir estadísticamente los indicadores cumplimiento de velocidad mínima y velocidad promedio.

(...)

6.1.6 Latencia (L): Es el tiempo promedio que tarda un paquete en recorrer el tramo usuario-servidor de prueba-usuario, medido en milisegundos. (...)

(Subrayado agregado)

Adicionalmente, es pertinente mencionar que las acciones de supervisión que sustentan el presente procedimiento fueron realizadas tomando en consideración lo expuesto por el “Procedimiento de Supervisión del Servicio de Acceso a Internet” (en adelante, Procedimiento de Supervisión de Internet), contenido en el Anexo N° 19 del REGLAMENTO⁹ (vigente durante el periodo de supervisión), en el cual se definen la

⁹ Reglamento General de Calidad
“Anexo N° 19

PROCEDIMIENTO DE SUPERVISIÓN DEL SERVICIO DE ACCESO A INTERNET

(...)

5.- MEDICIONES REALIZADAS POR EL OSIPTEL

(...)

5.3 Supervisión de los centros poblados

(...)

D) Mediciones para el servicio móvil

Debido a la condición de movilidad del servicio; el OSIPTEL empleará servicios de abonado de cualquier plan comercial vigente, realizando mediciones georreferenciadas dentro de los polígonos de cobertura de servicio y cuadrículas correspondiente al centro poblado, definidos en el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico, aprobado mediante Resolución N° 135-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias, o la norma que la sustituya.

Se efectuarán mediciones dentro de las cuadrículas trazadas sobre el área cubierta del centro poblado, considerando las cuadrículas que cuenten con cobertura. Las mediciones se distribuirán geográficamente dentro del área de cobertura del servicio, en al menos:

- 40 cuadrículas para centros poblados del estrato 1
- 20 cuadrículas para centros poblados del estrato 2
- 10 cuadrículas para centros poblados del estrato 3

En el caso de mediciones realizadas por supervisores del OSIPTEL, las mediciones se realizarán en exteriores, en estado estacionario.

En el caso de mediciones automatizadas realizadas mediante sondas, las mediciones se realizarán en interiores, en estado estacionario, donde haya una adecuada señal del servicio móvil, empleando al menos una sonda por cuadrícula seleccionada. La ubicación de la sonda será determinada por el OSIPTEL.

(...)

5.5 Condiciones para realizar la medición

El OSIPTEL deberá garantizar que el equipamiento empleado tenga las adecuadas características técnicas y condiciones de hardware y software.

Características técnicas de hardware y software del equipo de medición empleado:

- Computadora personal o laptop: mínimo procesador I7, 2 GB de memoria RAM, por lo menos 10 GB de capacidad de disco duro, sistema operativo Windows 7 o superior, navegador IE 9 o Chrome actualizado a la fecha de la prueba y antivirus actualizado.
- Terminal móvil / Smartphone: capacidad de procesador (al menos 4 núcleos), por lo menos 5 GB de espacio de memoria, sistema operativo Android.
- Sonda, equipo de drive test, módems: de acuerdo a las especificaciones y requerimientos del fabricante o implementador de la solución técnica.

Asimismo, durante la medición, deberá garantizar las siguientes condiciones:

Condiciones a considerarse durante la medición:

- El equipo deberá estar correctamente conectado y configurado
- El equipo deberá ser el único que emplee el acceso a Internet, debiendo deshabilitar/desconectar de ser el caso:

i) las funcionalidades que permitan la compartición del acceso WIFI/hotspot. ii) puertos Ethernet en el módem router/switch, excepto el empleado para la medición

- El equipo de medición no deberá estar ejecutando otras aplicaciones distintas al de la herramienta de medición; ni aplicaciones que hagan uso del acceso (actualizaciones automáticas, aplicaciones peer to peer, mensajería instantánea, funciones de sincronización, virus, etc).
- En el caso de servicios móviles, en los cuales el terminal puede usar múltiples tecnologías, se realizará la configuración para usarse sólo una de ellas, de acuerdo al plan de servicio determinado por el OSIPTEL.

El OSIPTEL determinará los servidores contra los que se efectuarán las mediciones, según lo establecido en la sección “Punto de observación y colección de información”. De considerarlo necesario, podrá solicitar la presencia de la empresa operadora en las mediciones.

Asimismo, la empresa operadora no deberá modificar unilateralmente las características con las cuales brinda el servicio en el cual se instaló la sonda, a fin de no distorsionar los resultados de las mediciones.

(...)





metodología y condiciones de mediciones del servicio de internet.

Asimismo, en el Procedimiento de Supervisión de Internet se señala que para la medición del indicador de Cumplimiento de Velocidad Mínima (CVM) que incluye los parámetros TTD y Latencia, se podrá emplear la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, toda vez que, se consideran los escenarios que se deben excluir del periodo de supervisión en el numeral 5.4 del mismo anexo. Aunado a ello, en la Exposición de Motivos del REGLAMENTO, se precisó lo siguiente:

“ (...)

Con respecto a los periodos excluidos de evaluación del servicio, se debe precisar que las mediciones deberán ser efectuadas en los periodos en los cuales el servicio está operativo y que no se efectuarán mediciones en las fechas festivas que presenta sobredemanda del servicio.

Se considera que las exclusiones del periodo de medición de días con elevada demanda o tráfico atípico son los considerados en el presente procedimiento, conforme lo indicado en la recomendación ITU-T E.413, la cual indica:

“Surgen numerosas situaciones en las que pueden producirse niveles de tráfico anormalmente altos o inhabitualmente distribuidos en la red internacional, una pérdida de la capacidad de la red o ambos fenómenos. Esas situaciones incluyen las siguientes:

- días punta;*
- fallos de sistemas de transmisión (incluidas las interrupciones previstas);*
- fallo de centrales;*
- fallo de sistemas de señalización por canal común;*
- situaciones de llamadas en masa;*
- catástrofes;*
- introducción de nuevos servicios*

La experiencia ha mostrado que la planificación en previsión de esas situaciones tiene un efecto beneficioso en la eficacia y la efectividad generales de la gestión de la red. La aplicación oportuna de estrategias planificadas de control puede ser decisiva para mejorar la calidad de funcionamiento de la red. 1.2 En el caso de acontecimientos conocidos o previsibles, las Administraciones deben elaborar y acordar planes predeterminados de gestión de la red, teniendo en cuenta los costes que éstos acarrearán. El grado de detalle de cualquier plan dependerá del tipo de situación que ha de abarcar; por ejemplo, un acontecimiento repetitivo, como el día de Navidad o de Año Nuevo, puede planificarse muy detalladamente. El hecho de que una Administración no cuente con facilidades de gestión de la red en tiempo real, no debe impedir que efectúe actividades de planificación”.

Finalmente, respecto a las situaciones de tráfico atípico para el servicio móvil, debe precisarse que de ser requerido por las empresas operadoras, se podrá excluir de la evaluación periodos en los cuales se efectuó mediciones, en los cuales se presentaron sobredemanda del servicio. Esta exclusión deberá ser solicitada y acreditada por la empresa operadora, demostrando que no había saturación previa y que su ocurrencia originó la saturación de la red.

Respecto a la evaluación de servicios en general en periodos afectados por casos fortuitos, fuerza mayor, circunstancias fuera del control de la empresa operadora o mantenimiento, su exclusión para la evaluación del OSIPTEL está prevista según lo indicado en el Anexo 11 del Reglamento General de Calidad, debiendo ser





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

comunicado y acreditado por ésta según el marco normativo vigente.

(...)"

(Subrayado agregado)

De lo anterior se desprende que, en el REGLAMENTO ya se considera la exclusión, - durante el Procedimiento de Supervisión de Internet que incluye la medición de los parámetros TTD y Latencia con el uso de la Herramienta para Smartphone/Tablet implementada por las empresas operadoras-, de situaciones no imputables a las empresas operadoras que pudieran afectar el resultado de las mediciones, así como el cumplimiento de ciertos requisitos técnicos que aseguren dicho resultado. Es así como, de seguirse el dicho procedimiento, como fue realizado en el presente caso, utilizando la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet implementada por TELEFÓNICA, no se debería mostrar valores no numéricos, es decir resultados inválidos (guiones).

En efecto, conforme al INFORME 158, el funcionamiento de la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet en cuestión, debería funcionar correctamente y mostrar valores válidos (numéricos), en la medida que, como se deja constancia en las respectivas Actas de Levantamiento de Información, las mediciones fueron realizadas en exteriores (modo outdoor) y en estado estacionario, dentro de las cuadrículas y polígonos de los centros poblados declarados con cobertura por TELEFÓNICA (es decir, en un área donde la empresa garantiza la cobertura del servicio), con el equipo móvil configurado en una tecnología (3G o 4G) desactivado de la conexión WIFI, con el acceso a la red WIFI deshabilitada y con un plan de datos activo (plan comercial vigente) que permita verificar que las mediciones no se interrumpan por falta de saldo de datos. Además, si hubiese existido una velocidad reducida en el área del centro poblado supervisado, incluso dicha velocidad reducida debería poder medirse (v.g. valores que tiendan a cero (0) Mbps) y mostrarse a través de la referida herramienta sin arrojar valores inválidos, que impidan evidenciar dicha situación.

En el caso en concreto, si bien TELEFÓNICA ha alegado como posibles causas generadoras de mediciones inválidas (guiones), la ocurrencia de situaciones particulares ocasionadas por el actuar del usuario, esta no ha presentado los documentos pertinentes que acrediten lo alegado.

De lo anterior, en concordancia con la DFI, esta Gerencia General señala que habiéndose acreditado que las acciones de supervisión en las cuales se utilizó la Herramienta de Medición implementada por la TELEFÓNICA, para la verificar el cumplimiento del indicador CVM, se siguió estrictamente el procedimiento establecido en el REGLAMENTO, que ya ha contemplado la exclusión de situaciones fuera del control de la empresa operadora que afecten el resultado de las mediciones, por lo que al verificarse ciertas inconsistencias en los registros de la herramienta, correspondía a la empresa operadora sustentar su origen, ya que es la responsable de la implementación y operatividad de la citada herramienta, la cual se encuentra bajo su resguardo y gestión; en consecuencia, corresponde desestimar el presente argumento.

De otro lado, sobre las capturas de las Tablas 1 y 2 presentadas por TELEFÓNICA, en concordancia con lo expuesto por la DFI en el MEMORANDO 1339, dichas tablas no resultan ser suficientes para acreditar el correcto uso de la Herramienta de Medición, en atención a los siguientes motivos:





- No se visualiza pruebas y resultados directamente realizados con la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, que evidencien la fecha y versión de actualización de la aplicación;
- Tampoco se evidencian los resultados (valores obtenidos) de mediciones válidas para los parámetros del servicio de acceso a internet Tasa de Transferencia de Datos de subida (UL) y bajada (DL) y Latencia,
- No se advierte el historial de mediciones de la Herramienta de Medición (App), que permitan evidenciar que no se estarían presentando los problemas identificados por el OSIPTEL;
- No se evidencia información capturada directamente desde la base de datos que resguarda las mediciones de la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet u otras evidencias que acrediten que actualmente su plataforma de base de datos funciona correctamente.”

Asimismo, en la tabla 1 no se identifica en qué categoría se encontrarían comprendidos los resultados inválidos (guiones) que arrojó la Herramienta de Medición según los hallazgos del Informe de Supervisión del presente procedimiento.

Por lo expuesto, se advierte que las tablas presentadas no resultan ser medios probatorios idóneos para acreditar el correcto funcionamiento de la herramienta cuestionada¹⁰, por lo que corresponde desestimar el presente argumento.

3.3 Sobre la aplicación del Principio de Razonabilidad. -

Al respecto, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL¹¹ este organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 23 de la LDFF, que dispone lo siguiente:

“Artículo 23.- Medidas específicas

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

(...)”

(Subrayado agregado)

Así, el artículo 23 del RGIS, modificado por Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTEL, señala lo siguiente:



¹⁰ Cabe precisar que, teniendo en consideración la naturaleza del presente procedimiento de imposición de MC, esta Instancia ha advertido que, en acciones de supervisión posteriores respecto del desempeño de la Herramienta de Medición de TELEFÓNICA, se verificó que dicha herramienta seguiría arrojando guiones (-) en los parámetros de la tasa de transferencia de bajada, subida y el valor de la Latencia, conforme al detalle expuesto por la DFI en el MEMORANDO 1339 en sus páginas 5 y 6.

¹¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

**“Artículo 23°. - Medidas Correctivas**

Las medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos. Mediante la imposición de una medida correctiva, los órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, ordenan a las Empresas Operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla con determinadas obligaciones legales o contractuales.

Las medidas correctivas establecerán los mecanismos adecuados que permitan su debido cumplimiento, así como el respectivo plazo para que éste se produzca, cuando corresponda”.

(Subrayado agregado)

Ahora bien, es importante indicar que la finalidad de la MC se encuentra asociada con los literales (i) y (vi) del artículo 24 del RGIS, los mismos que prescriben lo siguiente:

“Artículo 24.- Tipos de medidas correctivas

De manera concurrente o no, se dispondrá las siguientes medidas correctivas:

(i) Cesación de los actos u omisiones que constituyen incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión;

(vi) Realización de determinados actos destinados a garantizar el cumplimiento de una obligación legal o contractual.” (...)

En dicho contexto, esta Gerencia General considera que el inicio del Procedimiento de Imposición de una MC no responde a una decisión sin sustento y/o fundamento, por el contrario, al igual que todas las acciones administrativas ejecutadas por el OSIPTEL, el presente procedimiento resulta de un análisis basado en los conceptos de proporcionalidad y razonabilidad.

En ese sentido, cabe citar al Principio de Razonabilidad y verificar si la propuesta de imposición de una Medida Correctiva se ajusta a dicho principio contenido en el numeral 1.4 del inciso 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley N° 27444, cuyo contenido es el siguiente:

“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.4. Principio de razonabilidad. - *Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.*

(...).”

Sobre el particular, corresponde señalar que dentro de los principios generales que son de aplicación a los procedimientos administrativos, debe destacarse el Principio de Razonabilidad, según el cual, las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines





públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción en su cometido.

En ese sentido, el Principio de Razonabilidad, en cierta medida, racionaliza la actividad de la Administración, evitando que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva, encausando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado. En atención a ello, este Órgano Resolutivo procederá a analizar cada uno de los requisitos que contempla el numeral 1.4 del artículo IV del TUO de la LPAG, a efectos de considerar que un acto administrativo observa el mencionado principio:

- **Que la decisión de la Autoridad Administrativa se haya adoptado dentro de los límites de la facultad atribuida**

De conformidad con los artículos 40¹² y 41¹³ del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, la Gerencia General tiene la facultad para imponer las sanciones que correspondan por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

De igual modo, de acuerdo con los artículos 75¹⁴ y 76¹⁵ del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL (en adelante, ROF del OSIPTEL), aprobado por el Decreto Supremo N° 160- 2020-PCM y la Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL, corresponde a la DFI constituirse en el órgano de instrucción en los procedimientos de imposición de MC, cuya competencia sea de la Gerencia General. Así, se corrobora que la tramitación del presente procedimiento se enmarca dentro de los límites de la facultad atribuida a la DFI.

- **Que la decisión de la autoridad administrativa mantenga la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.**

Al respecto, cabe señalar que el Tribunal Constitucional en el Expediente N°

¹² “**Artículo 40.- Definición de Función Fiscalizadora y Sancionadora.**

La función fiscalizadora y sancionadora permite al OSIPTEL imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

¹³ “**Artículo 41.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función Fiscalizadora y Sancionadora.**

La función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida de oficio o por denuncia de parte. Dicha función es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL y en segunda instancia, en vía de apelación, por el Consejo Directivo.

Para el desarrollo de sus funciones la Gerencia General contará con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.”

¹⁴ “**Artículo 75.- Dirección de Fiscalización e Instrucción**

La Dirección de Fiscalización e Instrucción es el órgano de línea responsable de promover –con un enfoque de prevención– y de supervisar el cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional.

Asimismo, como órgano instructor, emite las medidas que correspondan en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores o de imposición de medidas correctivas, que sean de competencia de la Gerencia General en primera instancia administrativa.” (Subrayado agregado)

¹⁵ “**Artículo 76.- Funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción**

Son funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción las siguientes:

(...)

d) Conducir la etapa instructiva de los procedimientos administrativos sancionadores y de imposición de medidas correctivas. (...).”





2192-2004-AA/TC, ha establecido que el principio de proporcionalidad está estructurado por tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad, conforme se detalla a continuación:

“(…) El principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (…)”.

Es así que, con la finalidad de determinar si la decisión de iniciar un procedimiento de imposición de MC –y no adoptar una medida administrativa de otro tipo– ha cumplido con la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar según el texto del inciso 1.4 del numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, se procederá a analizar el Principio de Razonabilidad en sus tres dimensiones: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad.

Al respecto, sobre el juicio de idoneidad, la medida a ser adoptada debe ser adecuada para alcanzar el fin público que busca tutelar¹⁶, el cual –para el presente caso– se encuentra vinculado al cumplimiento de la obligación de mantener en correcto funcionamiento la Herramienta de Medición, así como, la corrección de su comportamiento adecuándose a la normativa vigente.

En efecto, esta Instancia considera que la imposición de una MC busca que TELEFÓNICA asuma en adelante un comportamiento adecuado, adoptando todas las acciones que resulten necesarias, de tal modo que realice una determinada conducta o se abstenga de ella, con la finalidad que cumpla con determinadas obligaciones contenida en una norma legal o en un contrato de concesión.

En atención al caso en concreto, se ha evidenciado que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto por literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del REGLAMENTO, respecto al período comprendido entre el 1 de enero de 2019 al 31 de diciembre de 2020.

En efecto, el comportamiento efectuado por TELEFÓNICA vulnera los derechos del usuario a obtener información sobre su servicio de internet móvil, permitiéndole verificar el cumplimiento del servicio contratado; así como, perjudica

¹⁶ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que toda medida que implique la intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente válido (Confróntese con el fundamento décimo tercero de la Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 14 de abril de 2007, recaída en el Expediente N° 1767-2007-PA/TC. Consulta realizada el 21 de julio de 2022. Dirección URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01767-2007-AA.pdf>).

Por su parte, MORÓN URBINA señala que el juicio de adecuación supone que “la medida sancionadora debe ser un medio jurídico idóneo y coherente para lograr el fin u objetivo previsto por el legislador al habilitar la potestad sancionadora sobre determinada actividad”. (MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444. Tomo II. 12ª Edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica. Pág. 408).





la función supervisora del OSIPTEL al afectar los tiempos de duración de las acciones de supervisión para verificar el cumplimiento del indicador CVM.

En ese sentido, a través de la imposición de una MC lo que se busca es que TELEFÓNICA asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando todas las medidas y acciones que resulten necesarias, con la finalidad de que cumpla con implementar las medidas pertinentes a fin de corregir los errores de funcionalidad detectados en la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet.

Asimismo, cabe precisar que con dicha medida se procura que la empresa operadora ajuste su comportamiento para dar cumplimiento oportuno a su obligación legal, dentro de los plazos en los que la norma prevé.

Por lo tanto, del análisis global del incumplimiento detectado, esta Gerencia General en concordancia con el Órgano Instructor, considera que la imposición de la MC resulta adecuada para corregir la conducta de la empresa operadora.

Del mismo modo, respecto del juicio de necesidad, cabe indicar que este consiste en evidenciar si la medida a adoptar resulta un medio necesario para lograr la finalidad pública que se pretende alcanzar, esto es, que no existan medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que permitan alcanzar el mismo fin¹⁷, como la adopción de comunicaciones preventivas, medidas de advertencia, medidas preventivas u otras análogas.

Al respecto, sobre las comunicaciones preventivas, estas se encontraban reguladas por el artículo 7 del Reglamento General de Supervisión -actualmente, Reglamento General de Fiscalización¹⁸-, vigente al momento de desarrollarse la supervisión en el presente procedimiento- y eran emitidas en función al resultado de los monitoreos realizados, los cuales medían el desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad que la empresa operadora adopte acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados, tal y como lo señalaba dicho Reglamento¹⁹; lo cual no ocurrió en el presente caso, toda vez que el presente procedimiento no se inició como consecuencia de una acción de monitoreo, sino de la supervisión tramitada en el Expediente N° 00211-2019-GSF, en consecuencia, no corresponde su aplicación al presente caso.

De otro lado, respecto de la imposición de las Medidas Preventivas, de Advertencia, Correctivas o Cautelares, cabe resaltar que ello corresponde a una facultad del OSIPTEL, la cual se utilizará según la trascendencia del bien jurídico

¹⁷ Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

“25. (...); en segundo lugar, (...), el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, (...), verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio – medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. (...)”. (Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 5 de junio de 2008, recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC. Dirección URL: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>).

Por su parte, CASTILLO CÓRDOVA refiere: “Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue”. (CASTILLO CÓRDOVA, LUIS. El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Repositorio Institucional Pirhua. 2005. Dirección URL: https://pirhua.udpe.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1&isAllowed=y).

¹⁸ Denominación modificada con Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL.

¹⁹ Aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.





protegido y afectado en el caso concreto, dentro de ciertos límites; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Asimismo, la emisión de Medidas de Advertencia tenía un carácter facultativo y sólo aplicaba a los supuestos establecidos taxativamente en el artículo 30²⁰ del Reglamento General de Supervisión vigente al momento de llevarse a cabo la supervisión; sin embargo, su aplicación no era automática, sino que estaba supeditada a la evaluación del caso en concreto y al Principio de Razonabilidad. Por ello, su aplicación no resultaba viable ya que al advertirse que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto por el literal ii del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del REGLAMENTO, esta Gerencia General en concordancia con la DFI, considera que la imposición de una MC, logrará que TELEFÓNICA adecúe su comportamiento a efectos de cumplir con la obligación en cuestión, con el fin que de manera satisfactoria realice la corrección de dichos incumplimientos en salvaguarda de los derechos de los usuarios.

En ese sentido, habiéndose determinado que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en el literal ii, del numeral 3.2 del Anexo N° 11 del REGLAMENTO, respecto del correcto funcionamiento de la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, y considerando que la finalidad en el presente caso es que TELEFÓNICA adecúe su comportamiento a efectos de cumplir con dicha obligación, se colige la medida adoptada supera el juicio de necesidad, pues no existen alternativas menos gravosas que satisfagan de manera igualmente satisfactoria la corrección de dichos incumplimientos.

Finalmente, con relación al juicio de proporcionalidad, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación equivalente o proporcional -ventajas y desventajas- con el fin que se procura alcanzar. Por este juicio, se debe realizar una ponderación o balance de costo-beneficio de la medida a aplicarse, entre los

²⁰ **“Artículo 30.- Medidas de Advertencia**

Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

La medida de advertencia a ser comunicada será establecida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión mediante un documento escrito dirigido a la entidad supervisada que adjunte el Informe de Supervisión que lo sustenta, al que se hace referencia en el artículo 15 del presente Reglamento.

Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

- a) *Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.*
 - b) *En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.*
 - c) *Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.*
 - d) *Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.*
 - e) *Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.*
- (...):”





intereses y derechos sacrificados y el fin público que se persigue, pero contextualizándolo con los hechos y circunstancias determinantes de la responsabilidad del administrado.

Sobre el particular, la empresa operadora señaló que el supuesto incumplimiento fue ocasionado por razones que se encuentran fuera de su esfera de control. Cabe precisar que, conforme al INFORME 1358 y el MEMORANDO 1339, TELEFÓNICA no ha cumplido con adjuntar medio probatorio alguno que sustente la aplicación de un eximente de responsabilidad.

Al respecto, se debe tener presente que, para la presente obligación, no se admiten cumplimientos parciales, es decir que la citada herramienta no permite realizar dichas mediciones en cualquier momento y según se cumpla con el respectivo Procedimiento de Medición de Internet dispuesto en el Anexo N° 19 del REGLAMENTO, considerando que su mal funcionamiento, tal y como ha sido indicado previamente afecta no solo a los usuarios que no podrán realizar mediciones, sino también a la función supervisora del OSIPTEL por afectar los tiempos de duración de las acciones de supervisión para verificar el cumplimiento del indicador CVM.

En este orden de ideas, en el presente caso, el bien jurídico protegido consistente en la protección de los derechos de los abonados o usuarios de poder realizar las mediciones correspondientes de su servicio de internet; así como, de la protección de la función supervisora del OSIPTEL, presenta un grado de satisfacción mayor a la posible afectación de la empresa operadora por la imposición de una MC en el presente procedimiento, máxime si se busca que la empresa operadora ajuste su comportamiento a fin de corregir –en lo sucesivo–, el incumplimiento de una obligación contenida en una norma legal.

En ese contexto, este Órgano Sancionador concuerda por lo señalado por el Instructor determinando que el OSIPTEL ha respetado los tres subprincipios establecidos para el Test de Razonabilidad. En consecuencia, se concluye que en la presente MC se cumple con respetar el Principio de Razonabilidad, aquel que contempla la existencia de una relación lógica y proporcional entre los antecedentes y las consecuencias, entre el objeto y el fin, así como el marco legal vigente.

En tal sentido, el inicio de un procedimiento y posterior imposición de una MC, constituye una medida eficaz, que permitirá generar un efecto disuasivo de modo tal que TELEFÓNICA implemente las acciones necesarias para corregir los errores de funcionalidad detectados en la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, a fin que se garantice las mediciones de los siguientes parámetros: (i) Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps); y, (ii) Latencia (en milisegundos).

En ese contexto, este Órgano Sancionador determina que la decisión de imponer una MC, se ajusta al Principio de Razonabilidad, toda vez que se encuentra en el ámbito de las facultades asignadas por ley, así como supera los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, existiendo una relación lógica y proporcionada entre los antecedentes y las consecuencias, entre el objeto y el fin, y el marco legal vigente.

Por lo expuesto, se determina que la imposición de la MC es el instrumento legal más idóneo, necesario y proporcional para obtener los resultados expuestos en la





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

presente Resolución.

Finalmente, acorde a lo establecido en el numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG, se deja establecido que tanto el INFORME 158 como el MEMORANDO 1339, constituyen parte integrante de la presente resolución y de su motivación.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento General del OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Imponer una **MEDIDA CORRECTIVA** a la empresa **TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** disponiendo lo siguiente:

- i. **TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** deberá remitir, en un plazo máximo de veinte (20) días calendario, contados desde el día siguiente de la notificación de la presente Resolución, un cronograma de acciones a implementar, a fin de corregir los errores de funcionalidad detectados en la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet, a fin que se garantice las mediciones de los siguientes parámetros: (i) Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps); y, (ii) Latencia (en milisegundos), según lo establecido en el “Instructivo Técnico para la supervisión de los indicadores aplicables al servicio de acceso a Internet según lo establecido en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado por la Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL.

Dicho cronograma no podrá tener una duración mayor a cuatro (4) meses, contados desde el vencimiento del plazo inicial de remisión de veinte (20) días calendario.

- ii. Transcurrido el plazo establecido en el cronograma señalado en el numeral (i) precedente, la Herramienta de Medición para Smartphone/Tablet de **TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** no deberá registrar errores de funcionalidad en el proceso de medición de los parámetros (i) Tasa de Transferencia de Datos (de subida y bajada, expresado en múltiplos de bps); y, (ii) Latencia (en milisegundos), de conformidad con lo dispuesto en el “Instructivo Técnico para la supervisión de los indicadores aplicables al servicio de acceso a Internet según lo establecido en el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado por la Resolución N° 031-2021-GG/OSIPTEL.

Artículo 2º. - El incumplimiento de cada una de las obligaciones dispuestas en los numerales (i) y (ii) precedentes, constituye infracción, de acuerdo a lo previsto en el artículo 25 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3º. - Poner en conocimiento de la Dirección de Fiscalización e Instrucción, la presente Resolución.

Artículo 4º.- Notificar la presente Resolución a la empresa **TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, así como el Informe N° 158-DFI/2022 y el Memorando N° 01339-DFI/2022.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo 5º.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES
CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL

