

Más aún, resulta singular –y llama especialmente la atención la falta de una debida diligencia de la empresa en este caso– el hecho de que, a pesar de haber tomado conocimiento de dicha objeción precisada en el IFI y en el Informe N° 012-PIA/2020, la empresa se siga mostrando renuente a efectuar el cese de todos los actos u omisiones imputados, pues aun cuando en su recurso vuelve a afirmar que “*ENTEL corrigió los valores de los indicadores TINE y TLLI en su página web conforme a los valores determinados por el OSIPTEL para el trimestre del 2018*” [sic: párrafo 27 del recurso], lo cierto es que, incluso hasta la fecha, la empresa mantiene publicados en su página web los valores inexactos del indicador TLLI para los meses de enero, febrero y marzo de 2018: cfr. https://www.entel.pe/wp-content/uploads/2019/09/indicadores_de_calidad_2018-12_recfinal.pdf (URL visto nuevamente el 26/06/2020 en presencia de ENTEL, en el informe oral presentado por la empresa ante el Consejo Directivo del OSIPTEL).

Sin perjuicio de dicha objeción, que excluye el atenuante de cese de la conducta infractora respecto del primer trimestre de 2018, que es materia del presente PAS, en este caso resulta aplicable el atenuante referido a la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora, teniendo en cuenta que ENTEL ha implementado las medidas correctivas detalladas en el párrafo 33 de su recurso, y se ha constatado que posteriormente los valores de los indicadores de calidad publicados por la empresa para el segundo, tercero y cuarto trimestres de 2018 han sido correctos.

Conforme a lo indicado, el criterio de reducción de 25% de multa aplicado en la Resolución N° 257-2018-CD/OSIPTEL referida por ENTEL no resulta pertinente en el presente PAS, por cuanto, como la misma empresa indica, dicha reducción se basó en la aplicación conjunta de los dos atenuantes invocados, lo cual no ocurre en el presente caso.

Por tanto, en aplicación del citado numeral i) del artículo 18 del RFIS, en concordancia con los criterios uniformes de reducción que aplica el Consejo Directivo del OSIPTEL cuando se trata del atenuante por medidas implementadas que aseguran la no repetición de la conducta infractora, y atendiendo a la oportunidad en que ENTEL acredita las medidas implementadas en este caso, corresponde aplicar un descuento de 10% sobre la multa base calculada.

En consecuencia, la multa resultante que debe aplicarse en el presente PAS se modifica de cincuenta y uno (51) UIT a **cuarenta y cinco con 90/100 (45,9) UIT**.

III. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

En el presente caso, tratándose de una sanción por infracción grave, la presente resolución debe publicarse en el Diario Oficial El Peruano, conforme a lo dispuesto por el Art. 33 de la Ley N° 27336.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 085-GAL/2020, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del Art. 6 de la LPAG–, constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 748 del 26 de junio de 2020;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Entel Perú S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 015-2020-GG/OSIPTEL, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución; y, en consecuencia:

• DESESTIMAR la nulidad planteada por Entel Perú S.A. contra la Resolución N° 015-2020-GG/OSIPTEL, ratificando la validez legal de dicha resolución.

• MODIFICAR la sanción de MULTA impuesta a Entel Perú S.A. de cincuenta y uno (51) UIT a cuarenta y cinco con 90/100 (45,9) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el ítem 3 del Anexo 15 del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber publicado en su página web información inexacta sobre los valores de los indicadores de calidad TINE y TLLI, correspondientes al primer trimestre del año 2018.

Artículo 2.- Declarar que la presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

(i) Notificar la presente resolución a la empresa Entel Perú S.A.;

(ii) Publicar la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”;

(iii) Publicar la presente resolución, en conjunto con la Resolución de Gerencia General N° 015-2020-GG/OSIPTEL, y el Informe N° 085-GAL/2020 en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,

(iv) Poner la presente resolución en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

¹² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias (RFIS).

1869864-1

Declaran infundada apelación y confirman multa impuesta a América Móvil Perú S.A.C. por infracción grave tipificada en el Reglamento de Neutralidad de Red

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 073-2020-CD/OSIPTEL

Lima, 2 de julio de 2020

EXPEDIENTE N°	: 00006-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00052-2020-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: AMÉRICA MÓVIL PERU S.A.C.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL PERU S.A.C. (en adelante AMÉRICA MÓVIL) contra la Resolución N° 00052-2020-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 00305-2019-GG/OSIPTEL, a través de la cual se le impuso una sanción de multa de cuarenta y uno con 60/100 (41,6) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 5 del Reglamento de Neutralidad de Red¹, al haber incumplido los artículos 32 y 34 de la misma norma, toda vez que, bloqueó arbitrariamente, del servicio de acceso a internet, los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC

¹ Aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 165-2016-CD/OSIPTEL.

(ii) El Informe N° 00081-GAL/2020 del 18 de junio de 2020, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL, y

(iii) Los Expedientes N° 00030-2018-GSF y N° 00006-2019-GG-GSF/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante carta N° C.00596-GSF/2019, notificada el 25 de marzo de 2019, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a AMÉRICA MÓVIL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de la siguiente infracción:

Conducta	Obligación	Tipificación	Infracción
Bloqueo arbitrario del servicio de acceso a internet de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC.	Artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red	Ítem 8 del Anexo 5 del Reglamento de Neutralidad de Red.	Grave

2. A través de la comunicación DMR/CE/N°622/19 del 3 de abril de 2019, AMÉRICA MÓVIL solicitó se amplíe por treinta (30) días hábiles, el plazo para remitir sus descargos. Dicha solicitud fue atendida mediante la carta C.00704-GSF/2019, notificada el 10 de abril de 2019, otorgándole una ampliación por diez (10) días hábiles adicionales al plazo inicialmente otorgado.

3. El 24 de abril de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó sus descargos.

4. Con fecha 19 de julio de 2019, la GSF emitió el Informe N° 00113-GSF/2019 (Informe Final de Instrucción), que contiene el análisis de los descargos presentados por AMÉRICA MÓVIL, en el cual se indica que dicha empresa habría incurrido en la infracción tipificada como GRAVE en el ítem 8 del Anexo V del Reglamento de Neutralidad de Red, al haber ejecutado el bloqueo arbitrario de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC. Por lo tanto, recomienda sancionar a AMÉRICA MÓVIL con una multa de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT, con una reducción por aplicación de atenuante de responsabilidad.

5. A través de la carta C.00727-GG/2019, notificada el 28 de octubre de 2019, se trasladó a AMÉRICA MÓVIL el Informe Final de Instrucción.

6. A través de la Resolución N° 00305-2019-GG/OSIPTEL, del 11 de diciembre de 2019, notificada el 13 de diciembre de 2019, la Gerencia General resolvió imponer la siguiente sanción:

Conducta	Obligación	Tipificación	Sanción
Bloqueo arbitrario del servicio de acceso a internet de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC.	Artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red	Ítem 8 del Anexo 5 del Reglamento de Neutralidad de Red.	Multa de 41,6 UIT

7. El 7 de enero de 2020, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 00305-2019-GG/OSIPTEL.

8. A través de la Resolución N° 00052-2020-GG/OSIPTEL, de fecha 19 de febrero de 2020, notificada el 20 de febrero de 2020, se declaró infundado el recurso de reconsideración presentado contra la Resolución N° 00305-2019-GG/OSIPTEL.

9. El 12 de marzo de 2020, AMÉRICA MÓVIL interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 00052-2020-GG/OSIPTEL.

10. El 13 de mayo de 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó argumentos complementarios a su recurso de apelación.

11. Con Decreto de Urgencia N° 026-2020, publicado

el 15 de marzo de 2020, se declaró la suspensión por treinta (30) días hábiles contados a partir del 16 de marzo de 2020, del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite a la entrada en vigencia de dicha disposición normativa.

A través de los Decretos Supremos N° 076-2020-PCM y 087-2020-PCM, se dispuso sucesivas prórrogas del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos sujetos a silencio positivo y negativo que se encuentren en trámite, hasta el 10 de junio del 2020.

12. El 26 de junio de 2020, AMÉRICA MÓVIL presentó argumentos complementarios a su recurso de apelación.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones (en adelante, RFIS), y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General² (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de AMÉRICA MÓVIL son los siguientes:

3.1. Las acciones adoptadas fueron en estricto cumplimiento del Reglamento de Neutralidad de Red.

3.2. Se vulneró el Principio de Razonabilidad, al no haber impuesto una medida menos gravosa o restrictiva de sus derechos.

Asimismo, se vulneró el Principio de Debido Procedimiento, en lo que respecta a su derecho a la Debida Motivación de los Actos Administrativos, al convalidar la equivocada calificación de la probabilidad de detección; situación que hubiera permitido a la Gerencia General optar por la imposición de una Medida Correctiva.

3.3. No se aplicaron los eximentes de responsabilidad referidos al error inducido por la administración y la subsanación voluntaria de la conducta infractora, establecidos en los literales e) y f) del numeral 1 del Artículo 257 del TUO de la LPAG.

3.4. Se vulneraron los Principios de Debido Procedimiento y Buena Fe Procedimental, Culpabilidad y Presunción de Licitud y su derecho de defensa, al omitir consignar en el Expediente de Supervisión y Sancionador, información relevante para efectuar un adecuado análisis de la supuesta responsabilidad.

IV. ANÁLISIS

4.1. Sobre el supuesto cumplimiento del Reglamento de Neutralidad de Red

En el presente PAS se atribuye a AMÉRICA MÓVIL el haber implementado medidas prohibidas consistentes en el bloqueo arbitrario del servicio de acceso a Internet de los puertos lógicos: 135-139 (Netbios), 445 y 25, de la red de internet fija HFC, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red.

Dicha empresa manifiesta que la medida adoptada se encontraría acorde al Reglamento de Neutralidad de Red, en este sentido, corresponde analizar las disposiciones contenidas en el mismo, a fin de determinar si la conducta de AMÉRICA MÓVIL se encuentra amparada por dicha norma.

Cabe resaltar que el artículo 6 de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (Ley de Banda Ancha), establece que el **OSIPTEL determinará las conductas**

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

que no serán consideradas arbitrarias, relativas a la neutralidad de red. En virtud a ello el OSIPTEL aprobó la Reglamento de Neutralidad de Red, en el cual se establecen las medidas arbitrarias (prohibidas) y no arbitrarias (permitidas) relativas a la neutralidad de red.

Cabe resaltar que si bien existe un esquema de flexibilidad, en cuanto al reconocimiento de medidas necesarias para la correcta provisión de servicios a los usuarios, el Reglamento de Neutralidad de Red también establece expresamente las medidas que se encuentran proscritas.

Así, en lo que respecta al Filtro y/o bloqueo arbitrario de servicios y/o aplicaciones legales, la Exposición de Motivos de dicha norma, expresamente se indica que *"El operador de telecomunicaciones por ningún motivo deberá bloquear o restringir el acceso a algún protocolo, tráfico, servicio o aplicación del acceso a internet, de forma unilateral, sin contar con el conocimiento y autorización del usuario"*.

De una lectura concordada de los artículos 12, 13, 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red³, se colige que el filtro o bloqueo de puertas lógicas es una medida prohibida por el Reglamento de Neutralidad de Red, salvo las siguientes excepciones:

- Se efectúe a solicitud del abonado.
- Se efectúe en cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado o con motivo de una norma específica.
- Se trata de una medida ante situación de emergencia relativa a la Neutralidad de Red.
- Se trata de una medida implementada por mandato judicial.

En virtud a expuesto, corresponde determinar si el bloqueo de puertos lógicos: 135-139 (Netbios), 445 y 25, adoptado por AMÉRICA MÓVIL se encuentran en alguna de las excepciones mencionadas en el párrafo anterior:

i) **Medida adoptada a solicitud del abonado:** Tal como se ha evidenciado del expediente de supervisión y del presente PAS, AMÉRICA MÓVIL ejecutó el bloqueo de los puertos lógicos: 135-139 (Netbios), 445 y 25, **sin que de por medio exista una solicitud de todos los abonados que hacen uso de su red de internet fija HFC.**

ii) **Medida en cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado o por norma:** AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que el bloqueo de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 en su red de internet fija HFC haya sido ejecutado en cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado o con motivo de una norma específica.

iii) **Medida adoptada ante situación de emergencia:** De los artículos 22, 23 y 24 del Reglamento de Neutralidad de Red⁴, se desprende que una medida de emergencia, para ser considerada como tal, debe reunir los siguientes presupuestos: a) Ser adoptada en una situación de emergencia; b) Evitar, neutralizar eliminar o mitigar los efectos negativos producidos por la situación de emergencia; c) Ser temporal; y; d) Estar circunscrita a los Protocolos de Acción ante Situaciones de Emergencia.

No obstante, en el presente caso, si bien en su recurso de apelación AMÉRICA MÓVIL sostiene que el bloqueo de los puertos lógicos se ejecutó en atención a una situación de emergencia (ataque a escala mundial por parte del RANSOMWARE "WANNACRY" el 12 de mayo de 2017), contradictoriamente, dicha empresa también ha señalado que venía ejecutando dicha medida antes de dicha situación de emergencia. Por lo tanto, el bloqueo realizado por AMÉRICA MÓVIL no fue adoptado ante una situación de emergencia y tampoco de manera temporal.

Asimismo, el bloqueo de puertos lógicos no se encontraba como parte de las medidas a ser adoptadas en el "Protocolo de Acción ante Situaciones de Emergencia", presentado por AMÉRICA MÓVIL a través de la comunicación DMR/CE/N°132/17 del 17 de enero de 2017.

En tal sentido, el bloqueo de puertos lógicos: 135-139 (Netbios), 445 y 25 en su red de internet fija HFC, no configura una medida efectuada ante una situación de emergencia.

3 Reglamento de Neutralidad de Red

"Artículo 12.- Tipos de medidas permitidas relativas a la neutralidad de red"

El Operador de Telecomunicaciones podrá implementar una medida relativa a la Neutralidad de Red, cuando:

1. El presente Reglamento la califica expresamente como una medida autorizada relativa a la Neutralidad de Red.
2. Se trata de una medida ante situación de emergencia relativa a la Neutralidad de Red.
3. Se trata de una medida implementada por mandato judicial."

"Artículo 13.- Tipos de medidas autorizadas"

El Operador de Telecomunicaciones puede implementar las siguientes medidas sin autorización previa del OSIPTEL:

1. Gestión de Direcciones IP.
2. Duración de la Sesión Dinámica en la Red.
3. Almacenamiento Temporal de Contenidos (CDN).
4. Filtro y/o Bloqueo de Servicios y/o Aplicaciones a solicitud del abonado.
5. Filtro y/o Bloqueo de Servicios y/o Aplicaciones en cumplimiento de obligaciones contractuales con el Estado o con motivo de una norma específica.
6. Otras medidas, siempre que no contravengan los principios rectores de la Neutralidad de Red."

"Artículo 32.- Medidas prohibidas"

El Operador de Telecomunicaciones está prohibido de implementar las siguientes medidas:

1. Gestión arbitraria de tráfico.
2. Filtro y/o Bloqueo arbitrario de servicios y/o aplicaciones legales.
3. Diferenciación arbitraria en la oferta comercial de productos de Acceso a Internet."

"Artículo 34.- Filtro y/o Bloqueo arbitrario de servicios y/o aplicaciones legales"

El Operador de Telecomunicaciones no puede, de propia iniciativa y sin consentimiento expreso del abonado, bloquear puertas de entrada lógicas (puertos) en su red o en el equipo terminal del usuario, desde y hacia Internet, bloquear nombres de dominio o direcciones IP, o bloquear aplicaciones o servicios."

4 Reglamento de Neutralidad de Red

"Artículo 22.- Definición de situación de emergencia relativa a la Neutralidad de Red."

22.1. Evento que genera efectos adversos o potenciales efectos adversos a la Neutralidad de Red, afectando o pudiendo afectar la disponibilidad particular o total y/o el correcto funcionamiento esperado de servicios, aplicaciones, acceso a contenidos, protocolos o tráfico específicos disponibles a través del Servicio de Acceso a Internet.

22.2. Los eventos a que se hace referencia en el numeral anterior, pueden ser aquellos que: (i) atenten contra la seguridad e integridad de la red, y el medio difusor de la amenaza es el Internet, y/o (ii) atenten contra la disponibilidad del Servicio de Acceso a Internet, y/o (iii) atenten contra las funcionalidades y/o servicios disponibles a través del Servicio de Acceso a Internet.

22.3. La afectación indicada se puede originar por acciones de terceros, de fuerza mayor, o por acciones que adopta el Operador de Telecomunicaciones para evitar, neutralizar, eliminar y/o mitigar una situación de emergencia relativa a la neutralidad de red.

Artículo 23.- Medidas adoptadas ante una situación de emergencia relativa a la Neutralidad de Red

Las medidas adoptadas ante una situación de emergencia relativa a la Neutralidad de Red, son aquellas que realiza el Operador de Telecomunicaciones con el fin de evitar, neutralizar, eliminar y/o mitigar los efectos negativos producidos por una situación de emergencia.

Toda medida adoptada en situación de emergencia es de carácter temporal.

Artículo 24.- Aplicación de medidas adoptadas ante una situación de emergencia

24.1. El Operador de Telecomunicaciones puede implementar medidas ante situaciones de emergencia relativas a la Neutralidad de Red cuando las circunstancias así lo requieran. Dichas medidas estarán circunscritas a los Protocolos de Acción ante Situaciones de Emergencia.

24.2. Los Protocolos de Acción ante Situaciones de Emergencia son el conjunto de acciones predeterminadas por el Operador de Telecomunicaciones, que se ejecutan de forma preventiva y/o reactiva en sus redes y servicios, con la finalidad de evitar, mitigar o contrarrestar alguna situación de emergencia relativa a la Neutralidad de Red.

24.3. La implementación de los mencionados protocolos y sus actualizaciones son comunicados al OSIPTEL al menos un día hábil antes de entrar en vigor. En la comunicación se debe especificar la fecha de inicio de la vigencia de los protocolos.

24.4. Los tipos de medidas adoptadas ante situaciones de emergencia relativas a la Neutralidad de Red son:

- (i) Protección de la red ante acciones maliciosas.
- (ii) Gestión de tráfico ante situación de interrupción.

24.5. La medida adoptada ante situación de emergencia se mantendrá por el tiempo que dure el evento de emergencia. Finalizado el referido evento, el Operador de Telecomunicaciones procederá a levantar la medida, restituyendo la configuración del servicio al estado previo al evento de emergencia."

iv) **Medida implementada por mandato judicial:** AMÉRICA MÓVIL no ha acreditado que el bloqueo de los puertos lógicos: 135-139 (Netbios), 445 y 25 en su red de internet fija HFC se haya implementado por mandato judicial.

En virtud a lo expuesto, se verifica que el bloqueo de puertos lógicos: 135-139 (Netbios), 445 y 25, efectuado por AMÉRICA MÓVIL, es una conducta prohibida, que no se encuentra en alguna de las excepciones previstas en el Reglamento de Neutralidad de Red y, por lo tanto, configuró el hecho infractor previsto en el ítem 8 del Anexo 5 de la misma norma.

Por otra parte, la información de las medidas relativas a la neutralidad de red a la cual hace referencia el primer ítem de la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Neutralidad de Red, está expresamente vinculada al Anexo II del mismo Reglamento, que contiene la **“Información de las medidas autorizadas relativas a la neutralidad de red, publicadas a través del sitio web del operador de telecomunicaciones”**.

En tal sentido, AMÉRICA MÓVIL no puede alegar que informó el bloqueo de puertos lógicos como una medida autorizada relativa a la neutralidad de red, cuando expresamente los artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red establecen que el bloqueo de puertos lógicos es una medida prohibida.

El hecho que AMÉRICA MÓVIL haya informado que venía ejecutando dicha medida de bloqueo y no se haya emitido el orden de cese, no implica que su conducta no haya configurado el incumplimiento a lo dispuesto en los artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad, toda vez que, desde el 01 de enero de 2017, ya se encontraba vigente la prohibición de bloqueo.

En la misma línea, sobre lo argumentado por AMÉRICA MÓVIL respecto a las comunicaciones y diligencias realizadas desde el año 2017 y el Informe N° 151-GPRC/2017, cabe resaltar que el OSIPTEL, a través de la GSF ejerció su función de supervisora para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de Neutralidad de Red, a fin de esclarecer las afirmaciones de dicha empresa respecto al bloqueo de puertos lógicos, toda vez que en algunas comunicaciones se afirmó que el bloqueo de puertos se aplicaba de manera permanente y en otras se afirmó que era ante situación de emergencia.

Adicionalmente a ello, es preciso anotar que, acorde a lo establecido en el artículo 31 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, el OSIPTEL tiene la facultad para imponer sanciones administrativas ante infracciones graves, dentro de los tres (3) años luego de cometerse. En tal sentido, resulta válido que, durante dicho periodo, el OSIPTEL haya efectuado las labores de supervisión, así como el inicio y tramitación del PAS, hasta la imposición de la sanción correspondiente.

Asimismo, si bien la GPRC, a través del Informe N° 151-GPRC/2017, emitido el 10 de agosto de 2017, recomendó la imposición de una Orden de Cese Definitiva, no descartó que se haya infringido lo dispuesto en los artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red. Menos aún que ello no suponga que corresponda aplicar el régimen de infracciones y sanciones previsto en dicho Reglamento.

4.2. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

De la revisión de la Resolución N° 00305-2019-GG/OSIPTEL, y del Informe N° 00192-PIA/2019 (numeral 1.2 de ambos documentos), que la sustenta, se advierte que la primera instancia sí efectuó una evaluación de los criterios del test de razonabilidad y la correspondiente observancia de sus tres dimensiones: adecuación, necesidad y proporcionalidad⁵. Así:

1. Con relación al juicio de idoneidad. La primera instancia precisó que el inicio del presente PAS y la sanción de multa se encuentra justificado en la salvaguarda del derecho de los usuarios del servicio de acceso a Internet, a la libertad de uso y disfrute de cualquier tipo de protocolo, tráfico, servicio o aplicación disponible en Internet.

Por lo tanto, se cumple el juicio de adecuación, para lograr un efecto disuasivo para que AMÉRICA MÓVIL adopte las medidas necesarias para dar oportuno cumplimiento a sus obligaciones, y en adelante se espera asuma un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias.

2. Con relación al juicio de necesidad. Se advierte que la primera instancia sí evaluó la posibilidad de imponer otras medidas, no obstante, ello fue descartado.

En lo que respecta a una comunicación preventiva, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Reglamento General de Supervisión⁶ estas son emitidas en el marco de monitoreos respecto de determinada obligación, con la finalidad que adopte acciones para solucionar problemas detectados, no obstante, en el presente caso, se trata de infracción cometida.

Tal como manifestó la primera instancia en el Informe N° 00036-PIA/2020, que sustentó la resolución impugnada, los casos que cita AMÉRICA MÓVIL en virtud del Principio de Predictibilidad y en los que con posterioridad a las acciones de monitoreo, se emitieron Comunicaciones Preventivas, los mismos corresponden a verificaciones de otras disposiciones normativas diferentes a las que son materia del presente PAS.

Por otra parte, con relación a la aplicación de una medida de advertencia se excluyó la posibilidad de aplicar una medida de advertencia toda vez que no se encuentra en los supuestos del artículo 30 del Reglamento General de Supervisión.

Complementariamente, la primera instancia desestimó la aplicación de una medida correctiva, toda vez que la probabilidad de detección es baja. En efecto, la verificación de la comisión de la infracción en el presente caso, no ha sido efectuada únicamente sobre la base de lo informado por AMÉRICA MÓVIL, sino en atención a pedidos de información, monitoreos y acciones de supervisión efectuadas por la GSF.

Asimismo, con relación al beneficio ilícito, coincidimos con lo indicado por la primera instancia, en el sentido que está representado por el costo no asumido por la empresa para dar cumplimiento a lo establecido en los artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red.

En tal sentido, se cumple con el juicio de necesidad, asimismo, no se vulneró el Principio de Prevención.

3. Con relación al juicio de proporcionalidad. Se advierte que la primera instancia evaluó los criterios establecidos en la normativa vigente a efectos de determinar la sanción a imponer.

Al respecto, acorde con lo establecido en el artículo 25 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), ante la comisión de una infracción grave corresponde imponer una multa de entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT⁷.

⁵ Cabe tener en consideración que el Tribunal Constitucional - Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N° 00535-2009-PA/TC, N° 00034-2004-AI/TC y N° 045-2004-PI/TC ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: (i) Idoneidad o de adecuación; (ii) Necesidad, y; (iii) Proporcionalidad en sentido estricto.

⁶ Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015/OSIPTEL

“Artículo 7.- Comunicación Preventiva
La Gerencia de Fiscalización y Supervisión podrá comunicar a la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que ésta adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.”

⁷ **“Artículo 25.- Calificación de infracciones y niveles de multa**
25.1 Las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites mínimos y máximos de las multas correspondientes serán los siguientes:

Infracción	Multa mínima	Multa máxima
Leve	0.5 UIT	50 UIT
Grave	51 UIT	150 UIT
Muy Grave	151 UIT	350 UIT

En el presente caso, se advierte que la primera instancia estableció el monto de la multa cerca del límite mínimo previsto, en cincuenta y dos (52) UIT, teniendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG. Más aún se verifica que dicha sanción fue reducida en un 20% tomando en consideración que AMÉRICA MÓVIL cesó la conducta infractora, imponiéndose finalmente cuarenta y uno con 60/100 (41,6) UIT.

Finalmente, cabe indicar que ello no reduce las posibilidades que, ante una real situación de emergencia, AMÉRICA MÓVIL o cualquier otra empresa operadora no pueda implementar alguna medida relativa a neutralidad de red, siempre que su conducta se encuentre acorde a lo establecido en el Reglamento de Neutralidad de Red. No obstante, como se desprende del análisis efectuado en el numeral 4.1 de la presente resolución AMÉRICA MÓVIL sí incumplió los artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red.

4.3. Sobre la aplicación de los eximentes de responsabilidad de subsanación voluntaria y error inducido por la administración.

En lo que respecta a la causal eximente de responsabilidad de subsanación voluntaria, deben configurarse, de forma concurrente, los siguientes supuestos: i) subsanación del acto u omisión constitutivo de infracción; ii) voluntariedad de la subsanación, y; iii) subsanación antes de la notificación de la imputación de cargos.

Con relación a la subsanación del acto u omisión del acto constitutivo de infracción el Consejo Directivo, se ha pronunciado en el sentido que la subsanación no debe ser entendida únicamente como una adecuación de la conducta a lo establecido en la norma, sino también a la corrección de los efectos derivados de la conducta infractora.

Ahora bien, contrariamente a lo indicado por AMÉRICA MÓVIL, atendiendo a las particularidades de cada caso, se advertirá que no siempre procede aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, debido a que habrá situaciones en las que no sea posible subsanar los efectos de la conducta infractora, lo cual no implica exigir imposibles materiales, sino únicamente la configuración de los supuestos de hecho previstos en la norma.

Así, en el presente caso, si bien se produjo el cese de la conducta infractora antes del inicio de PAS⁸, no debe perderse de vista que, contrario a lo afirmado por AMÉRICA MÓVIL, el bloqueo de puertos de lógicos sí generó efectos perjudiciales a los abonados en la medida que al existir alguna limitación en el normal funcionamiento de los puertos de red, las comunicaciones no se establecen o son defectuosas. Situación que no es posible de revertir.

La afirmación sobre los efectos producidos no se basa en una presunción ni en una probabilidad, tal como indica AMÉRICA MÓVIL, sino en hechos reales que se producen por el bloqueo de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25, que, de no ser por la conducta de dicha empresa, deberían poder ser empleados por los abonados y/o usuarios sin inconveniente alguno. Los efectos o problemas que se presentan son los siguientes:

Puerto	Afectación
25	Envío de correo electrónico entre servidores de correos, imposibilitando el envío y/o recepción de correos en el usuario final.
135-139	Servicios de impresión y de transferencia de archivos de manera remota desde terminales con el sistema operativo Windows
445	

Fuente: Informe N° 151-GPRC/2017.

Al respecto, tal como se indica en la Exposición de Motivos del Reglamento de Neutralidad de Red "(...) Muchas de las afectaciones que se presentan no son reportadas ni por los usuarios o empresas, pues dichos

actores no poseen información por parte de su Operador de Telecomunicaciones y no pueden identificar las causas de su problema".

Si bien, acorde a las proyecciones de la propia GSF, en la actualidad, los abonados ya habrían reiniciado el equipo emta o actualizado sus recursos IP lógicos (IP gestión), corresponde resaltar que los efectos de la conducta infractora que no han sido pasibles de revertir están referidos a las comunicaciones no establecidas o defectuosas, producidas a raíz del bloqueo de puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25, durante el periodo comprendido entre enero de 2017 a setiembre de 2018

En virtud a lo expuesto, no se han configurado los supuestos contemplados en el literal f) del artículo 257 del TUO de la LPAG, para exonerar de responsabilidad a AMÉRICA MÓVIL por la comisión de la infracción vinculada al incumplimiento de los artículos 32 y 34 del Reglamento de Neutralidad de Red.

Por otra parte, para aplicar el eximente de responsabilidad previsto en el literal e) del artículo 257 del TUO de la LPAG, la conducta que configura la infracción administrativa, es decir, el bloqueo de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25, tendría que haber sido provocada por la administración o por alguna disposición confusa. No obstante, en el presente caso no se advierte tal situación.

En efecto, el bloqueo arbitrario del servicio de acceso a internet de los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC, por parte de AMÉRICA MÓVIL fue ejecutado en enero de 2017, incluso dicha empresa afirmó que venía aplicando dicha medida desde el año 2007, es decir, con anterioridad a la supuesta actuación confusa de la administración (omisión de pronunciamiento de sus escritos presentados).

Además, cabe resaltar que el Reglamento de Neutralidad de Red, vigente desde enero de 2017, en su artículo 32 y 34, prohíbe expresamente que las empresas operadoras, de propia iniciativa y sin consentimiento expreso del abonado, bloqueen puertas de entrada lógicas (puertos) en su red o en el equipo terminal del usuario, desde y hacia Internet, bloquear nombres de dominio o direcciones IP, o bloquear aplicaciones o servicios.

En virtud a lo expuesto, no se advierte que se haya inducido a error a AMÉRICA MÓVIL a través de alguna actuación o disposición administrativa. Por lo tanto, tampoco corresponde aplicar el eximente de responsabilidad, previsto en el literal e) del artículo 257 del TUO de la LPAG.

4.4. Sobre la supuesta vulneración del Principio del Debido Procedimiento y Buena fe Procedimental.

En el presente caso se evidencia que la carta de imputación de cargos, se sustentó en el Informe N° 00210-GSF/SSCS/2018, el cual contiene un análisis integral de los hechos que configuraron la conducta infractora.

En efecto, no debe perderse de vista que, la conducta infractora imputada a AMÉRICA MÓVIL es el bloqueo arbitrario de puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC, lo cual fue acreditado y evidenciado sobre la base de la información contenida en el Informe N° 00210-GSF/SSCS/2018 y en virtud a la cual, dicha empresa, ha podido ejercer su derecho de defensa, a través del escrito de fecha 24 de abril de 2019.

Más aún corresponde resaltar que cuando le fue notificado el Informe N° 151-GPRC/2017, el 28 de octubre de 2019, adjunto al informe final de instrucción, AMÉRICA MÓVIL no presentó descargos contra dichos informes. Ello evidencia que la información contenida en dicho informe no cambia los hechos en virtud a los cuales se configuró la conducta infractora. Sobre todo, considerando que tanto en el Informe N° 151-GPRC/2017 como en el informe que sustentó el inicio del PAS, se toma en cuenta las declaraciones de AMÉRICA MÓVIL en el sentido que el bloqueo de puertos era una política de la empresa.

⁸ La GSF verificó en la acción de supervisión del 19 de setiembre de 2018, que AMÉRICA MÓVIL levantó el bloqueo de los puertos Netbios (135-139), 445 y 25.

Con relación al hecho que hay documentos que no fueron considerados en el análisis de la Resolución de Multa y en el Informe 210, se advierte que si bien la primera instancia no hizo referencia a las cartas DMR/CE/N°1852/2017 y la DMR/CE/N°1996/2017 en las AMÉRICA MÓVIL habría remitido información al OSIPTEL respecto de las medidas adoptadas y las potenciales afectaciones que neutralizó, sí analizó la misma información remitida por dicha empresa a través de la carta DMR/CE/N°114/18 del 11 de julio de 2018, a través de la cual también remite información relacionada al hecho de mantener el bloqueo de los puertos 135-139 (Netbios), 445 y 25.

Cabe resaltar que se incluyó esta última información en el análisis, en la medida que las primeras cartas contienen información menos actualizada a la remitida a través de la carta DMR/CE/N°114/18. El hecho es que sí se tomó en cuenta la información remitida por AMÉRICA MÓVIL, e incluso el análisis de la misma se encuentra en el anexo 1 del Informe que sustentó el inicio del PAS.

Con relación a la carta DMR/CE/N°2170/2017, cabe indicar que dicha información no fue considerada porque no está principalmente vinculada con el desbloqueo de otros puertos y no de los puertos 135-139 (Netbios), 445 y 25.

Asimismo, con relación a las Cartas C.1294-GSF/2017 y C.1180-GSF/2017, son cartas emitidas por el regulador en el ejercicio de su función supervisora, las cuales no contienen información relevante para el procedimiento.

De lo expuesto, se concluye que la primera instancia cumplió con evaluar, dentro de sus competencias y facultades los argumentos expuestos por AMÉRICA MÓVIL en su, sin vulnerar la debida motivación y los Principios del Debido Procedimiento, Verdad Material, Culpabilidad, ni de Buena fe procedimental.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 00081-GAL/2020, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual -conforme al numeral 6.2 del artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75 del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 748 /2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C, contra la Resolución N° 00052-2020-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 00305-2019-GG/OSIPTEL; y en consecuencia, CONFIRMAR la sanción de multa de cuarenta y uno con 60/100 (41,6) UIT, por la infracción grave tipificada en el ítem 8 del Anexo 5 del Reglamento de Neutralidad de Red, al haber incumplido lo establecido en los artículos 32 y 34 de la referida norma, por haber bloqueado arbitrariamente los puertos lógicos 135-139 (Netbios), 445 y 25 de la red de internet fija HFC; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para: i) notificar la presente Resolución a la empresa apelante el Informe N° 00081-GAL/2020; ii) Publicar la presente resolución en el diario oficial El Peruano; iii) Publicar la presente resolución en la página web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe, las Resoluciones N° 000305-2019-GG/OSIPTEL y N° 00052-2020-GG/OSIPTEL y el Informe N° 00081-GAL/2020; y; iv) Poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1869865-1

Prorrogan plazo para comentarios al Proyecto de norma que deroga el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico, y modifica el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y la Norma de Requerimientos de Información Periódica

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 074-2020-CD/OSIPTEL

Lima, 2 de julio de 2020

MATERIA:	AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA REMITIR COMENTARIOS AL PROYECTO DE NORMA QUE DEROGA EL REGLAMENTO PARA LA SUPERVISIÓN DE LA COBERTURA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES MÓVILES Y FIJOS CON ACCESO INALÁMBRICO, Y MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LAS CONDICIONES DE USO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES Y LA NORMA DE REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN PERIÓDICA
----------	--

VISTO:

El Informe N° 00057-GPRC/2020 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se recomienda la ampliación del plazo para presentar comentarios al Proyecto de Norma que deroga el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico, y modifica el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y la Norma de Requerimientos de Información Periódica, cuya publicación fue dispuesta a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 065-2020-CD/OSIPTEL; con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Legal;

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 065-2020-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 29 de mayo de 2020, se aprobó la publicación para comentarios del Proyecto de norma que deroga el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico, y modifica el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y la Norma de Requerimientos de Información Periódica; habiéndose establecido un plazo de treinta (30) días calendario, contados a partir del día siguiente de la fecha de su publicación, para que los interesados remitan sus comentarios respecto del referido Proyecto Normativo;

Que, mediante Carta N° DMR/CE/N°1231/20 del 19 de junio de 2020, la empresa América Móvil S.A.C. alega que no ha podido culminar con el análisis del Proyecto de Norma debido a la seria limitación de recursos y capacidad operativa que afrontan en el presente contexto de emergencia, y también debido a que se encuentran atendiendo múltiples requerimientos efectuados por el