

para la realización de Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin”;

Que, considerando que las disposiciones de la presente resolución tienen por objetivo implementar medidas que fortalezcan la transparencia y rendición de cuentas de las actuaciones de Osinergmin, no corresponde su publicación para comentarios, conforme a lo previsto en el artículo 14 del Reglamento que establece disposiciones relativas a la publicación de proyectos normativos y difusión de normas legales de carácter general, aprobado por Decreto Supremo N° 001-2009-JUS;

De acuerdo con lo establecido en el literal a) del artículo 7 del Reglamento de Organización y Funciones de Osinergmin, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2016-PCM; y estando a lo acordado por el Consejo Directivo de Osinergmin en su Sesión N° 30-2020;

SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aprobación

Aprobar la “Actualización de la Guía de Política Regulatoria N°1: Guía Metodológica para la realización de Análisis de Impacto Regulatorio en Osinergmin”, que en Anexo forma parte de la presente resolución.

Artículo 2.- Publicación

Disponer la publicación de la presente Resolución en el diario oficial El Peruano, y acompañada de su Anexo en el portal institucional de Osinergmin (www.osinergmin.gob.pe).

ANTONIO ANGULO ZAMBRANO
Presidente del Consejo Directivo (e)

1880483-1

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES

Declaran infundado Recurso de Apelación presentado por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 077-2020-GG/OSIPTEL y confirman multas

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 104-2020-CD/OSIPTEL

Lima, 18 de agosto de 2020

EXPEDIENTES N°	: Expediente N° 00061-2019-GG-GSF/PAS
MATERIA	: Recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 077-2020-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: ENTEL PERÚ S.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación presentado por la empresa ENTEL PERÚ S.A. (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 077-2020-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le sancionó por el incumplimiento a las obligaciones establecidas en los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija (en adelante, Reglamento de Portabilidad), aprobado por Resolución N° 166-2013-CD/OSIPTEL.

(ii) El Informe N° 127-GAL/2020 del 6 de agosto de 2020, elaborado por la Gerencia de Asesoría Legal, y;

(iii) El Expediente N° 00061-2019-GG-GSF/PAS

I. ANTECEDENTES:

1.1. Mediante carta N° 1185-GSF/2019, notificada el 17 de junio de 2019, la Gerencia de Supervisión y

Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a ENTEL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) y le otorgó un plazo de cinco (5) día para presentar sus descargos, al haberse verificado el presunto incumplimiento de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad¹.

1.2. El 15 de julio de 2019, luego de concedérsele la prórroga de plazo solicitada, ENTEL remitió sus descargos mediante carta N° EGR-619/2019.

1.3. A través de la carta N° 895-GG/2019, notificada el 31 de diciembre de 2019, la Gerencia General remitió a ENTEL copia del Informe N° 204-GSF/2019 (Informe Final de Instrucción), en el que se analiza los descargos presentados por dicha empresa; otorgándosele un plazo de cinco (5) días para la formulación de descargos.

1.4. El 8 de enero de 2020, mediante carta N° EGR-025/20, ENTEL remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción.

1.5. Mediante Resolución N° 077-2020-GG/OSIPTEL² del 12 de marzo de 2020, la Primera Instancia³ sancionó a ENTEL conforme al siguiente detalle:

Norma incumplida	Norma que tipifica	Conducta Imputada	N° de casos	Multa
Artículo 20	Numeral 18 del Anexo 2	Excedió en dar respuesta a la consulta previa efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal, en un plazo no mayor de cinco (5) minutos de realizada.	2543	58.8 UIT
		Excedió en dar respuesta a la consulta previa efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal, en un plazo no mayor de dos (2) minutos de realizada.	778	
		No se dio respuesta y se excedió en dar respuesta a la consulta previa efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal, en un plazo no mayor de dos (2) minutos de realizada.	2595	
Reglamento de Portabilidad	Artículo 22	Excedió en dar respuesta a la consulta efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal respecto a la solicitud de portabilidad, en un plazo no mayor de cinco (5) minutos de realizada.	167	51 UIT
		No se dio respuesta y se excedió en dar respuesta a la consulta efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal respecto a la solicitud de portabilidad, en un plazo no mayor de cinco (5) minutos de realizada.	1115	
		Excedió en dar respuesta a la consulta efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal respecto a la solicitud de portabilidad, en un plazo no mayor de dos (2) minutos de realizada.	63	
		No se dio respuesta y se excedió en dar respuesta a la consulta efectuada por el Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal respecto a la solicitud de portabilidad, en un plazo no mayor de dos (2) minutos de realizada.	192	

1.6. 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

¹ La imputación se sustentó en el Informe N° 00061-GSF/SSDU/2019, de fecha 07 de junio de 2019, emitida en el Expediente de Supervisión N° 00097-2018-GSF

² Notificada mediante correo electrónico del 8 de mayo de 2020

³ Dicha resolución se sustenta además en el Informe N° 00050-PIA/2020 de fecha 12 de marzo de 2020

positivo y negativo que se encontraban en trámite a la entrada en vigencia de dicha disposición normativa. Dicha suspensión de plazos fue objeto de sucesivas prórrogas, la última hasta el 10 de junio de 2020, a través del Decreto Supremo N° 087-2020-PCM.

1.7. El 2 de julio de 2020, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 077-2020-GG/OSIPTTEL, y solicitó se le otorgue el uso de la palabra a fin de exponer sus argumentos ante el Consejo Directivo.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y sus modificatorias (en adelante, RFIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

ENTEL sustenta el Recurso de Apelación en el siguiente argumento:

3.1. La resolución impugnada fue notificada luego de haberse configurado la caducidad del PAS.

3.2. Se vulnera el Principio de Legalidad, toda vez que el resultado de la supervisión no le fue remitido antes del inicio del PAS.

3.3. Se vulneran los Principios de Culpabilidad y Presunción de Veracidad, toda vez que los incumplimientos no le son atribuibles y no se ha interpretado correctamente los medios probatorios ofrecidos.

3.4. Se vulnera el Principio de Razonabilidad al haberse impuesto sendas multas pese a que no se ha generado ningún perjuicio considerable a los usuarios.

3.5. Se vulnera el Principio de Proporcionalidad, dado que no se ha sustentado la existencia de condiciones agravantes para imponer una multa de 58.8 UIT.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de ENTEL, este Colegiado considera lo siguiente:

4.1. Sobre la supuesta caducidad del Procedimiento Administrativo Sancionador

ENTEL sostiene que, en la medida que la notificación de cargos se efectuó el 17 de junio de 2019 y que la Gerencia General nunca emitió una resolución de ampliación de plazo, el PAS habría caducado indefectiblemente el 17 de marzo de 2020; pese a ello, la resolución impugnada le fue notificada el 8 de mayo de 2020.

En ese sentido, ENTEL afirma que la ley no ha previsto la posibilidad de que el plazo de caducidad pueda ser suspendido, lo cual se fundamenta en su naturaleza, al tratarse de una institución establecida para dotar de seguridad jurídica del administrado en el marco de los procedimientos sancionadores.

Sobre el particular, el artículo 259 del TUO de la LPAG dispone que transcurrido el plazo de nueve (9) meses para resolver –contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos– sin que se haya notificado la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado administrativamente el PAS y se procederá a su archivo. Ahora bien, como ocurre en todos los plazos fijados en meses, el de caducidad se cuenta de fecha a fecha, concluyendo el día igual al del mes que inició, completando el número de meses fijados para dicho lapso.

Sin embargo, la regulación especial sobre la caducidad administrativa del PAS no ha previsto el supuesto en el cual, el último día del plazo máximo para notificar la resolución que declara la responsabilidad administrativa

sea considerado día inhábil o en el que no funcione normalmente la atención al público, ante lo cual resultan aplicables las reglas generales sobre cómputo de plazos.

En ese sentido, el numeral 145.2 del artículo 145 del TUO de la LPAG dispone que si el último día del plazo o la fecha determinada sea inhábil, es decir no laborable del servicio, o por cualquier otra circunstancia la atención al público no funcione durante el horario normal, el plazo se entiende prorrogado al primer día hábil siguiente; por su parte, el numeral 151.1 del artículo 151 de la referida ley prescribe que todo plazo vence el último momento del día hábil fijado para tal efecto.

Sobre la base de dichas disposiciones normativas se verifica que en el caso de que el último día del plazo de caducidad sea considerado día inhábil o en el que no funcione normalmente la atención al público, el plazo de caducidad se entiende prorrogado hasta el primer día hábil siguiente⁴.

En el presente caso, se verifica que la imputación de cargos efectuada mediante carta N° 1185-GSF/2019 fue notificada el 17 de junio de 2019; por lo tanto, la fecha en la que –en principio– se cumplirían los nueve (9) meses del plazo máximo para resolver y notificar la correspondiente resolución, sería el martes 17 de marzo de 2020.

De este modo, se advierte que la Primera Instancia emitió la Resolución N° 077-2020-GG/OSIPTTEL con fecha 12 de marzo de 2020, esto es, dentro del plazo para resolver el PAS, quedando pendiente la realización de la correspondiente notificación personal en el domicilio de ENTEL.

Sin embargo, como es de conocimiento público, mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM publicado el 15 de marzo de 2020, se declaró el Estado de Emergencia Nacional y se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, por un plazo inicial de quince (15) días calendario, prescribiéndose que durante dicho estado de excepción, quedaba restringida la libertad de tránsito y, por ende, las personas únicamente podrían circular por las vías de uso público para la prestación y acceso a los servicios y bienes esenciales señalados taxativamente en el artículo 4 del dicho cuerpo normativo.

Ante estas circunstancias, toda vez que desde el 16 de marzo de 2020 la atención al público –tanto en las oficinas administrativas de ENTEL como las de este organismo regulador– y la realización de cualquier tipo de notificación personal no estaban incluidas dentro del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, desde dicha fecha se produjo la imposibilidad de que la administración realice cualquier acto de comunicación dirigido a los administrados

En consecuencia, toda vez que el último día del plazo de caducidad, 17 de marzo de 2020, se encuentra dentro del periodo a partir del cual se restringió la libertad de tránsito únicamente para actividades esenciales, debe considerarse como uno inhábil o no laborable del servicio para realizar notificaciones personales y que, además, implica el no funcionamiento de la atención al público de los sujetos del procedimiento, el plazo de caducidad debe entenderse prorrogado hasta el primer día hábil siguiente, teniendo en cuenta que la imposibilidad para realizar notificaciones no ha sido imputable a este organismo regulador.

Sobre el particular, HUAPAYA TAPIA y SANCHEZ POVIS han señalado que en tanto se trata de días no laborables del servicio “los cinco días comprendidos del 16 al 20 de marzo (los días anteriores a la entrada en vigencia del DU 029), no se computan ni para el inicio de procedimientos, ni para plazos impugnatorios, ni para

⁴ Dicha regulación sobre los plazos no es ajena en el Derecho peruano, toda vez que se encuentra presente tanto en normas de Derecho público, como es el caso de la norma XII del Título Preliminar del Código Tributario, en virtud de la cual “en todos los casos, los términos o plazos que vencieran en día inhábil para la Administración, se entenderán prorrogados hasta el primer día hábil siguiente”; como en normas de Derecho privado, como es el caso del numeral 5 del artículo 183 del Código Civil, el cual dispone que “el plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.”

cualquier plazo en cualquier procedimiento administrativo (sea sancionador, de revisión de oficio o disciplinario), y el administrado los añade a su plazo cuando se reanude el cómputo de plazos de los procedimientos, lo cual ocurrirá una vez concluida la suspensión de plazos dispuesta por el DU 026 (para las entidades que emitieron comunicados)⁵

En efecto, con la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia N° 029-2020, publicado el 20 de marzo de 2020, se declaró expresamente la suspensión por treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de publicado dicho dispositivos, del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazo. Dicho plazo fue ampliado sucesivamente a través del Decreto de Urgencia N° 053-2020 y el Decreto Supremo N° 087-2020-PCM, publicados el 5 y 27 de mayo de 2020, respectivamente, se dispuso sucesivas prórrogas del cómputo de los plazos de tramitación de los PAS hasta el 10 de junio del 2020.

En consecuencia, en virtud de las disposiciones normativas antes señaladas, se entiende que el 11 de junio de 2020 constituye el primer día hábil siguiente para la realización de las notificaciones personales y esta fecha la que debe tenerse en cuenta como último día del plazo para que opere la caducidad.

Cabe señalar que, en virtud del artículo 2 de la Resolución N° 041-2020-PD/OSIPTEL, publicada el 3 de mayo de 2020, que dispuso que la notificación a las empresas operadoras de las comunicaciones, requerimientos u otros actos o actuaciones emitidos en los procedimientos administrativos que se tramitan ante el OSIPTEL se realice vía correo electrónico, la Primera Instancia remitió la resolución impugnada al correo electrónico regulacion.entel@entel.pe con fecha 8 de mayo de 2020 la cual, en tanto fue notificada en día inhábil, debe entenderse efectuada el 11 de junio de 2020, interpretación que también comparte ENTEL, conforme se desprende de su carta N° CGR-2479/2020⁶, remitida el 15 de mayo de 2020.

En consecuencia, toda vez que no se ha configurado la caducidad del presente PAS, corresponde desestimar la apelación de ENTEL en este extremo.

4.2. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Legalidad

ENTEL refiere que no se le remitió el resultado de la supervisión antes del inicio del presente PAS, hecho que infringe el TUO de la LPAG, viciando de nulidad el procedimiento. Al respecto, expresa que el Informe N° 061-GSF/SSDU/2019 de fecha 7 de junio de 2019 -que contenía las conclusiones de la supervisión efectuada por la GSF- no le fue remitido sino hasta con la notificación de inicio del PAS, realizada el 17 de junio de 2019.

En ese sentido, ENTEL sostiene que dicho actuar se aleja del criterio reconocido en el Acta de Sala Plena de 22 de julio de 2019, emitida por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería del OSINERGMIN (TASTEM), donde se establece que de iniciar un PAS debe ponerse en conocimiento de los administrados el resultado de las acciones de inspección previas, a fin de cumplir con las garantías del Principio de Legalidad en materia administrativa, particularmente el derecho previsto en el numeral 5) del artículo 242 del TUO de la LPAG.

Bajo esta línea, ENTEL expresa que de acuerdo al artículo 241.2 del TUO de la LPAG de no tener un acta de fiscalización, el OSIPTEL debió remitir con fecha anterior al inicio del PAS un documento que haga sus veces, a efectos de no impedir que: (i) subsane voluntariamente su conducta; (ii) advierta y denuncie oportunamente las irregularidades de la supervisión; y (iii) presente argumentos que reconoce el artículo 242 del TUO de la LPAG.

Sobre el particular, corresponde precisar que conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 2 del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Supervisión) una acción de supervisión es todo acto del supervisor que, bajo cualquier modalidad, tenga por objeto verificar el cumplimiento de cualquiera

de las obligaciones, resoluciones o mandatos a los que se refiera la supervisión. Asimismo, el artículo 22 del referido dispositivo señala que las acciones de supervisión se podrán realizar a través de diversos mecanismos, tales como requerimientos de información, llamadas de prueba, levantamiento de información, entre otros.

De acuerdo a ello, la GSF a fin de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, durante la etapa de supervisión, ante la falta de atención al requerimiento de información contenido en la carta N° 1129-GSF/2018⁷, efectuó la acción de supervisión en las instalaciones de ENTEL con fecha 29 de agosto de 2018, entregándosele una copia de la correspondiente acta de supervisión, una vez terminada la misma, cumpliendo de este modo las obligaciones a su cargo conforme a lo previsto en el TUO de la LPAG. En este punto, es importante señalar que en la referida acción de supervisión se efectuaron nuevos requerimientos de información a ENTEL, ante los cuales pudo realizar las acciones que considere convenientes y expresar las observaciones a que hubiere lugar dentro del plazo para cumplir con el requerimiento efectuado.

Sin perjuicio de lo anterior, se verifica que mediante la carta N° 1185-GSF/2019, notificada el 17 de junio de 2019, se comunicó la imputación de cargos a ENTEL, conjuntamente con el Informe de Supervisión, precisándose el detalle de cada uno de los presuntos incumplimientos que fueron observados por la GSF durante la etapa de supervisión, y que sustentaron el inicio del PAS.

Conforme se evidencia, el inicio del presente PAS cumplió con lo establecido en el artículo 255 del TUO de la LPAG; por lo que, no existe vulneración alguna al Debido Procedimiento, ni al Principio de Legalidad. Sin perjuicio de considerar que el 25 de junio de 2019, ENTEL obtuvo las copias del íntegro del Expediente de Supervisión.

Finalmente, cabe indicar que el Acta de Sala Plena de fecha 22 de julio de 2019, emitida por el Tribunal de Apelaciones de Sanciones en Temas de Energía y Minería del OSINERGMIN -que ha sido invocado por ENTEL- hace referencia al criterio resolutivo adoptado por dicho órgano en relación a supervisiones basadas en actas de supervisión. Sin perjuicio de ello, corresponde indicar que lo señalado en el referido documento, no resulta vinculante para el análisis que realiza este organismo regulador, en tanto el mismo se circunscribe a los criterios resolutivos adoptados por una entidad que regula un sector distinto (energía y minería).

En ese sentido, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón y Lucio SÁNCHEZ POVIS (2020). IUS 360°. "Reflexiones de urgencia (y posibles soluciones) respecto a la suspensión de los plazos de procedimientos administrativos en el marco del estado de emergencia declarado a causa del Covid-19. Recuperado de https://ius360.com/publico/administrativo/reflexiones-de-urgencia-y-posibles-soluciones-respecto-a-la-suspension-de-los-plazos-de-procedimientos-administrativos-en-el-marco-del-estado-de-emergencia-declarado-a-causa-del-covid-19/#_ftn8

⁶ "(...)

Al respecto, debemos precisar que toda notificación y actos intermedios que vuestra entidad emita durante la suspensión a la que hemos hecho referencia, solo podrá surtir efectos una vez que se levante la suspensión del cómputo de plazos prevista por el D.U. 053-2020, como hemos expuesto precedentemente. En ese sentido, nos vemos en la necesidad de advertir que una interpretación contraria a la que exponemos implicaría la infracción a garantías mínimas establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en específico a nuestro derecho a un debido procedimiento y derecho de defensa; configurándose con ello una ilegalidad manifiesta que viciaría de nulidad cualquier procedimiento sancionador. Sobre la base de lo expuesto, y en relación al documento de la referencia, que nos fuera notificado el 08 de mayo de 2020 mediante correo electrónico: dejamos constancia de que la recepción de la notificación no inicia el cómputo de ningún plazo aplicable al inicio o tramitación del procedimiento sancionador, el cual empezará a computar al día hábil siguiente del levantamiento de la suspensión dispuesta por las normas precitadas".

⁷ Notificada el 25 de julio de 2018.

4.3. Sobre la supuesta vulneración de los Principios de Culpabilidad y Presunción de Veracidad

ENTEL expresa que los incumplimientos por los que fue sancionada no se han producido por su actuar doloso o culposo sino que fueron generados en virtud a una cantidad elevada y desmesurada de consultas previas formuladas por otros operadores, consistentes en una mala praxis, y el propio cambio normativo del Reglamento de Portabilidad, lo cual vulnera el Principio de Culpabilidad.

En esta línea, ENTEL argumenta que la Primera Instancia ha determinado arbitrariamente que, al tratarse de una empresa operadora, el grado de especialidad se encuentra vinculado al aspecto de la culpabilidad, lo cual estaría generando una suerte de régimen objetivo. Adicionalmente, en opinión de ENTEL, la Primera Instancia no ha considerado que sus medios de prueba sustenten la mala praxis.

Finalmente, ENTEL manifiesta que la resolución impugnada ha vulnerado los Principios de Presunción de Veracidad y Verdad Material, en la medida que los medios probatorios ofrecidos cumplen con sustentar que los incumplimientos imputados no le son atribuibles; sin embargo, no han sido interpretados correctamente por la Primera Instancia sin fundamento alguno.

En cuanto a lo alegado por la empresa operadora, es importante precisar que para la configuración del tipo infractor no es necesaria la intencionalidad en la conducta del agente, sino que puede configurarse si este infringió un deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo prever. Así, el nivel de diligencia exigido a ENTEL debe ser alto, puesto que dicha empresa operadora, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado; lo cual no implica la adopción de un régimen objetivo de responsabilidad administrativa ni, por lo tanto, vulnera el Principio de Culpabilidad.

En consecuencia, atendiendo a dichas circunstancias, se espera que dicha empresa adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío del cumplimiento de los deberes que le corresponde honrar obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control. De acuerdo a ello, le correspondía a la ENTEL aportar las pruebas concluyentes que acrediten que, efectivamente, el retraso y la falta de respuesta de las consultas previas y solicitudes de portabilidad ocurridos durante junio y julio de 2018 obedecieron a eventos fuera de su esfera de dominio.

Al respecto, ENTEL alega la ausencia de culpa sobre la base de que los incumplimientos de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, fueron ocasionados por mala praxis de otras empresas operadoras que generaron una cantidad elevada de consultas previas, lo cual acreditaría con el archivo Excel denominado "Consultas previas_port out"; sin embargo, dicho medio probatorio únicamente indica la relación de consultas previas efectuadas entre el 4 y 5 de julio de 2018 sin que –sobre la base de dicha información– se pueda inferir que estas hayan afectado sus sistemas y que generaron el retraso o falta de respuesta de las consultas previas y solicitudes de portabilidad durante todo el periodo evaluado (Del 1 de junio al 31 de julio de 2018).

En consecuencia, en la medida que el medio probatorio ofrecido por ENTEL no permite concluir que el incumplimiento imputado corresponda a una causa distinta a la de la falta de diligencia por parte de la empresa operadora, no se han vulnerado los Principios de Verdad Material ni Presunción de Veracidad.

En cuanto al cambio normativo que alega ENTEL, debe tenerse presente que la obligación de responder una consulta previa o una solicitud de portabilidad en un plazo no mayor de cinco (5) minutos fue exigible desde el 30 de abril de 2016, fecha en la que los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad entraron en vigencia; sin embargo, ha quedado acreditado que en el periodo comprendido entre el 1 de junio y el 13 de julio de 2018, dos mil quinientos cuarenta y tres (2543) consultas previas así como ciento sesenta y siete (167)

solicitudes de portabilidad fueron emitidas excediendo el temporizador de cinco (5 minutos) y, a su vez, mil ciento quince (1115) consultas previas no obtuvieron respuesta por parte de ENTEL en su calidad de concesionario cedente, pese a que dichas obligaciones eran conocidas y se encontraban vigentes aproximadamente dos años antes de su incumplimiento.

De otro lado, si bien la obligación de responder una consulta previa o solicitud de portabilidad fue reducida de cinco (5) a dos (2) minutos, en virtud de la Resolución N° 159-2018-CD/OSIPTEL, publicada el 13 de julio de 2018, que modificó, entre otros, los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, siendo exigible desde el 14 de julio de 2018; no obstante, como bien señala la Primera Instancia, dicha modificación ya era de público conocimiento desde el 23 de diciembre de 2017, fecha en la que se publicó para comentarios la Resolución N° 157-2017-CD/OSIPTEL que aprobó el proyecto de modificación del Reglamento de Portabilidad. En consecuencia, no resulta atendible que ENTEL –sobre la base de una modificación normativa previamente conocida– pretenda eximirse de responsabilidad respecto de setecientos setenta y ocho (778) consultas previas y sesenta y tres (63) solicitudes de portabilidad en las que excedió el temporizador de dos (2) minutos ni mucho menos en los dos mil quinientos noventa y cinco (2595) consultas previas y ciento noventa y dos (192) solicitudes de portabilidad en las que no emitió respuesta alguna.

En consecuencia, toda vez que no se han vulnerado los Principios de Culpabilidad, Presunción de Veracidad y Verdad Material, corresponde desestimar el Recurso de Apelación de ENTEL en este extremo.

4.4. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

ENTEL argumenta que la Primera Instancia no ha determinado correctamente los tres juicios que permitan acreditar el cumplimiento del Principio de Razonabilidad para la imposición de una sanción. En ese sentido, precisa que dado que los incumplimientos no han generado ningún perjuicio considerable, en aplicación de criterios de regulación responsiva, correspondería la imposición de una medida correctiva o, en su defecto, una medida de advertencia.

Agrega que las sanciones no cumplirían un fin preventivo, toda vez que su conducta siempre ha reflejado el compromiso de responder oportunamente las consultas previas y solicitudes de portabilidad; asimismo, no se cumpliría un fin represivo razonable dado que un gran número de usuarios logró hacer efectiva la portabilidad y los casos de solicitudes de portabilidad no contestadas a tiempo debieron ser declarados procedentes por mandato de la norma.

Sobre el particular se verifica que, contrario a lo señalado por la empresa operadora, la Primera Instancia efectuó el análisis correspondiente al Principio de Razonabilidad. En efecto, en relación al juicio de adecuación, se verifica que ante la evidente afectación de los bienes jurídicos tutelados por los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, las sanciones impuestas se encuentran plenamente justificadas debido a que están destinadas a reprimir la conducta infractora de ENTEL para que, en lo sucesivo, adopte las medidas necesarias para el cumplimiento de su obligación de otorgar una respuesta oportunamente a las consultas previas y solicitudes de portabilidad.

Por otro lado, respecto del juicio de necesidad y la posibilidad de aplicar medidas menos gravosas en vez de una sanción, corresponde reiterar lo señalado por la Primera Instancia, dado que no es posible imponer una Medida Correctiva debido a que si bien se ha observado una alta probabilidad de detección y la inexistencia de factores agravantes, se ha verificado que el incumplimiento de los artículos 20 y 22 del Reglamento de Portabilidad, afectaron tanto el procedimiento de portabilidad como a un número significativo de abonados que vieron restringidos sus derechos de efectuar consultas previas y solicitudes de portabilidad. De otro lado, la imposición de una Medida de Advertencia en el marco de un PAS no es posible, toda vez que dichas medidas solo pueden imponerse dentro de un procedimiento de Supervisión.

En este punto, es importante señalar que la disposición normativa mediante la cual se declara procedente una solicitud de portabilidad por la falta de respuesta al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal no constituye un eximente de responsabilidad de la empresa operadora infractora sino que, por el contrario, tiene como finalidad minimizar la afectación del derecho de los abonados ante conductas como la imputada en el presente PAS.

Finalmente, en relación al juicio de proporcionalidad, conforme a lo desarrollado por la Primera Instancia, la imposición de las sanciones buscan generar incentivos suficientes para que adecúe sus sistemas, a fin de dar cumplimiento a la normatividad y evitar la afectación a los derechos de los usuarios y al procedimiento de portabilidad, lo cual permite concluir que el beneficio en favor del interés público es mayor que el eventual perjuicio que pueda afectar la esfera de ENTEL.

En consecuencia, los argumentos presentados por ENTEL respecto de la vulneración del Principio de Razonabilidad quedan desvirtuados.

4.5. Sobre la supuesta inaplicación del Principio de Proporcionalidad

ENTEL expresa que no existe sustento para confirmar la sanción ascendente a cincuenta y ocho con 80/100 (58,8) UIT, toda vez que la resolución impugnada no ha sustentado la existencia de condiciones agravantes; por lo que, corresponde reformular la multa a la mínima posible para dicha imputación.

Asimismo, cuestiona el beneficio ilícito, toda vez que (i) al contar con un sistema adecuado para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, el “costo evitado” sí fue asumido; y, (ii) el supuesto beneficio es hipotético ya que no existe sustento alguno que logre probar o cuantificar el ingreso ilícito.

Agrega que, la resolución impugnada no ha demostrado la afectación que los hechos imputados han producido; por lo que debe descartarse que exista un daño individualizado; en consecuencia, considera que en caso se confirme la multa se estaría vulnerando el Principio de Razonabilidad.

Con relación a lo anterior, es preciso señalar que toda sanción no es resultado de un único criterio; por lo que la inexistencia de circunstancias agravantes no podría determinar la imposición del valor mínimo de la multa, dentro del rango establecido normativamente; sino que deberá evaluarse junto con los otros criterios de graduación en cada caso en particular.

Así, es preciso indicar que, para determinar la sanción correspondiente a la infracción tipificada en el numeral 18 del Anexo 2 del Reglamento de Portabilidad, la Primera Instancia ha desarrollado cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente.

En ese sentido, en cuanto al beneficio ilícito derivado del incumplimiento del artículo 20 del Reglamento de Portabilidad, debe indicarse que –como ha señalado la Primera Instancia– está representado por (i) el costo de mantenimiento y gestión de sistemas (costo de personal y costo de sistemas) que permita a ENTEL cumplir con el procedimiento y absolver oportunamente las consultas previas efectuadas por el ABDCP, toda vez que el sistema con el que cuenta actualmente no le permitió cumplir diligentemente la obligación a su cargo; y (ii) el ingreso estimado a partir del ingreso por línea que la empresa esperaba obtener por cada uno de los cinco mil novecientos dieciséis (5916) casos en los que no respondió la consulta previa o lo hizo extemporáneamente.

Asimismo, es importante tener en consideración que, en el presente caso, se ha considerado especialmente la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido el cual ha quedado acreditado, dado que se han lesionado los derechos de los abonados, puesto que una consulta previa no respondida oportunamente no solo restringe la información respecto del motivo por el cual se rechazaría su solicitud de portabilidad y corregirla, de ser el caso; además de retrasar el procedimiento de portabilidad

puesto que, en este escenario, el concesionario receptor se verá obligado a remitir una nueva consulta previa.

Precisamente, atendiendo a dicha situación la propia norma ha calificado la infracción materia del presente PAS como una grave, a la cual le corresponde una multa de entre cincuenta y un (51) y ciento cincuenta (150) UIT, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la Ley N° 27336 – Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

De acuerdo a lo anterior, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

V. SOLICITUD DE INFORME ORAL

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

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional⁸ concluyendo que el derecho a exponer alegatos oralmente no es absoluto, sino que la autoridad puede decidir denegar dicho derecho cuando existan razones objetivas y debidamente motivadas⁹.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹⁰, bajo el siguiente fundamento:

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

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

Sin perjuicio de lo anterior, como se ha indicado previamente, la decisión de denegar el informe oral solicitado por el administrado, debe ser analizada caso por caso; en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados en el recurso de apelación, la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios.

En el presente caso, se ha verificado que, en durante la tramitación del procedimiento, ENTEL ha tenido la oportunidad de exponer por escrito sus argumentos de defensa, plantear sus argumentos y presentar los medios probatorios que consideraba necesarios; por lo que, de la evaluación de la información que obra en el expediente, se genera convicción de lo que se resolverá.

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

⁸ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA.

⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹⁰ Cfr. Expediente N° 00137- 2011-HC/TC. Dicho criterio se reitera en otros casos, como los Expedientes N° 01307-2012-PHC/TC, STC N.° 05510-2011-PHC/TC, N° 00137- 2011-HC/TC.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

Al ratificar este Colegiado que corresponde sancionar a ENTEL por la comisión de las infracciones graves tipificadas en los numerales 18 y 21 del Anexo N° 2 – Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Portabilidad, debe publicarse la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

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° 754 de fecha 13 de agosto de 2020.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 077-2020-GG/OSIPTEL y, en consecuencia;

(i) CONFIRMAR una (1) multa de cincuenta y ocho con 80 /100 (58,8) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 18 del Anexo N° 2 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Portabilidad en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado por Resolución N° 166-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Reglamento de Portabilidad), por incumplir lo dispuesto por el artículo 20 de la referida norma.

(ii) CONFIRMAR una (1) multa de cincuenta y uno (51) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 21 del Anexo N° 2 del Régimen de Infracciones y Sanciones del Reglamento de Portabilidad en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija, aprobado por Resolución N° 166-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Reglamento de Portabilidad), por incumplir lo dispuesto por el artículo 22 de la referida norma.

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 las acciones necesarias para:

(i) La notificación de la presente Resolución a la empresa ENTEL PERÚ S.A.;

(ii) La publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano;

(iii) La publicación de la presente Resolución, el Informe N° 127-GAL/2020, así como la Resolución N° 077-2019-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; 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 EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo

1880330-1

Aprueban Mandato Complementario al Mandato de Compartición aprobado mediante Res. N° 0137-2019-CD/OSIPTEL entre América Móvil Perú S.A.C. y Enel Distribución Perú S.A.A.

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 108-2020-CD/OSIPTEL**

Lima, 21 de agosto de 2020 .

MATERIA	: Mandato Complementario de Compartición de Infraestructura
ADMINISTRADOS	: América Móvil Perú S.A.C. / Enel Distribución Perú S.A.A.
EXPEDIENTE N°	: 00006-2019-CD-GPRC/MC

VISTOS:

(i) La solicitud formulada por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL), para que el OSIPTEL emita un Mandato Complementario de Compartición de Infraestructura con la empresa Enel Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL), en el marco de la Ley N° 29904; y,

(ii) El Informe N° 00084-GPRC/2020 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se propone el respectivo mandato; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Legal;

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, modificada por las Leyes N° 27631, N° 28337 y N° 28964, establece que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) ejerce, entre otras, la función normativa que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materias de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios;

Que, el artículo 3, numeral ii), de la Ley N° 29904, Ley de Promoción de la Banda Ancha y Construcción de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica (en adelante, Ley N° 29904), declara de necesidad pública e interés nacional el acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos, incluida la coubicación, con la finalidad de facilitar el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha fija o móvil;

Que, el artículo 13 de la Ley N° 29904 establece, entre otras medidas, que los concesionarios de servicios públicos de energía eléctrica e hidrocarburos proveerán el acceso y uso de su infraestructura a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones para el despliegue de redes de telecomunicaciones necesarias para la provisión de Banda Ancha;

Que, a su vez, el artículo 32 de la referida ley determina que el OSIPTEL es el encargado de velar por el cumplimiento del citado artículo 13 y de otras disposiciones vinculadas al acceso y uso de la infraestructura asociada a la prestación de servicios de energía eléctrica e hidrocarburos;

Que, el artículo 25 del Reglamento de la Ley N° 29904 aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2013-MTC (en adelante, Reglamento de la Ley), establece entre otras medidas, que una vez presentada la solicitud del operador de telecomunicaciones al concesionario de energía eléctrica, requiriéndole el acceso y uso de su infraestructura, las partes tendrán un plazo máximo de treinta (30) días hábiles para la negociación y suscripción del contrato de acceso y uso de infraestructura; no obstante, en caso de falta de acuerdo en el plazo señalado, el operador de telecomunicaciones podrá solicitar al OSIPTEL la emisión de un mandato de compartición de infraestructura;

Que, en el marco para el acceso y uso de la infraestructura, de conformidad con el numeral 26.3 del artículo 26 del Reglamento de la Ley, con miras al aprovechamiento de la infraestructura para la implementación de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y los proyectos que la conforman, se hace necesario el uso de la infraestructura de energía eléctrica, siempre que no existan limitaciones técnicas, no considerándose como tales, la necesidad de reforzamiento de las estructuras, cuyos costos deberán ser reconocidos por el Operador de Telecomunicaciones que solicita el acceso y uso de la infraestructura eléctrica respectiva;

Que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 026-2015-CD/OSIPTEL, se aprobó el Procedimiento aplicable para la emisión de Mandatos de Compartición de Infraestructura solicitados en el marco de la Ley N° 29904 (en adelante, el Procedimiento);

Que, mediante carta DMR/CE-M/N° 2807/19 recibida el 16 de diciembre de 2019, AMÉRICA MÓVIL presentó al