

A	:	JESÚS EDUARDO GUILLÉN MARROQUÍN PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO (E)
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR ENTEL PERÚ S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 436-2021-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 0010-2020-GG-DFI/PAS
FECHA	:	21 de febrero de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	COORDINADOR LEGAL	JOHAN DANIEL ROSALES HEREDIA
REVISADO Y APROBADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURIDICA	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa ENTEL PERÚ S.A. (en adelante ENTEL) contra la Resolución N° 436-2021-GG/OSIPTEL que declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto por la misma empresa contra la Resolución N° 358-2021-GG/OSIPTEL, sancionando a la empresa operadora con una (1) multa de 308 UIT por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias para la implementación del RENTESEG, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, Normas Complementarias del RENTESEG), dado que no cumplió con realizar la primera entrega de la información del Registro de Abonados conforme a lo establecido en el artículo 4 de la referida norma, al 17 de junio de 2019.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante carta C.0007-DFI/2021, notificada el 21 de enero de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a ENTEL el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, vinculado a la primera entrega de información de Registro de Abonados para la operación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad-RENTESEG, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.
- 2.2. Con carta N° CGR-222/2021, recibida el 25 de enero de 2021, ENTEL solicitó una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles para presentar descargos; la misma que fue atendida por la DFI, mediante carta C. 305-DFI/2021 notificada el 10 de febrero de 2021, otorgándole a la empresa operadora el plazo solicitado.
- 2.3. Mediante carta N° EGR-097/2021, recibida el 10 de marzo de 2021, ENTEL presentó sus descargos por escrito.
- 2.4. Con carta C.00443-GG/2021, notificada el 10 de mayo de 2021, la Gerencia General puso en conocimiento de ENTEL el Informe Final de Instrucción N° 00119-DFI/2021, a fin que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
- 2.5. Mediante la carta N° EGR-097/2021, recibida el 10 de marzo de 2021, ENTEL presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción, los cuales fueron ampliados mediante las cartas N° EGR-195/2021 y N° EGR-226/2021, recibidas el 17 de mayo y 9 de junio de 2021, respectivamente.
- 2.6. Mediante Resolución N° 358-2021-GG/OSIPTEL, notificada el 22 de setiembre de 2021, la Primera Instancia resolvió sancionar a ENTEL con una multa de 308 UIT por la comisión de la infracción tipificada como muy grave en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, dado que no cumplió con realizar la primera entrega de la información del Registro de Abonados conforme a lo establecido en el artículo 4 de la referida norma, al 17 de junio de 2019.



- 2.7. Con cartas N° EGR-435/2021 y N° EGR-445/2021, recibidas los días 14 y 15 de octubre de 2021, respectivamente, ENTEL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 358-2021-GG/OSIPTEL, solicitando informe oral, el cual fue denegado por la Gerencia General a través de la carta C. 893-GG/2021, notificada el 3 de noviembre de 2021.
- 2.8. Mediante la Resolución N° 436-2021-GG/OSIPTEL, la Primera Instancia declaró infundado el Recurso de Reconsideración de ENTEL.
- 1.1. El 6 de diciembre de 2021, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 436-2021-GG/OSIPTEL, solicitando una audiencia de Informe Oral.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General¹ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos por los que ENTEL considera que la resolución impugnada debe revocarse son:

- 4.1. La Gerencia General habría afectado el Debido Procedimiento al haber denegado el informe oral solicitado, sin exponer sus razones objetivas con la debida motivación que sustentó dicha denegatoria.
- 4.2. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, dado que se pretende exacerbar la función punitiva de forma desproporcionada e irrazonable. Asimismo, refiere que se habría realizado una indebida graduación de la sanción, dado que no se habría realizado un análisis adecuado del beneficio ilícito y las circunstancias de comisión de la Infracción; adicionalmente, respecto a este último aspecto señala que, con sus afirmaciones sobre este, la Primera Instancia habría vulnerado el Principio de Presunción de Licitud, en tanto se le acusaría de haber actuado negligentemente sin presentar pruebas que lo comprueben.
- 4.5. El WACC y la Guía de Multas de OSIPTEL no son aplicables en la determinación de la tasa de interés aplicable y elevan irrazonablemente la multa determinada.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

5.1. Sobre la supuesta vulneración del Debido Procedimiento

ENTEL refiere que la Gerencia General habría afectado el Debido Procedimiento al haber denegado el informe oral solicitado, sin exponer sus razones objetivas con la debida motivación que sustentó dicha denegatoria.

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



Sobre el particular, debe indicarse 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.

Ahora bien, un PAS es eminentemente escrito. Por tal motivo, ENTEL, en el transcurso del presente procedimiento, ha tenido expedita la oportunidad de presentar escritos, alegatos y recursos 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, debe ser analizada caso por caso, en función de las particularidades del expediente, los cuestionamientos planteados y la necesidad del informe oral para resolver, entre otros criterios. En el presente caso, se advierte respecto a los argumentos planteados por ENTEL en su impugnación, que para su análisis y entendimiento no se requiere que se expresen oralmente.

Así, la información presentada por ENTEL en el transcurso del procedimiento y el resto de actuados del expediente, han sido debidamente analizados sin necesidad de que exista un informe oral, constituyendo elementos de juicio suficientes para resolver el caso por primera instancia. Asimismo, cabe indicar que el hecho que ENTEL no se encuentre de acuerdo con los argumentos expuestos por la Primera Instancia para denegar su solicitud de informe oral, no implica que su decisión carezca de debida motivación. Por lo expuesto, no se ha vulnerado el Principio del Debido Procedimiento.

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

5.2. Con relación a la presunta vulneración del Principio de Razonabilidad y la graduación de la sanción

ENTEL refiere que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, dado que se pretende exacerbar la función punitiva de forma desproporcionada e irrazonable. Asimismo, refiere que se habría realizado una indebida graduación de la sanción, dado que no se habría realizado un análisis adecuado del beneficio ilícito y las circunstancias de comisión de la Infracción; adicionalmente, respecto a este último aspecto señala que con sus afirmaciones sobre este, la Primera Instancia habría vulnerado el Principio de Presunción de Licitud, en tanto se le acusaría de haber actuado negligentemente sin presentar pruebas que lo comprueben.

Con relación a ello, en primer término, es preciso señalar que la Primera Instancia fundamentó adecuadamente los criterios para graduar la sanción, justificando el monto de las multas impuestas. Por tanto, el hecho que ENTEL discrepe de la evaluación efectuada, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación. Así, 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 y en el RGIS, acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente.



Ahora bien, con relación al beneficio ilícito y las circunstancias de comisión de la infracción, corresponde indicar que cuando se determina una multa, la Autoridad Administrativa considera aquellos criterios que puedan ser cuantificados, lo que supone que se cuente con información; siendo así aun cuando todos sean analizados, la multa solo reflejará aquellos criterios para los que se haya contado con información que facilite su cálculo.

En el presente caso, se advierte que, la infracción imputada se encuentra calificada como muy grave; y, en tal sentido, la Primera Instancia determinó el monto de la multa dentro de los márgenes previstos, teniendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG antes mencionado, dentro de los cuales se tuvo en cuenta que la probabilidad de detección era muy alta y el beneficio ilícito por la comisión de la infracción.

Cabe indicar que un criterio que ha sido importante para el cálculo de la cuantía de la presente multa ha sido el beneficio ilícito, el cual consiste en un costo evitado representado por todas las actividades o medidas que debió desplegar (capacitación de personal y/o implementación de sistemas eficientes), dirigidas a cumplir con remitir información completa y dentro del plazo establecido. Adicionalmente, tal como precisó la Primera Instancia, para la estimación o cuantificación de la multa para esta conducta infractora se empleó una adaptación de la metodología establecida en la Guía de Cálculo para la determinación de multas de los procedimientos administrativos sancionadores del OSIPTTEL (Guía de multas), asociada al incumplimiento en la entrega de información o entrega de información incompleta. De acuerdo con esta metodología, el beneficio ilícito obtenido por la ENTEL se aproxima mediante el valor promedio histórico de la multa que hubiera recibido como resultado de la verificación del incumplimiento de una infracción tipificada como muy grave.

Tomando en cuenta lo anterior, contrariamente a lo alegado por ENTEL, el OSIPTTEL si motivó adecuadamente no solo el criterio del beneficio ilícito, sino los cálculos efectuados para la graduación de las multas. Ciertamente, la Resolución N° 358-2021-GG/OSIPTTEL no contiene los cálculos matemáticos efectuados; no obstante, sí contiene los conceptos y la descripción del procedimiento lógico que dio lugar a la imposición de la multa, el cual refleja lo descrito en la Guía de Multas.

De otro lado, en cuanto a que el análisis de las circunstancias de la comisión de la infracción vulneraría el Principio de Presunción de Licitud, debe tenerse en cuenta que el OSIPTTEL exige el cumplimiento de la normativa, de forma imparcial e igualitaria, a todas las empresas operadoras del sector (según corresponda), considerando no solo su alta especialización en telecomunicaciones, sino también tomando como premisa que todas deberían mostrar un comportamiento diligente a fin de ajustar su conducta a lo estipulado por la normativa.

Por tanto, considerando que la culpa o imprudencia está relacionada con la inobservancia del cuidado debido, la cual es exigida a los administrados -en este caso a ENTEL- respecto al cumplimiento de lo dispuesto mediante una norma; no se ha acreditado la diligencia debida para cumplir con lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG. Vale agregar también que, frente a la verificación de algún incumplimiento, la empresa operadora tiene la posibilidad de eliminar el nexo causal a partir de la acreditación de la configuración de eximentes de responsabilidad como el caso fortuito o fuerza mayor;



no obstante, en el presente caso, ENTEL no ha presentado ningún medio probatorio a fin de acreditar dichas situaciones, siendo que debe tomarse en cuenta que las normas incumplidas se encuentra dentro de su ámbito de control.

Cabe agregar que, en el caso particular vinculado a la remisión de su Registro de Abonados conforme a lo dispuesto por el artículo 4 de las Normas Complementarias del RENTESEG, esta fue de conocimiento de ENTEL desde su incorporación en la resolución que aprobó dicha norma, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de julio de 2017, e incluso mediante la carta C. 408-GG/2018, notificada el 7 de junio de 2018, el OSIPTEL absolvió las distintas consultas en el marco de la elaboración del reporte de Registro de Abonados realizadas por la empresa operadora, por lo que se advierte que conocía la norma y además tuvo la oportunidad de consultar y aclarar los alcances de la misma.

Asimismo, se debe precisar que el cumplimiento de la norma imputada es exigible desde el 7 de julio de 2017, esto es, diecisiete (17) meses² antes del incumplimiento analizado en el presente PAS, tiempo suficiente y razonable para que ENTEL adecúe no solo sus sistemas internos sino también su comportamiento, sobre todo teniendo en cuenta que no es la primera vez³ que incumple obligaciones establecidas en lo dispuesto por las Normas Complementarias del RENTESEG.

Así también, como ha señalado la Primera instancia, este Organismo le dio a ENTEL la oportunidad de subsanar los errores encontrados en el Registro de Abonados Históricos, remitiéndole por correo de fecha 18 de junio de 2019 (18:17 horas), el archivo denominado “20_RA_20190618.TXT” y recibido en el servidor SFTP el mismo día (11:02 horas), precisando la cantidad de registros procesados y registros con errores, sin que la empresa operadora remita los registros de subsanación conforme a lo establecido en el numeral VI del Manual para la elaboración de Reportes de información relacionados a la segunda fase del RENTESEG.

En ese sentido, corresponde que, ante dicha conducta infractora, el OSIPTEL utilice un mecanismo disuasivo –y no persuasivo y/o correctivo- que sirva de ejemplificador, a fin que, a futuro, ENTEL sea más cautelosa en el cumplimiento de sus obligaciones contempladas en el marco normativo del RENTESEG, garantizando un bien jurídico de especial relevancia como es velar por la seguridad ciudadana a través de un Registro de Abonados conforme a los parámetros establecidos en la normativa vigente.

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

5.3. Con relación al cuestionamiento de la aplicación del WACC y la Guía de Multas

² El periodo que debía remitir ENTEL en el Registro de abonados históricos es desde el 12 de diciembre de 2018 al 17 de junio de 2019.

³ El Consejo Directivo mediante Resolución N° 042-2019-CD/OSIPTEL, confirmo la multa de 280 UIT impuesta por la Resolución N° 012-2019-GG/OSIPTEL (Tramitado en el Expediente N° 00035-2018-GG-GSF/PAS), por incumplir con lo dispuesto por la Segunda Disposición Complementaria Final de las Normas Complementarias para la implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, aprobada por Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL



ENTEL señala que el WACC y la Guía de Multas de OSIPTEL no son aplicables en la determinación de la tasa de interés aplicable y elevan irrazonablemente la multa determinada.

Al respecto, ENTEL señala que la tasa no refleja la realidad del sector de telecomunicaciones en el Perú y que se encuentra desfasada debido a que el WACC estimado para el servicio de telecomunicaciones a nivel global equivaldría a 4,81 % a enero de 2021. Asimismo, ENTEL señala que es necesario aplicar la tasa de interés legal del Banco Central de Reserva del Perú (en adelante, BCRP) en lugar del WACC.

Con relación a ello, como ha señalado la Primera Instancia, debe indicarse que el BCRP, institución encargada de la política monetaria del país, calcula la tasa de interés legal con base a las tasas pasivas de mercado promedio para operaciones en moneda nacional y extranjera, dimensión que naturalmente es ajena al establecimiento de multas disuasivas, lo que resulta en una tasa de interés muy inferior al costo de oportunidad de la inversión considerada por un agente racional maximizador de beneficios.

En consecuencia, el uso de la tasa de interés legal traería evidentemente como consecuencia que la estimación de las multas ya no sea disuasiva. Además, es necesario mencionar que el uso del WACC para la actualización de las respectivas sanciones es utilizado por distintas autoridades regulatorias. Así también es conveniente mencionar que la normativa de la tasa de interés legal se utiliza en caso se deba pagar interés y no se hubiese acordado la tasa correspondiente, siendo esta situación un supuesto negado en la medida que la discusión versa sobre un factor de actualización establecido por la Guía de Multas.

Asimismo, resulta necesario señalar que la estimación de la multa se ve circunscrita a ser consistente con la Guía de Multas del OSIPTEL. En ese sentido, el factor de actualización empleado para la estimación toma como referencia el WACC establecido en la mencionada guía. Así pues, y dado que la infracción en cuestión es similar a la conducta infractora de incumplimientos en la entrega de información contenida en la vigente Guía de Multas del OSIPTEL, el WACC empleado corresponde a la tasa de 8,62%, siendo importante adicionar que este WACC, así como su respectiva metodología de obtención, son referente o insumo para los procesos regulatorios del OSIPTEL.

Cabe reiterar que, contrario a lo señalado por ENTEL, la aplicación del WACC y la Guía de Multas, no busca únicamente incrementar la multa aplicable, sino que esta sea disuasiva, de tal manera que el infractor no tenga ningún incentivo para incumplir la regulación, lo cual también se desprende de la metodología contenida en la Guía de Multas.

En virtud a lo antes expuesto, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

VI. PUBLICACIÓN DE SANCION

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario Oficial



El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, de ser el caso que el Consejo Directivo del OSIPTEL confirme que corresponde sancionar a ENTEL con una multa por la comisión de la infracción muy grave tipificada en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias del RENTESEG, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL contra la Resolución N° 436-2021-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, confirmar todos sus extremos.

Atentamente,

