



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00012-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 13 de enero de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00037-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	ENTEL PERÚ S.A.

VISTO: El Informe Nº 00168-DFI/2021 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI), por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa ENTEL PERÚ S.A. (ENTEL), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 25º del entonces Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS)¹ - ahora Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS)² - y calificada como grave en el artículo 7º de la Resolución de Gerencia General Nº 00261-2019-GG/OSIPTEL (RESOLUCIÓN 261), a través de la cual se le impuso una Medida Correctiva, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 5º de la mencionada resolución.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES. -

1. Mediante RESOLUCIÓN 261 notificada el 30 de octubre de 2019, la Gerencia General le impuso a ENTEL - entre otros - una Medida Correctiva en los siguientes términos:

Artículo 5º.- IMPONER una MEDIDA CORRECTIVA a la empresa ENTEL PERÚ S.A., en los siguientes términos:

- Respecto del segundo semestre 2017: Devolver dentro del plazo de dos (2) meses, contados desde la notificación de la presente Resolución, las devoluciones efectuadas a las siguientes líneas:*
 - **714 líneas, respecto de las cuales ENTEL efectuó devolución parcial; y, 3292 líneas dadas de baja luego de producida la interrupción, detalladas en el Anexo 1 del presente Informe.**
- En cuanto al primer semestre 2018: Devolver dentro del plazo de dos (2) meses, contados desde la notificación de la presente Resolución, las devoluciones efectuadas a las siguientes líneas:*
 - **3350 líneas, respecto de las cuales ENTEL efectuó devolución parcial; y, 3 líneas dadas de baja luego de producida la interrupción, detalladas en el Anexo 2 del presente Informe.**
- Remitir la información de las devoluciones efectuadas a las que se hace referencia en los numerales i) y ii), dentro del plazo de diez (10) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo indicado en los mencionados artículos, de acuerdo al formato contenido en las hojas "líneas 2017-2sem" y "líneas 2018-1sem" del archivo en Excel denominado "Líneas afectadas Entel 2017-2S y 2018-1S", adjunto a la Carta N° C. 000309-GSF/2019*
- Remitir la información relacionada a las líneas dadas de baja, solicitada mediante Carta N° C. 000309-GSF/2019, de acuerdo al formato señalado en dicha carta, respecto a "Nombre o Razón Social", "Fecha de Baja", "Lugar donde Cobrar" y "Requisitos para el cobro", sobre las siguientes líneas:*
 - **116 198 líneas, del segundo semestre 2017, detalladas en el Anexo 1 del presente pronunciamiento.**
 - **13 082 líneas del primer semestre de 2018, detalladas en el Anexo 2 del presente pronunciamiento.**

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 087-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias.

² De acuerdo a lo señalado en el artículo segundo de la Resolución Nº 259-2021-CD/OSIPTEL.





2. Mediante el Informe N° 00102-DFI/SDF/2021 de fecha 23 de abril de 2021 (Informe de Supervisión) emitido en el Expediente N° 00059-2020-GSF (Expediente de Supervisión), la DFI consignó el resultado de la verificación del cumplimiento de la Medida Correctiva impuesta a ENTEL mediante la RESOLUCIÓN 261, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

“IV. CONCLUSIONES

27. ENTEL PERÚ S.A. habría cumplido con lo dispuesto en los numerales iii) y iv) del artículo 5° de la Resolución N° 00261-2019-GG/OSIPTTEL, que impuso LA MEDIDA CORRECTIVA, dado que remitió la información señalada en los mismos dentro del plazo establecido.

28. ENTEL PERÚ S.A. habría cumplido con lo dispuesto en los numerales i) y ii) del artículo 5° de la Resolución N° 00261-2019-GG/OSIPTTEL, que impuso LA MEDIDA CORRECTIVA, en los siguientes aspectos:

- Realizó devoluciones antes del inicio del PAS a 70 líneas, por el monto total de S/ 7,35.
- Realizó devoluciones después del inicio del PAS a 764 líneas, por el monto total de S/ 161,87.
- No aplica devolución a 23 líneas debido a que no estaban activas al momento de la interrupción.

29. ENTEL PERÚ S.A. habría incumplido con lo dispuesto en los numerales i) y ii) del artículo 5° de la Resolución N° 00261-2019-GG/OSIPTTEL, que impuso LA MEDIDA CORRECTIVA, en los siguientes aspectos:

- Realizó devoluciones parciales a 2724 líneas, por el monto de S/ 335,03 quedando un monto pendiente de devolver de S/ 146,30.
- Tiene pendiente de devolver a 3778 líneas que se dieron de baja, quedando un monto pendiente de devolver de S/ 41,29.

30. El incumplimiento expuesto constituye una infracción grave y podrá ser sancionado con una multa entre cincuenta y un (51) y ciento cincuenta (150) UIT, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTTEL, y sus modificatorias”.

3. La DFI mediante la carta N° C.00947-DFI/2021 notificada el 12 de mayo de 2021, comunicó a ENTEL el inicio de un PAS por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 25° del RGIS, y calificada como grave en el artículo 7° de la RESOLUCIÓN 261, toda vez que habría incumplido con lo dispuesto en la Medida Correctiva impuesta mediante el artículo 5° de la citada resolución; otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para la remisión de sus descargos.
4. ENTEL, mediante carta N° CGR-1303/2021 recibida el 17 de mayo de 2021, solicitó una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles adicionales para la remisión de sus descargos, siendo atendido por la DFI mediante carta N° 01070-DFI/2021, notificada el 25 de mayo de 2021, a través de la cual le otorgó una ampliación de diez (10) días hábiles adicionales para la remisión de sus descargos, el cual vencía indefectiblemente el 09 de junio de 2021.
5. ENTEL mediante los escritos N° EGR-210/2021 y N° EGR-230/2021 recibidos el 25 de mayo de 2021 y 09 de junio de 2021, respectivamente, presentó sus descargos al PAS (en adelante, **Descargos 1 y 2**).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

6. Con fecha 9 de julio de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00168-DFI/2021 (**Informe Final de Instrucción**), mediante el cual analiza los descargos presentados por ENTEL.
7. Mediante carta N° 000653-GG/2021 notificada el 13 de julio de 2021 la Gerencia General remitió a ENTEL el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para que presente sus descargos.
8. Por medio de la carta N° EGR-280/2021 recibida el 20 de julio de 2021, ENTEL presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción (**Descargos 3**).
9. A través del escrito N° EGR-298/2021 recibido el 05 de agosto de 2021, ENTEL presentó un escrito adicional (**Descargos 4**).
10. A través del Memorando N° 000437-GG/2021 de fecha 29 de octubre de 2021, la Gerencia General a efectos de contar con la opinión técnica respecto al contenido y valor probatorio de documentos presentados por ENTEL a través de los Descargos 4, solicitó a la DFI se sirva evaluar dicha información y emitir su opinión.
11. A través del Memorando N° 1504-DFI/2021 (MEMORANDO 1504) de fecha 19 de noviembre de 2021, la DFI remite a esta Instancia su opinión respecto a la evaluación desarrollada a los documentos presentados por ENTEL.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. -

De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 2 de febrero de 2001, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también, el artículo 41° del mencionado Reglamento señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

Sobre el particular, corresponde señalar a modo de antecedente que ENTEL a fin de acreditar el cumplimiento de la Medida Correctiva impuesta a través del artículo 5° de la RESOLUCIÓN 261, remitió información el 21 de noviembre de 2019 mediante la carta N° EGR-982/19, siendo que la DFI analizó dicha información determinando una muestra.

En esa línea, la DFI luego de analizar la totalidad de la información remitida por ENTEL respecto a las devoluciones efectuadas del segundo semestre del año 2017, y del primer semestre del año 2018, concluyó durante la etapa de supervisión que ENTEL habría incumplido con lo dispuesto en los numerales i) y ii) del artículo 5° de la RESOLUCIÓN 261, al no haber efectuado las devoluciones ordenadas en el plazo establecido, conforme al siguiente detalle:



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 171M8!0op9U8@2



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Detalle	Líneas	Monto devuelto	Monto por pendiente por devolver
Devoluciones parciales	2 724	335,03	146,30
En baja	3 778	-	41,29
Total	6 502	-	187,59

Fuente: Tabla N° 2 del Informe Final de Instrucción.

Así, el presente PAS se inició contra ENTEL al imputársele la comisión de la infracción tipificada en el artículo 25° del RGIS y calificada como grave en el artículo 7° de la RESOLUCIÓN 261, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 5° de la referida resolución en tanto la citada empresa: i) realizó devoluciones parciales a 2 724 líneas, por el monto de S/ 335,03 quedando un monto pendiente de devolver de S/ 146,30; y, ii) tiene pendiente de devolver a 3 778 líneas que se dieron de baja, quedando un monto pendiente de devolver de S/ 41,29.

Es oportuno indicar que, de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 248° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado³, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 252.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo, el cual puede ser prorrogado por tres (3) meses adicionales, para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por ENTEL a través de sus descargos 1, 2, 3 y 4 (respecto de los cuales nos referiremos indistintamente como los Descargos), en relación a la imputación de cargos formulada por la DFI.

1. Cuestión Previa.-

1.1 Respecto a las devoluciones pendientes. -

A través de sus Descargos 2, ENTEL señaló, entre otros, que su representada validó si existían nuevas líneas de los clientes que se encontraban pendientes de devolución, agregando la citada empresa que para el período del segundo semestre del año 2017 solo se encontraba pendiente de devolución un monto ascendente a S/ 16,61, y para el período del primer semestre del año 2018 el monto pendiente de devolución ascendía a S/ 43,16.

³ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1° ed., página N° 5108.





En esa línea, la DFI procedió a analizar la información remitida por ENTEL a través de los Descargos 2⁴, a fin de sustentar lo alegado con relación al monto total pendiente de devolver, concluyendo el referido órgano lo siguiente en relación al segundo semestre del año 2017 y primer semestre del año 2018:

Detalle	Líneas	Monto devuelto (S/)	Monto Pendiente (S/)	Exceso Promedio luego del plazo de la MC (días)
Desactivado (baja)	2 279	127.20	59.77	-
Devoluciones parciales	1 284 ⁵	133.60	55.22	-
Devolución total (después del inicio del PAS)	2 939	173.13	0.00	512.01
Total general	6 502	433.93⁵	114.99	-

Fuente: Tabla N° 3 del Informe Final de Instrucción

Por lo tanto, a través del Informe Final de Instrucción, la DFI advirtió en relación a las devoluciones que ENTEL: i) realizó las devoluciones totales a 2 939 líneas, por el monto total de S/ 173.13 **después del inicio del presente PAS**, y con un exceso promedio de 512.01 días posteriores al vencimiento del plazo para devolver establecido en la Medida Correctiva; ii) realizó **devoluciones parciales a 1 284 líneas activas**, por el monto de S/ 133.60 quedando un **monto pendiente de devolver de S/ 55.22**; y, iii) tiene **pendiente de devolver a 2 279 líneas que se dieron de baja, el monto de S/ 59.77**.

2. Análisis de los Descargos.-

2.1 Respecto al incumplimiento de la Medida Correctiva. -

Sobre el particular, corresponde indicar que la obligación contenida en la Medida Correctiva (devolución de montos cobrados indebidamente) tiene su correlato en la obligación regulada en el artículo 45° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO de las Condiciones de Uso)⁵, el cual establece que las empresas operadoras están obligadas a efectuar las devoluciones o compensaciones al abonado en la parte proporcional al tiempo de duración de las interrupciones en la prestación del servicio.

En ese contexto, la Medida Correctiva ordenada estableció obligaciones y condiciones, a fin que ENTEL corrija su comportamiento y cumpla con terminar de devolver a sus abonados los montos pendientes originados por las interrupciones ocurridas a sus servicios de telecomunicaciones en el segundo semestre del año 2017 y primer semestre del año 2018.

No obstante, pese a lo dispuesto en la Medida Correctiva, la DFI verificó en la etapa de supervisión que ENTEL incumplió la misma, dado que la citada empresa: i) realizó devoluciones parciales a 2 724 líneas activas, por el monto de S/ 335,03 quedando un monto pendiente de devolver de S/ 146.30; y, ii) tenía pendiente de devolver a 3 778 líneas que se dieron de baja, quedando un monto pendiente de devolver de S/ 41.29.

⁴ Mediante el cual adjuntó los siguientes medios probatorios: Anexo A (Entel2017-2S-4006líneas), Anexo B (Entel 2018-18-3353 líneas), Anexo C (Logs de las devoluciones pre pago), Anexo D (Archivo Excel Web Osiptel 2017-11), Anexo E (Archivo Excel Web Osiptel 2018-1).

⁵ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD-OSIPTEL.





Asimismo, siendo que el plazo para efectuar las devoluciones ordenadas venció el 30 de diciembre de 2019⁶, la infracción por el incumplimiento de la Medida Correctiva impuesta (artículo 25° del RGIS) quedó configurada en dicha fecha, al no haber efectuado ENTEL las devoluciones mencionadas en el párrafo anterior dentro del plazo otorgado.

En ese sentido, luego del análisis realizado por la DFI, se verifica que ENTEL incurrió en la infracción tipificada en el artículo 25° del RGIS y calificada como grave en el artículo 7° de la RESOLUCIÓN 261, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 5° de la referida resolución.

Cabe resaltar que las devoluciones que ENTEL pudiera haber efectuado de manera posterior al vencimiento del plazo otorgado en la Medida Correctiva (30 de diciembre de 2019) - tales como las que se señalaron en el acápite 1.1. de la presente Resolución - constituyen acciones destinadas a cesar su conducta infractora, más no desvirtúan la configuración de la infracción, sin perjuicio de la verificación de la concurrencia de los requisitos para la aplicación del eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, lo cual será analizado de manera posterior.

Así, una vez acreditados los hechos constitutivos de la infracción administrativa que se atribuye, corresponde al administrado aportar elementos para la valoración del contenido subjetivo de su comportamiento; debiendo considerarse adicionalmente que para efectos de configurar una causa no imputable al administrado, el evento que determina la inejecución de la obligación a cargo de éste último, deberá ser extraordinario, imprevisible e irresistible, es decir, de una naturaleza tal, que en la misma situación, ningún otro administrado hubiera podido cumplir con una idéntica o similar prestación a su cargo, lo cual será evaluado a continuación.

A través de sus Descargos ENTEL, lejos de negar el incumplimiento imputado – ya que la citada empresa sostiene que su representada no niega que a la fecha existen devoluciones pendientes referidas a un monto de S/ 55.22 por devoluciones parciales, y a un monto de S/ 59.77 por devoluciones a líneas que se dieron de baja - señala que para el caso de las líneas desactivadas que no cuentan con portabilidad a otro operador, la devolución solo es posible con el apersonamiento del abonado; en esa línea, agrega la citada empresa que, por ello, el cumplimiento de la totalidad de la Medida Correctiva en los términos que exige el OSIPTEL le resulta imposible.

Por otro lado, ENTEL - a través de sus Descargos 4 - manifiesta que su área técnica ha continuado analizando las devoluciones que según este Organismo se encontrarían pendientes llegando a las siguientes conclusiones: i) para el primer semestre del año 2017, indica que se encontraban pendientes 745 líneas, de las cuales habrían sido devueltas 620; y, para el caso de las líneas desactivadas, sostiene que se requería la devolución de 1 010 líneas, de las cuales se habrían logrado devolver a 123 de ellas⁷; y, ii) para el segundo semestre del año 2017, indica que existirían 539 líneas con devolución pendiente, de las cuales habría

⁶ Conforme a lo indicado en el MEMORANDO 1504. El 30 de octubre de 2019, mediante la carta N° 00746-GG/2019, se notificó la RESOLUCIÓN 261, a través de la cual se ordenó a ENTEL – entre otros – realizar la devolución dentro del plazo de 2 meses contados desde la notificación de la referida resolución; por lo que el plazo para presentar la información que establece la Medida Correctiva venció el 30 de diciembre de 2019.

⁷ A fin de acreditar ello adjunta a los Descargos 4, el Anexo A ("Análisis descargo Entel 2018-1 S").





culminado con la devolución a 305 de ellas; y, para el caso de las 1 269 líneas desactivadas, se habrían devuelto 164 líneas⁸.

Asimismo, mediante los Descargos 4, ENTEL sostiene que las líneas que se encontrarían restando se publicaron en la web de su representada, siendo que adjuntan al citado escrito de descargos los archivos Excel "Web Osiptel2017-11"⁹ y "Web Osiptel 2018-1"¹⁰, a fin de que puedan ser publicados en la web del Osiptel, y con ello los ex abonados conozcan que cuentan con un saldo a favor y efectúen el cobro cuando lo deseen.

En esa línea, ENTEL manifiesta que las devoluciones que se han podido realizar son todas aquellas que se encuentran en la esfera de control de su representada, siendo que, por el contrario, los casos restantes son casos en donde no le es posible efectuar la devolución sin la intervención del ex abonado; dado que - a consideración de la referida empresa - depende de aquel para poder cumplir con la totalidad de la Medida Correctiva. Así, ENTEL agrega que se infringiría el Principio de Culpabilidad si se pretendiera sancionar a su representada por circunstancias que no se encuentran en su esfera de control.

Sobre el particular, corresponde reiterar que lo dispuesto en la Medida Correctiva materia del presente PAS (devolución de montos cobrados indebidamente) tiene su correlato en lo dispuesto por el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, razón por la cual ENTEL conocía de antemano, que ante una interrupción que no resulta atribuible al administrado, se deben efectuar las devoluciones que correspondan, para lo cual, debía de desplegar las acciones necesarias, a fin de garantizar su cumplimiento, efectuando las devoluciones respectivas dentro del plazo establecido; ello independientemente si los abonados afectados son activos o inactivos.

Así, en relación a lo señalado por ENTEL sobre la imposibilidad del cumplimiento de la totalidad de la Medida Correctiva en el caso de las líneas desactivadas en donde la devolución solo le sería posible con el apersonamiento del abonado; corresponde tener en cuenta el pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo del OSIPTEL a través de la Resolución N° 041-2020-CD/OSIPTEL¹¹:

"Sobre el particular, es preciso señalar que conforme establecen los artículos 40 y 45 del TUO de las Condiciones de Uso, las empresas operadoras cuentan con dos (2) meses para realizar las devoluciones derivadas de interrupciones que afectaron al servicio, la cual se realiza en la misma moneda en que se facturó el servicio, indistintamente de si las mismas deben ser efectuadas respecto de abonados activos y/o ex abonados. En ese sentido, la baja del servicio, por sí misma, no debe configurar una imposibilidad para realizar la devolución.

Ahora bien, conforme establece el artículo 1220 del Código Civil, se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, es decir, cuando el acreedor acepta el pago.

(...)

⁸ A fin de acreditar ello adjunta a los Descargos 4, el Anexo B ("Análisis descargo Entel 2017-2S").

⁹ Anexo C de los Descargos 4.

¹⁰ Anexo D de los Descargos 4.

¹¹ Emitida en el Expediente N° 00071-2019-GG-GSF/PAS, publicada en la página web institucional del OSIPTEL <https://www.osiptel.gob.pe/media/vu3fdkhe/res041-2020-cd.pdf>





Siendo así, se considerará como cumplida la obligación de devolver solamente cuando la empresa operadora haya realizado la entrega efectiva de los montos correspondientes sobre la base de lo dispuesto en el artículo 40 del TUO de las Condiciones de Uso. Sin embargo, de tratarse de un ex abonado que la empresa operadora haya acreditado que no puede ser ubicado, de manera excepcional, se podría valorar que la empresa operadora haya desplegado todos los esfuerzos para poner a disposición de dicho abonado las devoluciones pendientes, a fin de dar cumplimiento a su obligación”.

(Subrayado nuestro)

De acuerdo a ello, la baja del servicio, por sí misma, no debe ser considerada como una imposibilidad para realizar la devolución; por ende, la empresa operadora se encuentra en la obligación de ejecutar las acciones destinadas al cumplimiento de su obligación, es decir, poner en conocimiento respecto a los montos a favor de los ex abonados y realizar la devolución dentro del plazo legal, lo cual no ha ocurrido en el presente caso.

Por otro lado, en cuanto a lo alegado por ENTEL a través de sus Descargos 4 sobre las devoluciones que su representada habría realizado; cabe tener en consideración lo señalado por la DFI mediante el MEMORANDO 1504.

Así, a través del citado MEMORANDO 1504, la DFI analizó los medios probatorios presentados por ENTEL mediante los Descargos 4, concluyendo lo siguiente:

- Sobre las devoluciones de 925 líneas por el monto de S/ 50,68 correspondiente a devoluciones que fueron declaradas en el Informe de Instrucción como “**con devoluciones parciales**”, y sobre las devoluciones de 287 líneas por el monto de S/ 9,00 correspondiente a devoluciones que fueron declaradas en el Informe de Instrucción como “**con devoluciones pendientes**”:

Al respecto, de acuerdo a lo ordenado en la Medida Correctiva, se precisó a ENTEL la forma de informar al OSIPTEL sobre las devoluciones ordenadas, siendo que, en efecto en la Medida Correctiva se incluyó un formato en el cual se indicó claramente la columna denominada: “*Fecha de devolución (en caso de servicio en baja: colocar la fecha de actualización del monto de devolver (dd/mm/aaaa)*”.

No obstante, la DFI advirtió de las tablas Excel analizadas correspondientes a los Anexos A y B de los Descargos 4, que las mismas no señalan la fecha de las devoluciones que ENTEL afirma haber efectuado, constituyendo dicha información fundamental para validar que se haya ejecutado el cálculo correcto del monto a devolver y, para calcular los intereses a la fecha de devolución. Asimismo, la DFI verificó que ENTEL no acreditó las devoluciones que afirma haber efectuado con algún documento del cual se pueda advertir la fecha de ejecución de la referida devolución, como los recibos de pago, notas de crédito¹² u otros.

¹² Cabe precisar que, de acuerdo a lo señalado por el Consejo Directivo a través de la Resolución N° 071-2020-CD/OSIPTEL, sobre la presentación de las notas de crédito, “para el caso de los ex abonados, el cumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso no solamente se agota en la emisión de la nota de crédito, sino que incluye la comunicación respectiva de dicho comprobante de pago y la constancia de su recepción por el ex abonado; con lo cual se acredita la devolución efectiva.” (El subrayado es nuestro).





- Sobre las devoluciones de 359 líneas correspondientes a devoluciones que fueron declaradas en el Informe de Instrucción como “**con devoluciones parciales**”, y sobre las devoluciones de 1 992 líneas correspondientes a devoluciones que fueron declaradas en el Informe de Instrucción como “**con devoluciones pendientes**”:

Al respecto, la DFI advirtió que ENTEL no ha acreditado la imposibilidad de ubicar a sus ex abonados; siendo importante tener en cuenta que aún en el supuesto que la empresa operadora hubiese acreditado la imposibilidad para poder ubicar a los abonados afectados, en línea con lo desarrollado por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 071-2020-CD/OSIPTEL¹³, dicha situación se podría valorar para efectos de determinar la sanción a imponer y no como circunstancia eximente de responsabilidad.

Finalmente, con relación a la publicación en la web de ENTEL sobre los montos pendientes de devolución, la DFI verificó que las mismas se efectuaron después de vencido el plazo para efectuar las devoluciones dispuestas en la Medida Correctiva, esto es, luego del 30 de diciembre de 2019.

En esa línea, esta Instancia considera, en línea con lo indicado por la DFI a través del MEMORANDO 1504 que corresponde mantener la imputación efectuada contra ENTEL, dado que la citada empresa: i) realizó las devoluciones totales a 2 939 líneas, por el monto total de S/ 173.13 después del inicio del presente PAS, y con un exceso promedio de 512.01 días posteriores al vencimiento del plazo para devolver establecido en la Medida Correctiva; ii) sobre las devoluciones parciales a líneas activas, tiene un monto pendiente de devolver de S/ 55.22; y, iii) sobre las líneas que se dieron de baja, tiene un monto pendiente de devolver de S/ 59.77.

Por otro lado, en relación a lo alegado por ENTEL sobre el Principio de Culpabilidad, cabe indicar que en virtud a dicho principio regulado en el numeral 10 del artículo 248° del TUO de la LPAG¹⁴, la responsabilidad administrativa es subjetiva, por lo tanto, la sanción administrativa no puede imponerse al autor por la sola aparición de un resultado lesivo, sino únicamente en tanto pueda atribuírsele el suceso como un hecho suyo, sea por dolo (con intencionalidad) o por culpa (sin diligencia), es decir, la acción debe corresponder al sujeto a quien se le imputa.

Ahora bien, en el presente caso la obligación de efectuar las devoluciones a los abonados por las interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones recae en las empresas operadoras que los brindan, y que han recibido una contraprestación económica por tales servicios. Para ello, las empresas deben desplegar los esfuerzos necesarios para asegurar el cumplimiento de dicha obligación, llevando los registros correspondientes a las interrupciones

¹³ Emitida en el Expediente N° 00062-2019-GG-GSF/PAS, publicada en la página web institucional del OSIPTEL <https://www.osiptel.gob.pe/media/3cmju35u/res071-2020-cd.pdf>

En la referida Resolución se señaló lo siguiente:

“(…) de tratarse de un ex abonado que la empresa operadora haya acreditado que no puede ser ubicado, de manera excepcional, y atendiendo al Principio de Razonabilidad, se podría valorar –para la graduación de la sanción– que la empresa operadora haya desplegado todos los esfuerzos para poner a disposición de dicho abonado las devoluciones pendientes, a fin de dar cumplimiento a su obligación”.

¹⁴ Artículo 248°. - Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

10. Culpabilidad. - La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.





producidas, identificando a los servicios y abonados afectados, estableciendo los montos que corresponden ser devueltos y cumpliendo con el plazo para tal efecto.

No obstante, pese a lo alegado por ENTEL, hasta la fecha ésta no ha acreditado haber regularizado su obligación de devolver a todos los abonados y/o usuarios afectados con las interrupciones producidas en el segundo semestre del año 2017, y en el primer semestre del año 2018; dispuestas a través de la Medida Correctiva, tal como se ha detallado previamente, a pesar de lo establecido en el artículo 45º del TUO de las Condiciones de Uso, y según lo establecido en dicha medida.

Al respecto, es de considerar que el nivel de diligencia exigido a ENTEL debe ser alto, puesto que la misma 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.

En consecuencia, atendiendo a dichas circunstancias, se espera que ENTEL 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 y, que en la misma situación, ningún otro administrado hubiera podido cumplir con una idéntica o similar prestación a su cargo, hecho que no ha sucedido en el presente caso. En esa línea, es claro que no se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad, correspondiendo desestimar lo alegado por ENTEL en este extremo.

De acuerdo a lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos de defensa expuestos por ENTEL en este extremo del PAS.

2.2 Respecto a la vulneración al Principio de Razonabilidad.-

En sus Descargos ENTEL indica que su representada ha acreditado sus máximos esfuerzos a fin de realizar las devoluciones, siendo que tiene implementadas múltiples mejoras a fin de realizar correctamente las devoluciones, tales como: i) se realiza un filtro de los servicios afectados antes de enviar un reporte de los abonados al SISREP; ii) se establece como prioridad para el envío de los SMS, así como un horario más amplio; iii) se incluye en el proceso de devoluciones la conservación de los logs; iv) se contrata a personal exclusivo para atención prioritaria de devoluciones; y, v) se ha creado un proyecto de *Business Needs* para automatizar las devoluciones, asimismo, en tanto este se implemente, se crearon procesos transitorios para ambos mercados.

En esa línea, ENTEL concluye que al haberse acreditado que su representada no solo ha realizado sus mayores esfuerzos para cumplir con la totalidad de las devoluciones, sino también, ha implementado diversas mejoras a fin de cumplir con sus obligaciones, el presente PAS no tiene razón de ser, por lo que, de continuar con el mismo, a consideración de la citada empresa, se estaría vulnerando el Principio de Razonabilidad.

Asimismo, ENTEL sostiene que el Principio de Razonabilidad establecido en el TUO de la LPAG, implica que la potestad sancionadora no debe usarse como un instrumento con el único propósito de imponer una sanción, pues ello constituiría una clara desviación de poder, agregando la referida empresa que en el presente





caso, el análisis del Principio de Razonabilidad e incluso de Proporcionalidad no se ha efectuado, ni siquiera se ha estimado las circunstancias de la presunta comisión de la infracción en el caso concreto.

Del mismo modo, ENTEL sostiene que el presente PAS no es idóneo, ya que mediante una sanción no se logra alcanzar la finalidad preventiva ni disuasiva, dado que su representada habría tomado acciones a fin cumplir con las devoluciones, así como también, de corregir su conducta.

Finalmente, ENTEL manifiesta que la existencia de montos pendientes de devolución no responde a la inacción de ENTEL, sino a la falta de predisposición de los abonados para efectuar el cobro de los mismos, agregando la citada empresa que, pese a que su representada ya agotó sus mejores esfuerzos para (i) informar acerca de los mismos a sus acreedores y (ii) poner los montos a disposición, si a la fecha los mismos no han logrado ser efectivamente cobrados, ello responde única y exclusivamente a la falta de intereses de los ex abonados de realizar el cobro de los mismos.

Con relación con la supuesta vulneración al principio de Razonabilidad aludida por ENTEL, debemos señalar que dicho principio se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el cual las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Así, el artículo 248° del TUO de la LPAG establece en relación al mencionado principio que debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando determinados criterios a efectos de su graduación, como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, el perjuicio económico causado, la reincidencia, las circunstancias de la comisión de la infracción, y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Sobre el particular, es primordial tener en consideración que el Principio de Razonabilidad es de aplicación tanto al momento de imponer sanciones, como al momento de determinar si en efecto corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En tal sentido, la decisión debe cumplir con los parámetros del test de razonabilidad, lo que conlleva la observancia de sus tres dimensiones: el juicio de idoneidad o adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad, tal y como expondremos a continuación:

Respecto del juicio de idoneidad o adecuación, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado. En efecto, la imposición de una sanción no solo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que, de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten





necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones. En otros términos, la sanción tiene un efecto disciplinador.

Al respecto, se debe tener en cuenta que el incumplimiento imputado involucra un costo de oportunidad asociado a las devoluciones, en tanto éstas representaron una potencial fuente de ingresos para ENTEL durante el tiempo que ésta no efectuó las devoluciones correspondientes, más aún si consideramos que las devoluciones corresponden a cobros indebidos de interrupciones ocurridas en el segundo semestre del año 2017, y en el primer semestre del año 2018.

Ante ello, debemos señalar que el objeto del inicio del presente PAS está representado por la relevancia de cautelar los bienes jurídicos e intereses protegidos ante la imposición de la Medida Correctiva, que consiste en garantizar que ENTEL corrija su conducta y cumpla con ejecutar y acreditar las devoluciones correspondientes.

Al respecto, ha quedado acreditado - en la línea de lo anteriormente indicado - que ENTEL incumplió con lo ordenado por la Medida Correctiva, respecto a las devoluciones pendientes a un total de 6 502 líneas, de acuerdo al siguiente detalle:

- ENTEL realizó las devoluciones después del inicio del presente PAS14, a 2 939 líneas de las 6 502 líneas afectadas, por el monto total de S/ 173.1315, con un exceso promedio de 512.01 días del plazo para devolver establecido en la Medida Correctiva.
- ENTEL realizó devoluciones parciales a 1 284 líneas activas de las 6 502 líneas afectadas, por el monto de S/ 133. 6016 quedando un monto pendiente de devolver de S/ 55.22.
- ENTEL tiene pendiente de devolver a 2 279 líneas que se dieron de baja, el monto de S/ 59.77.

Por lo tanto, contrario a lo alegado por ENTEL, en el presente caso, se cumpliría con el juicio de idoneidad o adecuación; siendo que los esfuerzos que señala haber realizado la citada empresa con relación a las líneas desactivadas, no fueron suficientes para evitar su incumplimiento.

Asimismo, cabe reiterar que, a diferencia de lo sostenido por ENTEL, no es posible amparar el argumento referido a que si los montos no han logrado ser efectivamente cobrados es por la falta de interés de los ex abonados de realizar el cobro de los mismos; dado que le correspondía a la citada empresa realizar las devoluciones con independencia de si se trataban de abonados activos o inactivos y dentro del plazo legal establecido, hecho que no sucedió en el presente caso.

Finalmente, en relación a lo manifestado por ENTEL respecto a las mejoras implementadas, nos remitimos al análisis realizado en el extremo 3.2. de la presente Resolución.

Respecto al juicio de necesidad, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción.





Al respecto, cabe precisar que el inicio del presente PAS resulta la medida más idónea considerando que estamos ante devoluciones generadas por interrupciones ocurridas en el segundo semestre del año 2017, y en el primer semestre del año 2018, y que la Medida Correctiva fue impuesta de manera adicional a la sanción contenida en la RESOLUCIÓN 261¹⁵, tomando en cuenta que aun existían devoluciones pendientes respecto de 6 502 servicios, con la finalidad que ENTEL corrija su comportamiento y cumpla con terminar de devolver lo correspondiente a dichas líneas.

Así, pese a que ENTEL tuvo hasta el 30 de diciembre de 2019 para dar cumplimiento a la Medida Correctiva en mención; a la fecha de emisión del Informe de Supervisión, la referida empresa efectuó devoluciones parciales a 2 724 líneas quedando un monto pendiente de devolver de S/ 146.30 y mantenía devoluciones pendientes respecto de 3 778 líneas que se dieron de baja, quedando un monto pendiente de devolver de S/ 41.29.

En atención a ello, el inicio del presente PAS era el único medio viable para, en el presente caso, persuadir a ENTEL que en lo sucesivo evite incurrir en nuevas infracciones relacionadas al cumplimiento de obligación establecida en la Medida Correctiva, vinculada a efectuar las devoluciones dentro del plazo establecido; máxime cuando previamente se le había exhortado a través de una Medida Correctiva a la referida empresa a que cumpla con lo dispuesto por la norma vigente.

En ese orden de ideas, se ha evaluado la posibilidad de imponer una sanción, pudiendo ser una multa fijada entre 51 a 150 UIT, conforme se dispone en el artículo 25° de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL - Ley N° 27336 - (LDFF), toda vez que se trata de una obligación tipificada como grave. Por lo que, en el presente caso, se cumpliría con el juicio de necesidad.

Respecto al juicio de proporcionalidad, se busca determinar si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar; por lo cual, se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple en el inicio del presente PAS, toda vez que la medida dispuesta por la DFI resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, a fin que la empresa operadora no vuelva a incurrir en la infracción tipificada en el artículo 25° del RGIS y calificada como grave en el artículo 7° de la Medida Correctiva.

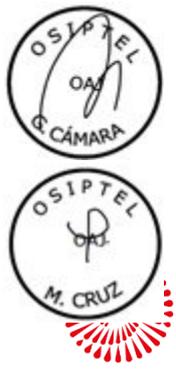
Por lo expuesto, en el presente caso se cumple con los parámetros del juicio de proporcionalidad, por lo que corresponde desestimar los descargos presentados por ENTEL en este extremo.

2.3 Respecto a la indebida graduación de la sanción. -

A través de sus Descargos, ENTEL sostiene que la DFI ha realizado un análisis indebido de la graduación de la multa en el Informe Final de Instrucción.

Así, ENTEL indica que en el Informe Final de Instrucción se señala que el beneficio ilícito estaría representado por los costos evitados y los ingresos ilícitos;

¹⁵ De fecha 29 de octubre de 2019.





sin embargo, sostiene la citada empresa que no existen costos evitados toda vez que su representada sí habría asumido costos para dar cumplimiento a la Medida Correctiva, siendo que ello se acreditaría con la cantidad de devoluciones efectuadas y la publicación de todas las líneas pendientes.

En cuanto a la probabilidad de detección, ENTEL manifiesta que la misma debe ser considerada como muy alta y no alta como erróneamente lo habría dispuesto la DFI, pues la posibilidad de conocimiento de las supuestas infracciones ha sido determinada simplemente con la verificación del cumplimiento de la Medida Correctiva, sin incurrir en acciones adicionales.

Finalmente, ENTEL sostiene respecto a la intencionalidad y la reincidencia, que se debe tener en cuenta que no existen ninguno de estos elementos, lo que sustentaría – a consideración de la referida empresa - que no se trata de una acción agravada.

Sobre el particular, esta Instancia considera que la DFI - a través del Informe Final de Instrucción - efectuó un análisis de todos los criterios de graduación de la sanción contemplados en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG.

En esa línea, el hecho que ENTEL discrepe del análisis realizado por la DFI no implica que el referido Órgano haya efectuado un análisis indebido en la graduación de la sanción.

Asimismo, es pertinente indicar que la opinión vertida por la DFI en el Informe Final de Instrucción, constituye una recomendación para el órgano resolutor, siendo competencia de la Gerencia General evaluar y determinar la comisión de la infracción, así como la imposición de la sanción que corresponda, la misma que será susceptible de ser impugnada en vía administrativa y judicial.

Sin perjuicio de ello, en cuanto a lo alegado por ENTEL sobre los criterios de la graduación de la sanción – tales como el beneficio ilícito, la probabilidad de detección, la intencionalidad y reincidencia - nos remitimos al análisis contenido en el extremo III de la presente Resolución.

3. Respecto a la aplicación de los eximentes de responsabilidad previstos en el artículo 257° del TUO de la LPAG. -

Una vez determinada la comisión de la infracción en el presente caso; corresponde que esta Instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RGIS.

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que ENTEL no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que ENTEL no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.





- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza de este eximente, no corresponde aplicar el mismo en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que ENTEL no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que ENTEL no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se debió al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal.
- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255 del TUO de la LPAG: A efectos de determinar si se ha configurado dicha eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
 - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
 - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
 - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto¹⁶ - haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español - señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

Sobre el particular, corresponde indicar que, a efectos de analizar el cese de la conducta infractora – y, de ser el caso, aplicar el eximente de responsabilidad administrativa – se debe tomar en cuenta la **totalidad** de los hechos que comprenden a la referida conducta, ello en línea con el pronunciamiento emitido por el Consejo Directivo mediante Resolución 029-2019-CD/OSIPTEL¹⁷.

De tal forma, para que en el caso bajo análisis proceda el cese la conducta infractora, ésta debería haberse realizado con las devoluciones a la totalidad de

¹⁶ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

¹⁷ Publicado en la página web del OSIPTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/media/210dwuor/res029-2019-cd.pdf>





afectados de las líneas imputadas, considerando que se trata de una única infracción (artículo 5° de la Medida Correctiva) por interrupciones ocurridas en el segundo semestre del año 2017, y en el primer semestre del año 2018.

En ese sentido, esta Instancia considera - en la línea de lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción y en el MEMORANDO 1504 - que ENTEL no habría cesado su conducta infractora, en tanto la citada empresa aún cuenta con montos pendientes de devolver, de acuerdo al siguiente detalle:

Norma incumplida	Estado de líneas	Cantidad de líneas	TOTAL PENDIENTE
Artículo 5° de la Resolución de Gerencia General N° 00261-2019-GG/OSIPTEL	Líneas con devolución parcial	1 284 líneas (S/ 55.22)	(S/ 114.99)
	Líneas desactivadas con devolución pendiente	2 279 líneas (S/ 59.77)	

Fuente: Tabla N° 4 del Informe Final de Instrucción

En consecuencia, esta Instancia verifica que no corresponde continuar con el análisis para la aplicación del referido eximente de responsabilidad, toda vez que no ha concurrido uno de los requisitos para su configuración.

En atención a lo expuesto, esta Instancia considera que no procede la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN. -

3.1. Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG. -

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere los siguientes criterios, cuyo análisis se expone a continuación:

i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30 de la LDFF (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función





de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido o evitado por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

Así, la metodología de graduación de la multa se basa en la cuantificación del beneficio ilícito que podría obtener la empresa operadora como consecuencia de la comisión de dicha infracción.

En dicho contexto, el beneficio ilícito se encuentra conformado por la suma de los siguientes componentes:

- Costos evitados: En efecto, en el cálculo del beneficio ilícito se considera el costo no evitado por la empresa operadora en el mantenimiento y gestión de un sistema (equipo, software y personal) que ejecute las devoluciones en el plazo establecido. Del mismo modo, cabe indicar que, contrario a lo señalado por ENTEL, si se advierte la existencia de costos evitados, dado que – a la fecha – la referida empresa no ha cumplido con efectuar la totalidad de las devoluciones ordenadas en la Medida Correctiva.
- Ingresos ilícitos: Al respecto, los ingresos ilícitos comprenden: i) los intereses generados por los montos devueltos fuera de plazo); y, ii) los montos que no han sido devueltos.

Finalmente, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente y ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora.

ii. Probabilidad de detección de la infracción:

Se entenderá por probabilidad de detección a la probabilidad de que el infractor sea descubierto, asumiéndose que la comisión de una infracción determinada sea detectada por la autoridad administrativa. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

En el presente caso, esta Instancia considera – en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción - que la probabilidad de detección es *alta*, dado que, al haberse establecido un plazo para su cumplimiento (obligación prevista en el artículo 5° de la RESOLUCIÓN 261), su verificación es efectuada al término de dicho plazo.

Asimismo, cabe precisar que - a diferencia de lo indicado por ENTEL - en el presente caso corresponde una probabilidad de detección “*alta*” y no una “*muy alta*”, en línea con lo establecido en los criterios para determinar la probabilidad de detección - regulados en la “Guía de Cálculo para la determinación de las multas en los procedimientos administrativos





sancionadores del OSIPTEL”¹⁸ (Guía de Multas) - tales como, que la conducta infractora impacta de forma directa a los abonados y es observable por los afectados, la identificación de la infracción no requiere conocimiento especializado; y la supervisión se efectúa de modo regular, planificada y/o periódica.

Del mismo modo, es importante tener en consideración lo mencionado en la Resolución N° 220-2021-CD/OSIPTEL¹⁹, a través de la cual, el Consejo Directivo de este Organismo, en un caso análogo a éste, señala que dada la naturaleza de la infracción analizada por el incumplimiento de la obligación prevista en una Medida Correctiva, la probabilidad de detección de la misma es alta, debido a que el incumplimiento puede verificarse de manera certera de la revisión de la información ingresada al OSIPTEL vencido el plazo establecido.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo anteriormente mencionado, esta Instancia considera – en línea con lo establecido en la Guía de Multas y por el Consejo Directivo – que la probabilidad de detección es alta, correspondiendo desestimar lo alegado por ENTEL en este extremo del PAS.

iii. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

Este criterio está contemplado también en los literales a y b) del artículo 30° de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora. Por otro lado, este criterio de gradación también hace referencia a la gravedad del daño causado al interés público y/o bien jurídico protegido, referido en el TUO de la LPAG.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25° del RGIS, así como lo señalado en el artículo 7° de la RESOLUCIÓN 261, ENTEL al incumplir con lo dispuesto en el artículo 5°, incurrió en una infracción grave; con lo cual correspondería sancionarla con una multa de entre 51 y 150 UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 25° de la LDFF.

Con relación a este extremo, tal como se ha indicado previamente, de lo actuado se verifica que ENTEL afectó el derecho de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones al no haber efectuado las devoluciones por las interrupciones ocurridas en el segundo semestre del año 2017, y en el primer semestre del año 2018. Asimismo, y considerando lo previamente desarrollado en la presente Resolución, se advierte que la referida empresa no ha acreditado - a la fecha - haber efectuado el total de las devoluciones a las que se encontraba obligada.

iv. Perjuicio económico causado:

Tanto este criterio como el anterior hacen referencia al criterio referido al daño causado señalado en la LDFF. Considerando que el daño causado puede ser económico o no económico, el perjuicio económico alude al primero, en tanto

¹⁸ Aprobada por el Consejo Directivo del OSIPTEL mediante Acuerdo N° 726/3544/19 y sustentada mediante Informe N° 152-GPRC/2019. Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/media/5qta5i0n/inf152-gprc-2019.pdf>.

¹⁹ Emitida en el Expediente N° 0047-2020-GG-DFI/PAS. Publicado en el siguiente link de la página web de OSIPTEL: Chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcgclefndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.osiptel.gob.pe%2Fmedia%2Ffigvb0zd4%2Fresol220-2021-cd.pdf&clen=3380559&chunk=true





que la gravedad del daño al interés público o al bien jurídico protegido refiere al segundo. En este apartado, se analiza en consecuencia el daño causado entendido como daño o perjuicio de tipo económico, únicamente.

Al respecto, conviene señalar que su cuantificación obedece a los montos que faltan devolver a los abonados por las interrupciones del servicio de telefonía móvil ocurridas en el segundo semestre del año 2017, y en el primer semestre del año 2018, y por ello se continúa afectando a los abonados, lo cual es tomado en consideración para la presente graduación de la sanción.

v. Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se ha configurado reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 248° del TUO de la LPAG.

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

En el presente PAS se advierte que ENTEL no tuvo una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado producido, toda vez que, pese a lo dispuesto por el TUO de las Condiciones de Uso, los requerimientos formulados por la DFI, y lo ordenado en la Medida Correctiva, la citada empresa no ha cumplido con efectuar las devoluciones ordenadas dentro del plazo establecido, dado que aún quedan montos por devolver.

Así, es importante considerar que, desde que la DFI procedió a notificar la carta N° 00746-GG/2019²⁰ (30 de octubre de 2019), ENTEL se encontraba obligada a efectuar la devolución de los montos ordenados en la Medida Correctiva dentro del plazo establecido en la RESOLUCIÓN 261. No obstante, a la fecha, y según la información remitida por ENTEL en sus Descargos, se evidenció lo siguiente:

- ENTEL realizó las devoluciones después del inicio del presente PAS a 2 939 líneas, por el monto total de S/ 173.13, con un exceso promedio de 512.01 días del plazo para devolver establecido en la Medida Correctiva.
- ENTEL realizó **devoluciones parciales a 1 284 líneas**, por el monto de S/ 133.60 quedando un **monto pendiente de devolver de S/ 55.22**.
- ENTEL tiene **pendiente de devolver a 2 279 líneas que se dieron de baja, el monto de S/ 59.77**.

En esa línea, se evidencia que ENTEL aún mantiene pendiente de devolver a un total de 3 563 líneas, el monto de S/ 114.99.

Del mismo modo, se debe tener en cuenta que no es la primera vez que ENTEL incurre en el incumplimiento de una Medida Correctiva, siendo oportuno hacer mención a la Resolución N° 28-2018-GG/OSIPTEL que dispuso en su artículo 3²¹ la imposición de una Medida Correctiva a la citada

²⁰ Con la cual se notificó la RESOLUCIÓN 261.

²¹ “(...) Artículo 3°.- IMPONER una MEDIDA CORRECTIVA a la empresa ENTEL PERÚ S.A., en los siguientes términos:



empresa, la cual fue sancionada por incumplimiento mediante la Resolución N° 00235-2020-GG/OSIPTTEL²² y ratificada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 21-2021- CD/OSIPTTEL²³.

vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En el presente PAS, no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

Por tanto, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG, correspondería sancionar a ENTEL con UNA MULTA DE CINCUENTA Y UN (51) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 25° del RGIS y calificada como grave en el artículo 7° de la RESOLUCIÓN 261, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 5° de la referida resolución.

3.2. Respeto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RGIS. -

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Así las cosas, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RGIS²⁴, son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG.

(i) Respeto a 1 404,213 servicios (detallados en el Anexo 1): Efectuar y acreditar las devoluciones correspondientes, ante la GSF, precisando la información sobre la renta mensual y el monto devuelto actualizado con el interés que corresponda al momento de hacerse efectiva la devolución (...).

²² (...) SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una (1) multa de CINCUENTA Y UN (51) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción GRAVE contenida en el artículo 5° de la Resolución N° 00028-2018- GG/OSIPTTEL, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 3° de la referida resolución (...).

²³ (...) SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 309-2020-GG/OSIPTTEL, y, en consecuencia: (i) CONFIRMAR la multa de cincuenta y un (51) UIT por el incumplimiento del artículo 3 de la Medida Correctiva impuesta mediante Resolución N° 028-2018- GG/OSIPTTEL. (...).

²⁴ Modificado por la Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTTEL, vigente a partir del 29 de noviembre de 2021, mediante la cual se elimina el factor de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora como atenuante de responsabilidad, quedando como factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa.





De acuerdo a ello, procederemos a analizar si se han configurado los factores atenuantes de responsabilidad establecidos por el artículo 18° del RGIS:

- Reconocimiento de responsabilidad: Sobre el particular, se advierte que ENTEL no ha reconocido de manera expresa su responsabilidad por el incumplimiento del artículo 5° de la Medida Correctiva.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Al respecto, y conforme se analizó de manera previa, se verifica que ENTEL no ha cesado la totalidad de la infracción imputada (artículo 5° de la Medida Correctiva), en tanto aún mantiene pendientes saldos a devolver, correspondientes al segundo semestre del año 2017, y el primer semestre del año 2018.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Sobre el particular, es preciso indicar que a la fecha del presente pronunciamiento no se han revertido los efectos de la conducta infractora, puesto que no se ha efectuado el cese de la conducta imputada.
- En cuanto a la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: Al respecto, se advierte que a través de sus Descargos, ENTEL indica que su representada ha acreditado sus máximos esfuerzos a fin de realizar las devoluciones, siendo que tiene implementadas múltiples mejoras a fin de realizar correctamente las devoluciones, tales como: i) se realiza un filtro de los servicios afectados antes de enviar un reporte de los abonados al SISREP; ii) se establece como prioridad para el envío de los SMS, así como un horario más amplio; iii) se incluye en el proceso de devoluciones la conservación de los *logs*; iv) se contrata a personal exclusivo para atención prioritaria de devoluciones; y, v) se ha creado un proyecto de *Business Needs* para automatizar las devoluciones, asimismo, en tanto este se implemente, se crearon procesos transitorios para ambos mercados.

Sobre el particular, esta Instancia considera en línea con lo indicado por la DIF en el Informe Final de Instrucción, que lo indicado por ENTEL constituye solo una alegación de parte, dado que la citada empresa no ha presentado a lo largo del presente procedimiento medio probatorio alguno que le permita acreditar que - en efecto - implementó las mejoras antes señaladas, ni mucho menos que las mismas garanticen la no repetición de la conducta infractora derivada del incumplimiento de la obligación contemplada en el artículo 5° de la RESOLUCIÓN 261 que impuso la Medida Correctiva.

En ese sentido, esta Instancia considera que, en el presente caso, no concurre ninguno de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257° del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18° del RGIS.

3.3. Capacidad económica del infractor. -

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2021, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por ENTEL en el año 2020.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL y en aplicación del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones;

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – **SANCIONAR** a la empresa **ENTEL PERÚ S.A.** con una **MULTA** de **CINCUENTA Y UN (51) UIT**, al haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 25° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, y calificada como grave en el artículo 7° de la Resolución N° 00261-2019-GG/OSIPTEL, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 5° de la referida resolución, de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 2°. - La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3°.- Notificar la presente Resolución a la empresa ENTEL PERÚ S.A., conjuntamente con el Memorando N° 1504-DFI/2021.

Artículo 4°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe); así como en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

LENNIN QUISO CORDOVA
GERENTE GENERAL (E)



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 171M8!0op9U8@2