

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACION INTERPUESTO POR LA EMPRESA ENTEL PERU S.A. CONTRA LA RESOLUCION DE GERENCIA GENERAL N° 308- 2021-GG/OSIPTEL
FECHA	:	24 de diciembre de 2021

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN TEMAS DE DERECHOS DE USUARIOS Y DE ADMINISTRACIÓN INTERNA	RAUL EUSEBIO MORAN CRUZADO
REVISADO POR	ABOGADO EN TEMAS DE GESTIÓN PÚBLICA	RENZO LEONARDO CHIRI MARQUEZ
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 PERU S.A.** (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 308-2021-GG/OSIPTEL de fecha 24 de agosto de 2021 (en adelante, Resolución 308), que declaró infundado el recurso de reconsideración formulado contra la Resolución N° 038-2020-GG/OSIPTEL (en adelante, Resolución 038), mediante la cual se le sancionó con una (1) multa de cincuenta y un (51) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción contenida en el artículo 6° de la Resolución N° 083-2018-GG/OSIPTEL¹ (en adelante, Resolución 083), por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 4° de la referida resolución, por no haber efectuado las devoluciones correspondientes a las interrupciones del primer semestre del año 2016, en el caso de 178 231 líneas por el monto de S/ 8 561,05 y haber realizado devoluciones fuera de plazo previsto en la carta C.01343-GSF2018, respecto de 226 405 líneas.

II. ANTECEDENTES

2.1. El 8 de mayo de 2019, a través de la carta C00853-GSF/2019, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, la DFI) comunicó a ENTEL el inicio del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, el PAS), al haber detectado que habría incumplido lo establecido en el artículo 4° de la Resolución 083, conforme al siguiente detalle:

- Del total de 404 859 líneas a devolver, ENTEL realizó la devolución completa a 217 328 líneas, quedando pendiente de devolver a 187 531 líneas (2 802 líneas con devolución parcial y 184 729 líneas sin devolución), por un monto total de S/ 11 985,62, incumpliendo la obligación de efectuar devoluciones.
- ENTEL habría realizado devoluciones completas a los abonados/usuarios de 217 328 líneas con un plazo tardío en promedio de 142,80 días, incumpliendo con el plazo de dos meses dispuesto mediante carta C.01343-GSF/2018, el mismo que venció el 28 de octubre de 2018.

2.2. El mismo 8 de mayo de 2019, ENTEL remitió información acerca de las devoluciones efectuadas por las interrupciones del semestre 2016-01, solicitada en la acción de supervisión.

2.3. Con fechas 3, 9, 16 y 17 de octubre de 2019, la empresa operadora remitió información requerida en la acción de supervisión y nuevos descargos.

2.4. La DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00180-GSF/2019 (en adelante, Informe Final de Instrucción).

2.5. Mediante comunicación C.796-GG/2019, notificada el 26 de noviembre de 2019, se puso en conocimiento de ENTEL el informe Final de Instrucción, a fin que formule los descargos que considere pertinentes.

2.6. El 3 y 10 de diciembre de 2019, ENTEL remitió sus descargos al Informe Final de

¹ En aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias.



Instrucción.

- 2.7. A través de Resolución 038 notificada el 31 de enero de 2020, la Primera Instancia sancionó a ENTEL con una (1) multa de cincuenta y un (51) UIT, por haber incurrido en la comisión de la infracción establecida en el artículo 6º de la Resolución 083.
- 2.8. Con fecha 21 de febrero de 2021, ENTEL interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución 038, solicitando el uso de la palabra. A través de los escritos presentados los días 24 de febrero, 28 de febrero, 11 de mayo, 14 de mayo y 29 de mayo de 2020, amplió sus alegatos.
- 2.9. A través de Resolución 308, notificada el 26 de agosto de 2021, la Primera Instancia denegó el informe oral solicitado y declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado.
- 2.10. Mediante comunicación formulada el 17 de septiembre de 2021, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución 308, presentando nuevos medios probatorios con escrito del 1 de octubre de 2021.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27º del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones² (en adelante, RFIS) y los artículos 218º y 220º del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, el 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

ENTEL sustenta su recurso de apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Se ha vulnerado el Principio de Buena Fe Procedimental, al no aplicarse un criterio seguido en un caso anterior, desarrollado por las mismas infracciones.
- 4.2. Se ha vulnerado el Principio de Culpabilidad, al haberse efectuado una calificación de la supuesta infracción meramente objetiva.
- 4.3. Se ha vulnerado el Principio de Razonabilidad, al iniciar el PAS a pesar que la empresa ya agotó los esfuerzos para efectivizar las devoluciones.
- 4.4. No se ha aplicado el atenuante de responsabilidad por cese de conducta.
- 4.5. Existe imposibilidad para aplicar una medida coercitiva en el presente caso.

² Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL.
³ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.



V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de ENTEL, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Buena Fe Procedimental, al no aplicarse un criterio seguido en un caso anterior.

ENTEL señala haber realizado múltiples esfuerzos para efectuar las devoluciones pendientes a los que está obligado, desplegando una serie de acciones (publicaciones en la web de Entel y en diarios de mayor circulación, envío de SMS a los ex abonados y habilitando un sistema de cobro en tiendas para el efecto) a fin de que el abonado o ex abonado, pueda hacer efectivo su cobro, lo que demostraría su diligencia para dar cumplimiento a la medida correctiva impuesta.

A partir de ello, solicita se le aplique el mismo criterio establecido en el Informe de Supervisión N° 102-GSF-SSDU-2020 (en adelante, el Informe 102), a través del cual se archivó un procedimiento sancionador iniciado a ENTEL en virtud de un supuesto incumplimiento de medida correctiva por no efectuar devoluciones, en mérito de las acciones llevadas a cabo por su representada y la acreditación de sus mayores esfuerzos.

En ese sentido, precisa que de continuar con el procedimiento sancionador se afectaría el Principio de Buena Fe Procedimental, dado que en virtud de éste las autoridades administrativas deben respetar los criterios utilizados en actos anteriores, siempre que no hayan sido modificados, anulados o invalidados a través de un mecanismo de revisión de actos administrativos, como expresa el informe que adjunta en su recurso⁴ (en adelante, el Informe Legal).

Resulta pertinente indicar que el presente PAS se inició por el incumplimiento - por parte de ENTEL - de las obligaciones establecidas en la Resolución 083, específicamente al verificarse que del total de 404 859 líneas a devolver, ENTEL mantenía pendiente de devolver a 187 531 líneas (2 802 líneas con devolución parcial y 184 729 líneas sin devolución), por un monto total de S/ 11 985,62. Asimismo, respecto de 217 328 líneas, ENTEL efectuó devoluciones fuera del plazo establecido.

Para el caso de devoluciones a ex abonados, el Consejo Directivo ha señalado en anterior oportunidad que, de tratarse de un ex abonado -respecto del cual la empresa operadora haya acreditado que no puede ser ubicado-, de manera excepcional y atendiendo al Principio de Razonabilidad, se podrían valorar los esfuerzos desplegados por la empresa operadora para poner a su disposición las devoluciones pendientes, pero no para considerar cumplida la obligación, sino más bien para estimar una graduación en la sanción a imponerse.

En efecto, la baja del servicio no valida la imposibilidad para realizar la devolución; por ende, la empresa operadora está en la obligación de llevar a cabo las acciones necesarias destinadas al cumplimiento de su obligación, esto es, realizar la devolución dentro del plazo legal establecido.

⁴ Informe legal elaborado por el Dr. Víctor Baca Oneto.



Aunado a ello, 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 pago⁵.

Siendo así, se considera 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 los artículos 40 y 45° del TUO de las Condiciones de Uso, lo cual ha sido ratificado por el Consejo Directivo en reiterados pronunciamientos⁶.

Respecto a la aplicación del criterio desarrollado en el Informe 102, invocado por ENTEL; debe señalarse que en dicha oportunidad archivó el procedimiento iniciado por incumplimiento a la obligación de devolución por interrupciones, en atención al Principio de Razonabilidad, considerando sus particularidades, tales como: (i) el exceso de plazo, para comunicar a sus abonados desactivados que tienen saldos a su favor, fue de cinco (5) días, (ii) dicho exceso de plazo afectó al 4,9% del total de líneas, comprendidas de la medida correctiva, que puso a disposición de sus ex abonados los montos que les correspondería y, (iii) 111 669 de sus abonados activos obtuvieron las devoluciones correspondientes dentro del plazo.

Sin embargo, en el presente PAS se advierte que en el caso de 226 405 líneas con un retraso de 140, 2 días (exceso promedio) y hasta la fecha de la emisión de la Resolución 038 no había devuelto 178 231 líneas, con lo cual las circunstancias evaluadas difieren de evaluado en el Informe 102 que invoca ENTEL.

En ese sentido, en el presente procedimiento, no se está frente a un criterio distinto o cambio en la definición de la conducta *devolución por interrupciones*, toda vez que la obligación de devolver, tal como se ha señalado anteriormente, solamente puede ser considerada como cumplida cuando la empresa operadora haya realizado la entrega efectiva de los montos correspondientes a los afectados, como dispuso la medida correctiva.

En consecuencia, contrario a lo aludido por ENTEL, refiriéndose al Informe 102, no estamos ante un cambio de criterio por parte del Consejo Directivo y tampoco ante una nueva definición o interpretación de la conducta antijurídica sancionable, o de la forma para acreditar las devoluciones a los ex abonados no ubicados, no existiendo por ende vulneración a los Principios de Legalidad, de Tipicidad y de Buena Fe Procedimental.

Respecto al Informe Legal que invoca ENTEL, corresponde indicar que dicho informe no resulta vinculante, siendo que está referido a las resoluciones que se consignan en dicho documento, esto es, las Resoluciones Nos. 041-2020-CD/OSIPTEL y 071-2020-CD/OSIPTEL, con lo cual se descarta su pertinencia al presente PAS.

No obstante ello, debe señalarse que, contrariamente a lo señalado en el Informe

⁵ No obstante lo indicado, el referido Código Civil también regula la figura del pago por consignación de aquel que satisface al deudor con intervención judicial; dicha figura se presenta de manera excepcional, entre otros supuestos, cuando el acreedor está ausente, a fin de que éste pueda ejercer su obligación y con ello quedar liberado.

⁶ Resolución N° 041-2020-CD/OSIPTEL, N° 071-2020-CD/OSIPTEL, N° 096-2020-CD/OSIPTEL y N° 141-2020-CD/OSIPTEL.



Legal, las disposiciones previstas en la medida correctiva bajo análisis, no contienen obligaciones que resulten inviables⁷; ello toda vez que, en caso que el beneficiario de la devolución ostente la condición de ex abonado, la empresa operadora tiene pleno conocimiento de información personal asociada al ex abonado (tales como: correo electrónico, teléfono asociado (fijo), domicilio, entre otros); por lo cual, resulta viable el cumplimiento efectivo de la disposición contemplada. En ese sentido, el hecho de desplegar determinadas actividades tales como: publicar las líneas en la web, así como en diarios de mayor circulación nacional; enviar SMS a los ex abonados; o habilitar un sistema de cobro en tiendas, no exoneran de responsabilidad a la empresa operadora.

Adicionalmente, cabe señalar que los pronunciamientos emitidos por el Consejo Directivo, a través de las Resoluciones Nos. 041-2020-CD/OSIPTEL y 071-2020-CD/OSIPTEL -asociadas a los Expedientes Nos. 071-2019-GG-GSF/PAS y 062-2019-GG-GSF/PAS, respectivamente- se encuentran en plena armonía con los artículos 40^o y 45^o del TUO de las Condiciones de Uso y lo dispuesto en la medida correctiva incumplida; siendo que, en línea con las citadas disposiciones normativas, el Consejo Directivo expresó lo siguiente:

Resolución N° 41-2020-CD/OSIPTEL

"(...), la baja del servicio, por sí misma, no debe configurar una imposibilidad para realizar la devolución."

Resolución N° 71-2020-CD/OSIPTEL

"(...) 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 en el cumplimiento de su obligación, esto es, poner en conocimiento respecto a los montos a favor de los ex abonados y realizar la devolución dentro del plazo legal."

Por ende, la medida impuesta resulta razonable y se ajusta a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del bien jurídico (cumplimiento de medida correctiva) que se pretende garantizar, en la medida que lo que se busca con su imposición es que se adopte una conducta diligente orientada al cumplimiento de una orden emanada por el Organismo Regulador y que incide directamente a los abonados y ex abonados de un servicio público de telecomunicaciones; más aún si no es la primera vez que se sanciona a ENTEL por el incumplimiento de medidas correctivas que tenían como objeto devoluciones derivadas de interrupciones⁸.

Considerando lo expuesto, se descarta alguna afectación al Principio de Tipicidad, de Legalidad y de Buena Fe Procedimental, en la medida que la infracción por incumplimiento de la medida correctiva, se configuró en tanto la empresa operadora no cumplió con realizar las devoluciones en los plazos previstos por la medida correctiva.

5.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Culpabilidad invocada por ENTEL.

En relación a este extremo, ENTEL señala que a la Administración no le corresponde

⁷ A excepción de supuestos imposibles, tales como fallecimientos, retiros del país, etc., que la empresa operadora deberá acreditar.

⁸ Expediente N° 021-2020-GG-GSF/PAS, que cuenta con pronunciamiento de Consejo Directivo a través de la Resolución N° 00205-2021-CD/OSIPTEL y Expediente N° 108-2019-GG-GSF/PAS.



imponer sanciones, a partir de un enfoque meramente objetivo, sino que es su obligación analizar la intencionalidad del administrado (subjetividad) y de comprobar que no ha existido dolo o culpa, declarar el archivo de procedimiento, conforme lo ha establecido la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 13233-2014-LIMA, en su calidad de máximo órgano jurisdiccional en la interpretación de las normas de Derecho Administrativo.

En ese sentido, señala que la Resolución 308, evidencia un enfoque objetivo, pues insiste en la imposición de una sanción, desde la sola verificación que las devoluciones se han realizado fuera del plazo y no por el cien por ciento (100%) de las mismas.

ENTEL considera que en la resolución impugnada no se analizan las acciones que evidencian su diligencia, tomando en cuenta que los supuestos incumplimientos se debieron a circunstancias fuera de su gobierno (devoluciones faltantes se deben a que abonados no se apersonaron a efectuar el cobro) lo que habría implicado que se no se culmine satisfactoriamente con las devoluciones.

Al respecto, es preciso indicar que de conformidad con el numeral 10 del artículo 248° del TUO de la LPAG, que la responsabilidad administrativa es subjetiva a excepción que mediante ley o decreto legislativo se disponga que la responsabilidad es objetiva. Así, debe precisarse que para la configuración del tipo infractor no es necesaria la intencionalidad en la conducta del agente, sino que puede configurarse si éste infringió un deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado pudo prever.

Corresponde resaltar que en el marco de la Función Supervisora establecida en literal a) del artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la DFI detectó los incumplimientos detallados en el presente documento.

Adicionalmente, se desprende que ENTEL no actuó con la debida diligencia para dar cumplimiento a lo ordenado por la medida correctiva, considerando que esta recae sobre interrupciones del primer semestre de 2016, siendo que la empresa operadora debió haber devuelto como máximo en los primeros meses del año 2017, y no esperar que se emita una medida correctiva (el 2 de mayo de 2018) para proceder a hacer las devoluciones a los abonados afectados.

Con relación a ello, vale indicar que si bien la carga de la prueba, a efectos de atribuirle responsabilidad a los administrados respecto a las infracciones que sirven de base para supervisarlos y, posteriormente, sancionarlos, corresponde a la administración, es necesario destacar que, el administrado debe probar los hechos excluyentes de su responsabilidad. En esa línea, Nieto García¹⁰, señala lo siguiente

⁹ Artículo 3°.- Funciones
3.1. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas;
(...)

¹⁰ NIETO, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador. 4ta Edición totalmente reformada. Madrid Tecnos. 2005. P. 424.



al hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español:

“(…) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad”.

En ese sentido, 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 medio probatorio que acreditar dichas situaciones.

Así, atendiendo al presente caso y 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 por la medida correctiva; no se ha acreditado la diligencia debida para cumplir con lo dispuesto en esta última.

Con respecto al análisis de los esfuerzos desarrollados por ENTEL, para el cumplimiento de las devoluciones establecidas en la medida correctiva, debe señalarse que, conforme se advierte de la Resolución 308 y de la resolución que impuso la sanción, la Primera Instancia si evaluó tales acciones, siendo justamente aquellas las que determinaron la aplicación una multa mínima fijada para las infracciones graves, es decir, 51 UIT.

Considerando lo expuesto, se desvirtúa la afectación del Principio de Culpabilidad invocado por la empresa operadora.

5.3. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad, al iniciar el PAS a pesar de los esfuerzos mencionados por ENTEL para efectivizar las devoluciones.

Sobre el particular, ENTEL solicita la nulidad de la Resolución 308, precisando que la actuación de la Administración no supera el test de razonabilidad, dado ha dado cumplimiento a la medida correctiva, agotando los esfuerzos para corregir su conducta; y se ha impuesto una sanción de 51 UIT, para desincentivar la comisión del ilícito y se cumpla con la medida correctiva; sin embargo, al haberse agotado los esfuerzos para cumplir la medida correctiva, la finalidad ya fue alcanzada.

Al respecto, es preciso señalar que de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG, dentro de los principios generales que son de aplicación al PAS, debe destacarse el Principio de Razonabilidad¹¹ según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones o establezcan restricciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción en su cometido.

En efecto, se establece en el artículo 248º del TUO de la LPAG con relación al principio

¹¹ Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG.



aludido 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.

En ese sentido, el Principio de Razonabilidad, en cierta medida, racionaliza la actividad sancionadora de la Administración, evitando que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva, encausando ésta dentro de un criterio de ponderación, medida y equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado¹².

En consecuencia, se tiene que conforme a este principio, al cual están intrínsecamente vinculados los criterios de proporcionalidad y oportunidad, se requiere que la Administración use prudentemente el instrumento sancionador que tiene atribuido, pues la potestad sancionadora no es un fin en sí misma, sino un medio para hacer más eficaz el ejercicio de otras potestades que el ordenamiento atribuye a la Administración para satisfacer sus intereses generales, debiéndose, ante una variedad de alternativas elegir aquella que resulte menos gravosa al administrado.

Sobre el particular, conforme se advierte de la resolución impugnada, en atención al Principio de Razonabilidad, se determinó que dadas las circunstancias verificadas, teniendo en cuenta los bienes jurídicos protegidos y afectados, los que constituyen incumplimientos que afectan directamente a los abonados, a quienes se les cobró por un servicio que no se les brindó, y que no es la primera vez que ENTEL incurre en la comisión de la infracción correspondía la aplicación de una multa.

Ahora bien, con la finalidad de determinar la medida pertinente que corresponde adoptar, como señala la empresa operadora, la decisión a tomarse debe cumplir los parámetros del test de razonabilidad, que conlleva la observancia de sus tres dimensiones. En ese sentido, cabe expresar que:

- Acerca del juicio de adecuación, se evaluó la importancia de establecer mecanismos -no solo para darle atención al cumplimiento de una medida correctiva impuesta por la autoridad-, sino principalmente, para hacer efectivas las devoluciones en favor de los abonados o, previo contacto debidamente acreditado, poner a disposición de estos los importes a devolver.
- Con respecto al juicio de necesidad, la Primera Instancia revisó detalladamente cada una de las posibles medidas establecidas en la normativa vigente¹³, por lo

¹² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Análisis sobre la Potestad sancionadora de la Administrada Publica y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley 27444,, Ley del Procedimiento Administrativo General en comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores, Segunda Parte, 2003, p.530.

¹³ La Resolución 038 señala que (i) el inicio del PAS fue la última medida adoptada, puesto que previamente a ello se había impuesto la medida correctiva, (ii) desde la fecha que se generó la obligación de devolver habían transcurrido más de cuatro años, a pesar de la medida correctiva impuesta y el plazo adicional otorgado con dicha medida, (iii) las devoluciones efectuadas se llevaron a cabo extemporáneamente promediando un plazo tardío de 140.2 días y (iv) no es la primera vez



que el cuestionamiento de la empresa no puede entenderse como una observación al no análisis del principio, sino discrepancia con dicho razonamiento.

- En cuanto al juicio de proporcionalidad, debe advertirse que, sí la finalidad de toda sanción administrativa es pretender desalentar la comisión del ilícito, la medida elegida debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción, lo cual a consideración de esta Oficina se alcanza con la imposición de una multa de cincuenta y un (51) UIT, mínimo a imponerse para una infracción grave.

Así pues, se advierte – contrario a lo señalado por ENTEL - que el inicio del PAS y la imposición de una eventual sanción, corresponde a una medida idónea orientada a desincentivar su conducta, más aun tomando en cuenta que, no es la primera vez que la empresa operadora incumple lo dispuesto en una medida correctiva.

De lo anteriormente expuesto, se aprecia que en tanto se ha observado las tres (3) dimensiones del test de razonabilidad en el presente PAS, la medida a imponer resulta idónea, necesaria y proporcional.

5.4. Acerca de que resulta aplicable el atenuante de responsabilidad por cese de la conducta.

En este extremo, ENTEL considera aplicables los atenuantes reconocidos por el TUO de la LPAG y el RFIS, al haber acreditado que ha cumplido con efectuar la totalidad de las devoluciones pendientes, respecto de aquellas líneas posibles de devolución, y demostrado la realización de sus máximos esfuerzos, en aquellas líneas sobre las cuales no ha sido posible culminar con las devoluciones por causas no imputables a ENTEL, dado que en estos casos no puede obligar a que se apersonen para el cobro.

En adición a lo señalado, ENTEL adjunta nuevos medios probatorios, que acreditarían la puesta a disposición de saldos a favor de los ex abonados.

Sobre lo alegado por la empresa operadora, debe tenerse en cuenta que para aplicar el eximente de cese de los actos que constituyen la infracción, resulta necesario que esta se verifique respecto a todos los actos u omisiones constitutivos de infracción, según criterio establecido por este Consejo Directivo¹⁴.

Así, 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.

En ese sentido, debe señalarse que de la evaluación efectuada por la DFI –mediante Memorando N° 1406-DFI/2021- de los medios probatorios presentados por la empresa operadora -con respecto a 116 176 líneas que se encontraban pendientes de devolución-, se advierte que a pesar de las acciones adicionales realizadas, no se ha comprobado el cese de totalidad de las conductas constitutivas de infracción,

que la empresa operadora incumple con efectuar las devoluciones ordenadas a través de una medida correctiva.

El Consejo Directivo se ha pronunciado en el mismo sentido en la Resolución N° 041-2018-CD/OSIPTEL, recaída en el Expediente N° 009-2016-TRASU-STPAS

¹⁴



determinándose lo siguiente:

- i) Se realizaron devoluciones después de los quince (15) días siguientes a la notificación de la Resolución 038 a 53 líneas, por el monto total de S/ 12,34, con un exceso promedio de 1052 días del plazo para devolver.
- ii) Existen 46 líneas activas pendiente de devolver por un monto total de S/ 1,32.
- iii) Se presentan 109 366 líneas desactivadas pendiente de devolución por un importe total S/ 4239,91, respecto a las que se efectuaron acciones para comunicarles a sus ex abonados que tienen saldos a su favor.
- iv) Se mantienen 6711 líneas desactivadas por portabilidad pendientes de devolución por un monto total S/ 236,85, sobre las que se efectuaron acciones para comunicarles a los ex abonados que tienen saldos a su favor.

Conforme a lo señalado, la responsabilidad de ENTEL se mantiene respecto de los siguientes aspectos:

TABLA N° 01

MC	Detalle	Devolución después coercitiva ¹	Devolución pendiente	Desactivado	Desactivado-portabilidad	Total
385 890 Líneas prepago	Cantidad de líneas	45	21	109 318	6711	116 095
	Monto Devuelto (S/)	7,97	3,05	3,14	0,00	14,16
	Monto con acciones ² (S/)	-	-	-	236,85	236,85
	Monto pendiente (S/)	0,00	0,39	4238,74	-	4 239,13
	Exceso Promedio (días) desde MC	1052,00	-	-	-	-
15 593 Monto pendiente	Cantidad de líneas	8	25	48	0,00	81
	Monto Devuelto (S/)	4,37	37,05	30,40	0,00	71,82
	Monto con acciones ³ (S/)	-	-	-	-	-
	Monto pendiente (S/)	0,00	0,93	1,17	-	2,10
	Exceso Promedio (días) desde MC	1052,00	-	-	-	-
Total	Cantidad de líneas	53	46	109 366	6711	116 176
	Monto Devuelto (S/)	12,34	40,10	33,54	0,00	85,98
	Monto con acciones ⁴ (S/)	-	-	-	236,85	236,85
	Monto pendiente (S/)	0,00	1,32	4239,91	0,00	4 241,23
	Exceso Promedio (días) desde MC	1052,00	-	-	-	-

1 Mediante el artículo 3° de la Resolución N° 00038-2020-GG/OSIPTEL, se dispuso que si transcurrido el plazo de quince (15) días hábiles a partir del día siguiente de notificada la presente Resolución, la empresa no hubiese cumplido con lo dispuesto en el artículo 4° de la referida resolución, respecto de la devolución pendiente a efectuar a 178 231 líneas por el monto de S/ 8 561,05, se le impondrá una multa coercitiva de diecinueve (19) UIT, y cada quince (15) días hábiles en tanto no cumpla con lo establecido.

- 2 Acciones efectuadas por la empresa para comunicar a sus abonados que tiene montos pendientes por devolver.
- 3 Acciones efectuadas por la empresa para comunicar a sus abonados que tiene montos pendientes por devolver.
- 4 Acciones efectuadas por la empresa para comunicar a sus abonados que tiene montos pendientes por devolver.

Fuente: Memorando N° 1406-DFI/2021

En conclusión, se determina que ENTEL no ha cesado su conducta infractora al mantener a la fecha montos pendientes por devolución y no haber informado de manera directa a todos los ex abonados con líneas desactivadas que mantienen montos pendientes por cobrar.



Teniendo en cuenta lo indicado, se concluye en que no se ha configurado el eximente invocado por la empresa apelante, correspondiendo desestimar las alegaciones formuladas por ENTEL en este extremo.

5.5. Sobre la aplicación de una medida coercitiva.

A este respecto, ENTEL establece que en el presente caso no corresponde la aplicación de una multa coercitiva, dado que a través de las pruebas presentadas entiende que se ha acreditado que no se cumplen los presupuestos para tal aplicación y que lo contrario constituiría una vulneración al Principio de Razonabilidad.

Con relación a lo expuesto en este punto y a partir de lo señalado en el rubro antecedentes de este Informe, debe señalarse que a través del artículo 4º de la Resolución 083, la Administración le impuso a ENTEL una medida correctiva, con la finalidad de que se verifiquen las devoluciones correspondientes a las interrupciones del primer semestre del año 2016, prescribiendo de forma taxativa en la misma resolución que:

“Artículo 6º.- El incumplimiento de la obligación prevista en el artículo 4º de la presente resolución constituirá infracción grave y podrá ser sancionado, con una multa equivalente entre 51 y 150 UIT, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTEL y sus modificatorias.”

Es por ello que, ante el incumplimiento de la medida correctiva establecida y en aplicación de lo dispuesto por el 25º del RFIS¹⁵, la Administración dio inicio el presente PAS y emitió -en Primera Instancia- la Resolución 038, imponiendo una (1) multa de cincuenta y un (51) UIT.

De lo indicado se colige, que la multa impuesta y que discute ENTEL, no tiene naturaleza coercitiva, como esgrime la empresa apelante, por lo que sobre el particular no resultan pertinentes los argumentos expuestos, no correspondiendo emitir mayor pronunciamiento al respecto.

Por otra parte, los argumentos de la empresa operadora están dirigidos a cuestionar las facultades de la Administración para emitir multas de carácter coercitivo; respecto de lo que debe precisarse que tal competencia proviene de la Ley y no puede ser objeto de impugnación, como pretende observar ENTEL.

“LPAG

Artículo 210.- Multa coercitiva

210.1. Cuando así lo autoricen las leyes, y en la forma y cuantía que éstas determinen, la entidad puede, para la ejecución de determinados actos, imponer multas coercitivas, reiteradas por períodos suficientes para cumplir lo ordenado, en los siguientes supuestos:

- a) *Actos personalísimos en que no proceda la compulsión sobre la persona del obligado.*

15

RFIS

Artículo 25.- Incumplimiento de las medidas correctivas

El incumplimiento de lo dispuesto en una medida correctiva dictada por el OSIPTEL constituye infracción muy grave, salvo que en la misma se establezca una calificación menor. Ante dicho incumplimiento corresponderá iniciar el respectivo procedimiento administrativo sancionador.



- b) *Actos en que, procediendo la compulsión, la administración no la estimara conveniente.*
- c) *Actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona.*
- 210.2. *La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas.”*

En consecuencia, se desestiman los argumentos alegados por la empresa apelante en este extremo.

5.6. Sobre la 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.

Por su parte, el numeral (v) artículo 22 del RFIS¹⁶, establece que el Órgano de Instrucción y los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente o exista la imposibilidad de realizarlo, lo cual debe sustentarse en el acto que lo deniegue.

Conforme a ello, resulta factible que la autoridad decida otorgar o no conceder la audiencia solicitada por el administrado, en función de cada caso concreto, observando otros principios administrativos como el Principio de Celeridad. Procurando respetar los derechos de los administrados a la vez que se evita la dilación innecesaria de los PAS, que afecten un plazo razonable.

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹⁷ 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 motivadas¹⁸.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹⁹, 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

¹⁶ Incorporado mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL.

¹⁷ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA.

¹⁸ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹⁹ 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.



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.”

(subrayado agregado)

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 advierte que los argumentos planteados por ENTEL en su impugnación, así como el resto de actuados del expediente del PAS, constituyen elementos de juicio suficientes para que el Consejo Directivo resuelva el Recurso de Apelación; es decir, dicha documentación genera la convicción necesaria para pronunciarse sobre el mismo.

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

VI. PUBLICACION DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33º de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de 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.

Al ratificar el Consejo Directivo la sanción a ENTEL por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 6º de la Resolución 083, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 4º de la referida resolución, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano

VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que se:

- Desestime la solicitud de nulidad planteada por ENTEL, de conformidad con los fundamentos expuestos.
- Declare INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL contra la Resolución N° 00308-2021-GG/OSIPTEL, que declaró infundado el recurso de reconsideración formulado contra la Resolución N° 038-2020-GG/OSIPTEL, y en consecuencia CONFIRMAR la multa impuesta de cincuenta y un (51) UIT, al haber



incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6º de la Resolución N° 083-2018-GG/OSIPTEL, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 4º de la referida resolución.

Atentamente,

