

**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL****Nº 00436-2021-GG/OSIPTEL**Lima, **13 de noviembre de 2021**

EXPEDIENTE Nº	:	<b>00010-2020-GG-DFI/PAS</b>
MATERIA	:	<b>Recurso de Reconsideración</b>
ADMINISTRADO	:	<b>ENTEL PERÚ S.A.</b>

**VISTO:** El Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa ENTEL PERÚ S.A. (ENTEL) contra la Resolución de Gerencia General Nº 00358-2021-GG/OSIPTEL (RESOLUCIÓN 358).

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES.-**

1. Mediante el Informe Nº 00075-GSF/SSDU/2020 de fecha 01 de julio de 2020 (**Informe de Supervisión**), emitido en el Expediente Nº 00138-2019-GSF, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) emitió el resultado de la verificación realizada a ENTEL, respecto al cumplimiento de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias para la implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad, aprobadas por Resolución de Consejo Directivo Nº 0081-2017-CD/OSIPTEL (Norma del RENTESEG) y sus modificatorias, vinculado a la primera entrega de información de Registro de Abonados para la operación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad- RENTESEG, por parte de ENTEL.
2. La DFI a través de la carta C.0007-DFI/2021, notificada vía correo electrónico el 21 de enero de 2021, comunicó a ENTEL el inicio de un PAS por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Norma del RENTESEG, vinculado a la primera entrega de información de Registro de Abonados para la operación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad- RENTESEG, otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos.
3. ENTEL por medio de la carta Nº CGR-222/2021, recibida el 25 de enero de 2021, solicitó una ampliación de plazo de veinte (20) días hábiles para presentar descargos; la misma que fue atendida por la DFI, mediante carta C. 305-DFI/2021 notificada el 10 de febrero de 2021, otorgándole a la empresa operadora el plazo solicitado.
4. Posteriormente, ENTEL con la carta Nº EGR-097/2021, recibida el 10 de marzo de 2021, presentó sus descargos por escrito.
5. Con fecha 30 de abril de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe Nº 00119-DFI/2021 (**Informe Final de Instrucción**), conteniendo el análisis del PAS iniciado a ENTEL.

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: 169689Sr8W;x6



6. La Gerencia General mediante la carta C.00443-GG/2021, notificada el 10 de mayo de 2021, puso en conocimiento de ENTEL el **Informe Final de Instrucción**, a fin que formule sus descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
7. ENTEL a través de la carta N° EGR-097/2021, recibida el 10 de marzo de 2021, presentó sus descargos (**Descargos 1**) contra el **Informe Final de Instrucción**.
8. Posteriormente, mediante las cartas N° EGR-195/2021 (**Descargos 2**) y N° EGR-226/2021 (**Descargos 3**), recibidas el 17 de mayo y 9 de junio de 2021, respectivamente, ENTEL remitió descargos adicionales contra el **Informe Final de Instrucción**.
9. Mediante RESOLUCIÓN 358, notificada el 22 de setiembre de 2021, se resolvió lo siguiente:

“(…)

**Artículo 2°.- SANCIONAR a la empresa ENTEL PERÚ S.A. con una multa de TRESCIENTOS OCHO (308) UIT por la comisión de la infracción tipificada como MUY GRAVE en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de las Normas Complementarias para la implementación del RENTESEG, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 0081-2017-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, dado que no cumplió con realizar la primera entrega de la información del Registro de Abonados conforme a lo establecido en el artículo 4 de la referida norma, al 17 de junio de 2019; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.**  
(…)”

10. ENTEL por medio de las cartas N° EGR-435/2021 y N° EGR-445/2021, recibidas los días 14 y 15 de octubre de 2021, respectivamente, interpuso Recurso de Reconsideración contra la RESOLUCION 358, solicitando informe oral.
11. La Gerencia General a través de la carta C. 893-GG/2021, notificada el 3 de noviembre de 2021, denegó el informe oral solicitado por ENTEL.

## II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA.-

El artículo 218.2 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), establece que el término para la interposición de los recursos administrativos de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios. Asimismo, conforme a lo señalado en el artículo 219° del TUO de la LPAG el Recurso de Reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y debe sustentarse en nueva prueba.

En ese sentido, se advierte que ENTEL interpuso Recurso de Reconsideración dentro del plazo previsto, siendo que de conformidad con lo establecido en los artículos 218.2 y 219° del TUO de la LPAG, corresponde admitir y dar trámite el referido Recurso presentado por la empresa operadora al cumplirse los requisitos de admisibilidad contenidos en las disposiciones citadas.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN





Los argumentos por los que ENTEL considera que se ARCHIVE el PAS o en todo caso se reduzca la multa, son:

- 3.1. La RESOLUCIÓN 358 vulnera el Principio de Razonabilidad, debido a que no ha buscado incumplir con la normativa en ningún momento; por el contrario, ha realizado sus mayores esfuerzos para cumplir a cabalidad con la obligación. Ello se ve acreditado con la entrega de información del Registro, pero que por la alta complejidad de la información, es inevitable que existan errores involuntarios en el procesamiento de la data, excediendo su diligencia máxima, por lo que iniciarle un PAS e imponerle una multa muy grave es irrazonable.
- 3.2. La RESOLUCIÓN 358 realiza una indebida graduación de la sanción, debido a que no existe comprobación en torno al supuesto beneficio ilícito y que sí ha actuado de manera diligente. Adjunta en calidad de nueva prueba un Informe económico de análisis de sanción (**Prueba 1**).

Cabe señalar que conforme lo dispone el TUO de la LPAG, el Recurso de Reconsideración exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, y la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un Recurso de Apelación.

En esa línea, Juan Carlos Morón Urbina señala lo siguiente:

*Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración. Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento. Pero a condición que sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos (...)*<sup>1</sup>.

*(Sin subrayado en el original)*

En esa misma línea, Juan Carlos Morón Urbina, considera que: “(...) para nuestro legislador no cabe la posibilidad que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión, con sólo pedírsele, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable del instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan sólo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos.

Por tanto, corresponde que en este procedimiento recursivo se analicen sólo los argumentos de ENTEL sustentados en nueva prueba o en los que se haya deducido causal de nulidad de manera sustentada.

Considerando lo indicado, se advierte que no resulta pertinente para la evaluación del presente Recurso, el pronunciamiento respecto de los argumentos presentados por ENTEL en relación al **numeral 3.1** en la medida que dichos argumentos ya fueron analizados en la RESOLUCIÓN 358 y constituyen argumentos de derecho, sin que los mismos se sustenten en una nueva prueba, por lo que no es posible justificar la revisión

<sup>1</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, 11va Edición, Lima, 2015, Pág. 663-664.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

del análisis efectuado a través de la resolución impugnada, en el marco de lo dispuesto en el artículo 219° del TUO de la LPAG, en ese sentido, no corresponde a esta Instancia emitir pronunciamiento respecto al referido argumento.

En consecuencia, esta Instancia emitirá únicamente pronunciamiento respecto de los argumentos expuestos por ENTEL en el **numeral 3.2** debido a que el mismo se encuentra respaldado en nueva prueba que sustentaría su Recurso de Reconsideración.

#### IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.-

A continuación, se analizarán los argumentos de ENTEL:

##### 4.1. Respecto a la indebida graduación de la sanción y la desproporción de la multa.-

ENTEL señala que respecto al beneficio ilícito, el OSIPTEL ha considerado que el mismo está representado por los costos evitados por la empresa a fin de dar cumplimiento a la normativa. Sin embargo, ello es completamente incorrecto, puesto que no ha buscado eludir sus responsabilidades, todo lo contrario, ha agotado esfuerzos para cumplir con el Procedimiento.

Por otra parte, ENTEL indica en cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, que sí ha actuado de manera diligente; sin embargo, los errores en el registro se deben a la alta complejidad de la recolección de la información. Asimismo, agrega la referida empresa operadora que en ese extremo la Resolución omite considerar que es la primera vez que se le está sancionando por esa conducta. Siendo ello así, que la primera multa impuesta sea casi el tope de la multa legal posible evidencia la desproporcionalidad en el uso de la potestad sancionadora, y conforme se advierte, del análisis económico presentado como nueva prueba (**Prueba 1**) evidencia de forma económica los errores efectuados en el cálculo de la multa impuesta, debiendo por tanto archivar el procedimiento, o se reformule la multa impuesta a la mínima posible.

Al respecto, corresponde señalar que contrario a lo alegado por ENTEL la RESOLUCIÓN 358, al momento de efectuar la graduación de la sanción sí fundamentó cada uno de los criterios de graduación regulados en el artículo 248° del TUO de la LPAG, los cuales, de manera conjunta, permitieron determinar la multa impuesta; siendo que el hecho de que la empresa operadora no se encuentre de acuerdo con la motivación de la misma no conllevaría a señalar que la referida Resolución vulnera el Principio de Razonabilidad.

De otro lado, cabe indicar que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó los incumplimientos, y aquellos criterios para los que no se cuenta con evidencia cuantificable, no fueron considerados en la determinación de la multa.

Así pues, en el presente caso, conforme se advierte de la RESOLUCIÓN 358, la multa impuesta toma en consideración - en específico - a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción” y “probabilidad de detección de la infracción”; siendo que los criterios referidos a la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico, reincidencia, intencionalidad, no fueron aspectos a considerar para la cuantificación de la sanción, situación que no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado.



BICENTENARIO  
PERÚ 2021



Ahora bien, respecto al Beneficio ilícito, tal como algunos autores<sup>2</sup> han definido, el beneficio ilícito es el beneficio real o potencial producto de la infracción administrativa.

En el presente caso, -de acuerdo a lo señalado por la RESOLUCIÓN 358- el Beneficio Ilícito se encuentra representado por los costos evitados, asociados al incumplimiento en la entrega de información o entrega de información incompleta, esto es relacionado a todas aquellas actividades (capacitación de personal y/o implementación de procesos eficientes, etc) que debió adoptar ENTEL, con el objeto de dar cumplimiento a la obligación contenida en el artículo 4° de la Norma del RENTESEG.

En efecto, conforme se desprende de la “Guía de Multas del OSIPTEL” regulada en el Informe N° 000152- GPRC/2019, y aprobado por el Acuerdo 726/3545/19, específicamente en el numeral 5.1, literales e) y f) referido al Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, -contrariamente a lo indicado por ENTEL, se explica de manera detallada y precisa la metodología y los parámetros que fueron considerados y utilizados por este Organismo para la cuantificación de la infracción asociada a la Norma del RENTESEG, e incluso se consignó en el Cuadro N° 18<sup>3</sup> y en el gráfico N° 2 un ejemplo de multa propuesta por los artículos vinculados a la remisión de información al OSIPTEL, a fin de que las empresas operadoras puedan conocer cómo se cuantificó la multa.

De otro lado, en relación a las circunstancias de la comisión de la infracción, corresponde reiterar lo señalado en la RESOLUCIÓN 358, en la cual se indicó que siendo uno de los presupuestos primordiales para la realización del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles, es contar con la información idónea y de acuerdo con la estructura regulada en la Norma del RENTESEG, a fin de que permita al OSIPTEL no solo comprobar el registro de abonados y sus características del mercado móvil de telecomunicaciones, sino también le permita con ello cumplir con el objetivo de prevenir y combatir el comercio ilegal de equipos terminales móviles así como con la seguridad ciudadana, resultaba primordial que ENTEL sea más cautelosa en el cumplimiento de sus obligaciones.

Más aun cuando de los actuados del Expediente de Supervisión se advirtió que mediante la carta C. 408-GG/2018, notificada el 7 de junio de 2018, el OSIPTEL absolvió las distintas consultas en el marco de la elaboración del reporte de Registro de Abonados realizadas por la empresa operadora, por lo que se advierte que ENTEL conocía la norma y además tuvo la oportunidad de consultar y aclarar los alcances de la misma.

Asimismo, se observa que por correo de fecha 18 de junio de 2019 (18:17 horas), con el archivo denominado “20\_RA\_20190618.TXT” y recibido en el servidor SFTP el mismo día (11:02 horas), el OSIPTEL le dio la oportunidad a ENTEL de subsanar los errores encontrados en el Registro de Abonados Históricos, remitiéndole la cantidad de registros procesados y registros con errores, sin que la empresa operadora remita los registros de subsanación conforme a lo establecido en el numeral VI del Manual para la elaboración de Reportes de información relacionados a la segunda fase del RENTESEG.

<sup>2</sup> Hugo Gómez Apac, Susan Isla Rodríguez, Gianfranco Mejía Trujillo. “Apuntes sobre la graduación de Sanciones por Infracciones a las normas de protección al Consumidor”. Asociación Civil Derecho & Sociedad 34. Pág. 139

<sup>3</sup> Ver página 39 del Informe N° 152-GPRC/2019





En ese sentido, aun cuando ENTEL reitera que era “complejo la recolección de la información” y por ello hubo “errores involuntarios”, no ha presentado pruebas que demuestren que dichas situaciones tengan carácter de invencible a fin de poder ser exonerada de responsabilidad, por el contrario se advierte de los actuados que tuvo el tiempo necesario para adecuar su conducta a lo dispuesto a la normativa vigente.

Respecto al Informe económico de análisis de sanción (**Prueba 1**) a través de la cual ENTEL pretende sustentar la indebida graduación de la multa, la misma no resulta idónea para desvirtuar el incumplimiento detectado, debido a los siguientes argumentos:

a) Sobre la desproporción de la multa y la Tabla de Graduación:

ENTEL señala que desde un punto de vista económico, la aplicación de una multa con base en el beneficio ilícito solo es disuasiva, cuando el único motivo por el cual la empresa cometió la infracción es para conseguir un beneficio. Sin embargo, OSIPTEL no ha verificado ni demostrado si la infracción cometida fue para obtener un beneficio.

En ese sentido, ENTEL considera que el nivel de multa estimada como parte del Expediente N° 00010-2020-GG-DFI/PAS resulta ser desproporcional a la comisión de la infracción prevista en la Segunda Disposición Complementaria Transitoria de la Norma del RENTESEG.

Por otra parte, ENTEL manifiesta que la fórmula de multas que emplea OSIPTEL no es aplicable cuando la infracción, como ocurre en el presente caso, se explica por otros factores o causas, distintas a la de obtener un beneficio ilícito, como por ejemplo i) haber informado su plan de inversiones y mejoras para los procesos, denominado “Business Need & Statement of Work”, donde reconoció que sus sistemas comerciales estarían presentando fallas en la extracción de información -los cuales alimentan el Registro de Abonados-, y plantea como objetivo mejorar el procedimiento de extracción y reparar la información inconsistente o incompleta, ii) haber remitido las cartas CGR-2422/2020, CGR-2473/2020, CGR-2483/2020 y CGR-2508/2020, en donde reconoce la presencia de los errores en su sistema e indica que estaba realizando esfuerzos para subsanarlos y iii) que las funciones de supervisión y fiscalización no se vieron afectadas en tanto que el sistema SIEBEL como el sistema Porta alimentan la base de datos del Registro de Abonados; por lo tanto, si hubo registros que se omitieron en el Registro de Abonados, OSIPTEL pudo igualmente haberlos obtenido de sus sistemas comerciales.

Finalmente, ENTEL añade que la Tabla de Graduación que utiliza el OSIPTEL para estimar el “beneficio ilícito” presenta inconsistencias e, inclusive, “el valor esperado de la multa evitable”, como lo denomina el regulador, no cuenta con sustento técnico para su utilización.

Al respecto, es necesario reiterar que el enfoque planteado para la estimación de la multa de referencia es el de beneficio ilícito, el cual presenta – dada su inherente naturaleza - un carácter disuasivo, pues lo que se busca es obtener una aproximación del beneficio que habría obtenido la empresa infractora de manera ilícita al incumplir con la normativa.





Dicho enfoque es consistente con el marco general actualmente establecido por el OSIPTEL para el cálculo de sanciones y que se encuentra plasmado en la Guía de Multas del OSIPTEL<sup>4</sup>. Además, valga añadir, este enfoque es coherente con lo señalado por la OECD (2019) para la promoción del cumplimiento de las normas: “*para lograr el efecto disuasivo, las potenciales sanciones deben ser suficientemente fuertes para sobrepasar los potenciales beneficios de quienes cometan incumplimientos*”.

Bajo este enfoque disuasivo, la estimación del beneficio ilícito de la multa del Expediente N° 00010-2020-GG-DFI/PAS tiene como criterio utilizar como referencia el procedimiento aplicable a las infracciones relativas a entrega de información ya contenidas en la Guía de Multas. Ello debido a que, naturalmente, la conducta infractora del Expediente N° 00010-2020-GG-DFI/PAS se asemeja a dichas infracciones relativas y es necesario ser consistente con la metodología o marco actualmente establecido por la “Guía de Multas del OSIPTEL”.

De este modo, la estimación del beneficio ilícito se obtiene a partir del Cuadro N° 14 de la Guía de Multas y los respectivos criterios actualmente aprobados por Consejo Directivo para su uso.

Por su parte, en cuanto al cuestionamiento realizado por ENTEL respecto a que los niveles de beneficio ilícito de 40 y 115 UIT se encuentran fuera de las escalas de 51-150 UIT y 151-350 UIT, respectivamente; es necesario indicar que el procedimiento ya viene descrito claramente en la “Guía de Multas del OSIPTEL”. En esta línea, la metodología para cuantificar la multa a imponer toma como puntos pivotes i) el valor de la multa evitada, que en este caso se encuentra ubicado en el rango de 151-350 UIT, ya que la infracción es calificada como muy grave; y, ii) el valor de la infracción establecido dado el tamaño de la empresa infractora, que en este caso se encuentra ubicado en el rango de empresa mediana y grande. Seguidamente, una vez calculado el beneficio ilícito se consideran sobre el mismo: *la probabilidad de detección* (la cual es establecida como Muy Alta), *el factor de actualización* y *los factores agravantes y atenuantes* (en caso de que existieran estos últimos). Luego, en caso de ser necesario, se aplica la reconducción de la multa estimada al límite mínimo o máximo legal.

De otro lado, en relación con lo señalado por ENTEL respecto a que las empresas no siempre buscan obtener un beneficio ilícito, se debe señalar nuevamente que la multa estimada se circunscribe al marco o enfoque metodológico establecido por la “Guía de Multas del OSIPTEL”, donde se estableció que el valor de una multa se debe cuantificar de forma objetiva o técnica considerando las proposiciones básicas de la teoría económica del cumplimiento de las normas. Al respecto, dicha teoría parte del supuesto de que los individuos obtienen un beneficio por incumplir la norma, llamado beneficio económico por incumplimiento. Además, considera el supuesto de la existencia de una racionalidad económica para incumplir las normas: los infractores, en promedio, realizan un análisis costo-beneficio cuando deciden violar las normas (Becker 1968, Stigler 1970). Por ejemplo, si los beneficios económicos esperados de la infracción de una determinada norma (el provecho monetario obtenido de los costos evitados, postergados o ganancias asociadas al incumplimiento) superan sus costos económicos esperados (la imposición de sanciones monetarias y no monetarias); entonces, será conveniente para el agente económico incumplir con esa norma. En ese sentido, resulta importante

<sup>4</sup> Informe disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/informe-n-152-gprc-2019/>





que la multa base capture, como mínimo, el beneficio económico por incumplimiento que el administrado obtiene por no cumplir las normas y, de esta manera, disuada esa conducta para el agente económico.

En cuanto a las acciones realizadas por ENTEL, cabe indicar que ello no constituye una liberalidad extraordinaria de la empresa operadora sino más bien acciones tendientes al restablecimiento de la legalidad afectada. Cabe agregar que conforme lo previsto por el artículo 4° del RFIS, incluso en el caso del cumplimiento de la sanción por el infractor, tal situación no importa ni significa la convalidación de la situación irregular, debiendo el infractor cesar de inmediato los actos u omisiones que dieron lugar a la sanción.

Por otra parte, respecto a que no hubo una afectación a la función supervisora, es preciso señalar que el tipo infractor regulado en el artículo 4° del RENTESEG no incluye, dentro de sus elementos objetivos, que remitir el Registro de Abonados Histórico con errores en su estructura afecte alguna función del OSIPTEL. En ese sentido, basta que la empresa operadora no remita el Registro de manera correcta dentro del plazo establecido para que se configure la infracción, es decir basta la potencial afectación de un bien jurídico protegido por la norma que justifique que se sancione la conducta.

b) Sobre el factor de actualización y el descuento del impuesto a la renta y aportes sectoriales:

ENTEL afirma que respecto al valor del WACC, el OSIPTEL ha considerado una tasa de 8.623% anual que corresponde al servicio de telecomunicaciones “a nivel global en enero de 2019”, el cual no es una tasa que refleje la realidad del sector de telecomunicaciones en el Perú y menos de la realidad de ENTEL en particular, debido a que, dicha tasa se encontraría desfasada ya que, en la Resolución del Cuerpo Colegiado Permanente N° 00024-2021-CCP/OSIPTEL, de fecha 16 de abril de 2021, el Cuerpo Colegiado Permanente del OSIPTEL señaló que el WACC estimado para los servicios de telecomunicaciones a nivel global equivaldría a 4.81%, a enero de 2021.

Asimismo, ENTEL señala que el OSIPTEL utiliza el WACC como una aproximación a la tasa interna de retorno (TIR) “mínima” que esperaría obtener la empresa, por debajo de la cual no comprometería sus recursos en la empresa. Sin embargo, ignora que dicho retorno es el “retorno promedio anual” que una empresa podría obtener si invierte el beneficio ilícito en todo el horizonte de operación del proyecto o empresa, y no solo durante el tiempo que transcurre entre que se detecta la infracción y se pone la sanción (como lo hace OSIPTEL).

Así OSIPTEL, tácita e incorrectamente asume que como el retorno (mínimo) esperado por las empresas operadoras para todo el horizonte de un proyecto de inversión sería de 8.623%, en cada año del horizonte de inversión, dichas empresas obtuvieron un retorno de 8.623%. Sin embargo, agrega ENTEL, OSIPTEL parece desconocer que el WACC es el retorno promedio anual obtenible en todo el periodo de inversión, lo que no implica que cada año la empresa obtenga el mismo retorno. Así, al aplicar un factor de actualización igual al WACC, OSIPTEL incrementa desproporcionadamente la multa a ENTEL en el presente caso.

Sobre este punto, resulta necesario reiterar que la estimación de la multa se ve circunscrita a ser consistente con la “Guía de Multas del OSIPTEL”. En ese





sentido, el factor de actualización empleado para la estimación toma como referencia el WACC establecida en la mencionada guía. Así pues, y dado que la infracción en cuestión es similar a la conducta infractora de incumplimientos en la entrega de información contenida en la vigente “Guía de Multas del OSIPTEL”, el WACC empleado corresponde a la tasa de 8,62%, siendo importante adicionar que este WACC, así como su respectiva metodología de obtención, son referente o insumo para los procesos regulatorios del OSIPTEL.

Asimismo, ENTEL señala en su Informe que es necesario aplicar la tasa de interés legal del BCRP en lugar del WACC. Sin embargo, este señalamiento no reflexiona en que dicha tasa de interés es fijada por el BCRP, institución encargada de la política monetaria del país. En esta línea, la autoridad monetaria calcula la tasa de interés legal con base a las tasas pasivas de mercado promedio para operaciones en moneda nacional y extranjera, dimensión que naturalmente es ajena al establecimiento de multas disuasivas, lo que resulta en una tasa de interés muy inferior al costo de oportunidad de la inversión considerada por un agente racional maximizador de beneficios.

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

De otro lado, ENTEL señala que en el cálculo de la multa se deben descontar los impuestos o contribuciones. No obstante, se debe tener en cuenta que los beneficios ilícitos generarían eventualmente disponibilidad de recursos en el corto o mediano plazo, que pueden ser utilizados inclusive para el pago de las contribuciones que la normativa legal demande. Asimismo, desde una óptica que desincentiva comportamientos ilícitos se debe internalizar que no es lo mismo pagar impuestos o aportes con beneficios generados a partir de una conducta o comportamiento lícito versus un escenario de comportamiento ilícito. Además, se debe tener presente que este criterio no es exclusivo del OSIPTEL, sino también organismos como la OEFA<sup>5</sup> o INDECOPI<sup>6</sup> que no descuentan los impuestos y aportes en su metodología de multas.

Ahora bien, ENTEL señala que OSINERGMIN realiza el descuento de los impuestos del beneficio ilícito en el proceso de determinación de la sanción. Sin embargo, este punto de referencia es cuestionable. Por ejemplo, Valdez (2017)<sup>7</sup> menciona lo siguiente respecto a la perspectiva del OSINERGMIN:

*“En la práctica del regulador, se ha observado que se utiliza el concepto de utilidad neta; no obstante, no se ha evidenciado la existencia de una motivación económica o financiera que justifique su uso.”*

<sup>5</sup> [https://www.oefa.gob.pe/?wpfb\\_dl=6857](https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=6857)

<sup>6</sup> <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/4637959/DT+Multas+18052020.pdf/ee6970da-9572-ce9c-81d0-81d27d693522>

<sup>7</sup> Valdez, Y. (2017). “Análisis y propuestas de mejora a la metodología de cálculo de multas por infracciones a las normas de seguridad minera del Osinergmin”. (pág. 147). Disponible en: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8978>





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones

Al respecto, se considera que el uso del concepto utilidad neta, es decir, aquella rentabilidad obtenida luego del pago de gastos e impuestos, no se ajusta totalmente al marco teórico de las sanciones administrativas.

En efecto, la idea de incorporar el beneficio ilegalmente obtenido como variable fundamental para realizar el cálculo de la multa es precisamente retirar o eliminar cualquier tipo de ganancia o ahorro que pueda generarse a favor del agente como consecuencia de la comisión de conductas ilícitas. Ello con el claro propósito de que éste no tenga ningún incentivo para incumplir la regulación.

*En tal sentido, tomando en cuenta que el cálculo de la utilidad neta supone la validación del pago de gastos administrativos, gastos de venta, gastos financieros, otros gastos y de impuestos; el uso de dicho tipo de utilidad implica el reconocimiento de tales gastos a favor del agente infractor, pese al carácter ilegal de la conducta que generó los ingresos que permitieron su pago (...)*

(Subrayado agregado)

Por lo mencionado, el OSIPTEL considera que el impuesto a la renta y los aportes que realizan las empresas operadoras no deberían de ser descontados del beneficio ilícito estimado.

En consecuencia, en atención a lo indicado anteriormente, se advierte que la sanción impuesta por la RESOLUCIÓN 358 se encuentra plenamente justificada; sin que ello implique de ningún modo, como se ha demostrado en este caso, afectación al Principio de Razonabilidad.

**POR LO EXPUESTO**, de conformidad con el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General;

#### **SE RESUELVE:**

**Artículo 1°.-** Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración presentado por la empresa ENTEL PERÚ S.A. contra la Resolución de Gerencia General N° 00358-2021-GG/OSIPTEL; y en consecuencia **CONFIRMAR** todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo 2°.-** Notificar la presente Resolución a la empresa ENTEL PERÚ S.A.

Regístrese y comuníquese,



SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA  
GERENTE GENERAL