

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR ENTEL PERÚ S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 079-2022-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 037-2021-GG-DFI/PAS
FECHA	:	6 de diciembre de 2022

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



I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa ENTEL PERÚ S.A, (en adelante, ENTEL) contra la Resolución N° 079-2022-GG/OSIPTEL, en el marco del procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 25 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones; y, en adelante, RGIS¹)², y calificada como grave en el artículo 7 de la Resolución N° 261-2019-GG/OSIPTEL, toda vez que habría incumplido con lo dispuesto en la Medida Correctiva impuesta mediante el artículo 5 de la citada Resolución.

II. ANTECEDENTES:

2.1. Mediante Resolución N° 261-2019-GG/OSIPTEL notificada el 30 de octubre de 2019, la Gerencia General impuso a ENTEL una Medida Correctiva en los siguientes términos:

“(…)

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

- i. *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, **3292 líneas** dadas de baja luego de producida la interrupción, detalladas en el Anexo 1 del presente Informe.
- ii. *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 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.
- iii. *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 2017-25 y 2018-15 adjunto a la Carta N C 000309-GSF/2019*
- iv. *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 Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS) por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS).

² Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.



- 2.2. A través del Informe de Supervisión N° 102-DFI/SDF/2021 de fecha 23 de abril de 2021, emitido en el Expediente de Supervisión N° 00059-2020-GSF, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) consignó el resultado de la verificación del cumplimiento de la Medida Correctiva impuesta a ENTEL mediante Resolución N° 261-2019-GG/OSIPTEL.
- 2.3. La DFI, mediante la carta N° 00947-DFI/2021 notificada el 12 de mayo de 2021, comunicó a ENTEL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (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 N° 261-2019-GG/OSIPTEL, 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.
- 2.4. Mediante escritos N° EGR-210/2021 y N° EGR-230/2021 recibidos el 25 de mayo de 2021 y 09 de junio de 2021, respectivamente, luego de la ampliación del plazo otorgada, ENTEL presentó sus descargos al PAS.
- 2.5. Con fecha 9 de julio de 2021, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 168-DFI/2021 (Informe Final de Instrucción), mediante el cual analiza los descargos presentados por ENTEL.
- 2.6. A través de la carta N° EGR-280/2021 recibida el 20 de julio de 2021, ENTEL presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción; los cuales fueron ampliados mediante escrito N° EGR-298/2021 recibido el 5 de agosto de 2021.
- 2.7. Mediante Memorando N° 437-GG/2021 de fecha 29 de octubre de 2021, la Gerencia General solicitó a la DFI se sirva evaluar dicha información y emitir su opinión, siendo así que la DFI a través del Memorando N° 1504-DFI/2021 de fecha 19 de noviembre de 2021 remitió su opinión respecto a la evaluación a los documentos presentados por ENTEL.
- 2.8. Mediante la Resolución N° 012-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 13 de enero de 2022, la Gerencia General resolvió, entre otros aspectos, sancionar a ENTEL con una multa de cincuenta y un (51) UIT, al haber incurrido en la comisión de la infracción tipificada en el artículo 25 del RGIS, por haber incumplido con lo estipulado en el artículo 5 de la Resolución N° 0261-2019-GG/OSIPTEL.
- 2.9. El 4 de febrero de 2022, a través de la carta N° EGR-247/2022, ENTEL interpuso Recurso de Reconsideración y, además, solicitó se le otorgue audiencia de informe oral.
- 2.10. Mediante la Resolución N° 079-2022-GG/OSIPTEL de fecha 18 de marzo del 2022, la Gerencia General resolvió denegar la solicitud de Informe oral y declaró infundado el Recurso de Reconsideración.
- 2.11. A través del escrito EGR-325/2022, recibido el 11 de abril de 2022, ENTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 079-2022-GG/OSIPTEL; y, solicitó el uso de la palabra en audiencia.



- 2.12. Teniendo en cuenta que, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 065-2022-CD/OSIPTEL de fecha 5 de abril de 2022, recaída en el Expediente N° 001-2021-GG-DFI/PAS, dicho órgano colegiado señaló, en atención a la aplicación de la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL, aprobada mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL (Metodología de Cálculo de Multas – 2021); que atendiendo a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos establecidos, esta podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto, lo cual implicaría un supuesto de aplicación de retroactividad en caso favorezca al infractor.
- 2.13. En atención a ello, mediante Memorando N° 527-OAJ/2022 del 16 de mayo de 2022 la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) que evalúe si atendiendo a la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, habría alguna variación respecto a la multa impuesta por la Primera Instancia; el cual fue atendido mediante el Memorando N° 654-DPRC/2022 de fecha 11 de noviembre de 2022.
- 2.14. Mediante escrito EGR-489/2022-AER, recibido el 10 de agosto de 2022, ENTEL presentó argumentos adicionales.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG) y el artículo 27 del RGIS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los fundamentos del Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL son los siguientes:

- 4.1. La resolución apelada vulneraría el Principio de Causalidad, debido a que ENTEL habría puesto a disposición de los ex abonados las devoluciones pendientes, en consecuencia, no se les podría realizar la devolución, si estos no se apersonan a las tiendas a cobrar el monto a favor.
- 4.2. La resolución apelada vulneraría el Debido Procedimiento y el Deber de Motivación de Actos Administrativos, debido a que el OSIPTEL, no explicaría la razón por la que no procedería la imposibilidad de devolución y ruptura de nexo causal alegada por la empresa operadora.
- 4.3. La resolución apelada vulneraría el Principio de Verdad Material y el Principio de Presunción de Veracidad, debido a que el OSIPTEL no habría verificado los documentos que prueban las acciones realizadas por ENTEL para el cumplimiento de la medida correctiva impuesta.

³ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de enero de 2019.



- 4.4. La resolución apelada vulneraría el Principio de Razonabilidad, debido a que la multa impuesta no conseguiría ninguna finalidad permitida por el derecho; de manera contraria, se estaría utilizando un enfoque únicamente punitivo.
- 4.5. En atención al Principio de Retroactividad Benigna corresponde recalcular la multa bajo la Metodología de Cálculo de Multas – 2021.

V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Sobre los argumentos señalados por ENTEL en su Recurso de Apelación, esta Oficina considera lo siguiente:

5.1. Respecto a la supuesta vulneración del Principio de Causalidad

ENTEL afirma que habría sido diligente y realizó sus máximos esfuerzos para cumplir a cabalidad con la Medida Correctiva impuesta, ya que, informó a los ex abonados sobre la existencia de los montos pendientes de devolución a su favor; en ese sentido, señala que la no devolución de dichos montos, no ocurre como consecuencia de la conducta de ENTEL, sino a la falta de acción de los propios ex abonados quienes no efectúan el cobro de sus acreencias pese a que se les ha informado sobre la existencia de estas.

De manera preliminar, es oportuno indicar que, conforme establecían los artículos 40⁴ y 45⁵ del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso (en adelante, TUDO de las Condiciones de Uso– vigentes al momento de la comisión de la infracción que dio origen a la medida correctiva–, 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 deban 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.

⁴ **Artículo 40.- Devolución por pagos indebidos o en exceso**

La empresa operadora se encuentra obligada a devolver a los abonados las sumas correspondientes a pagos indebidos o en exceso, aun cuando éstos no hubieren solicitado dicha devolución, incluyendo el respectivo interés. (...)

La devolución de las sumas correspondientes a pagos indebidos o en exceso, incluyendo aquella que se realice en cumplimiento de resoluciones emitidas en primera instancia administrativa o por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU), deberá ser efectuada por la empresa operadora, a más tardar en el recibo correspondiente al segundo ciclo de facturación inmediato posterior, o en caso no sea posible la devolución a través del recibo de servicio, en el plazo de dos (2) meses.

En cualquier caso, el plazo para la devolución se computará a partir de: (i) la detección del pago indebido o en exceso, o (ii) la fecha en que se notifique la resolución de primera instancia o del TRASU que da lugar a la devolución. Para el caso de devoluciones masivas ordenadas por OSIPTTEL, éstas deberán realizarse de acuerdo a lo determinado en la correspondiente comunicación o acto administrativo que ordene dicha devolución.”

[Subrayado agregado]

⁵ **Artículo 45.- Interrupción del servicio por causas no atribuibles al abonado**

Salvo las excepciones contenidas en la presente norma, en caso de interrupción del servicio debido a causas no atribuibles al abonado o usuario, la empresa operadora no podrá efectuar cobros correspondientes al período de duración de la interrupción, debiendo sujetarse a las siguientes reglas:

(i) Cuando la tarifa o renta fija correspondiente haya sido pagada en forma adelantada, la empresa operadora deberá devolver o compensar al abonado la parte proporcional al tiempo de interrupción del servicio, incluyendo el respectivo interés.

En todos los casos, la devolución o compensación al abonado de las sumas que correspondan por dichos conceptos se realizará en la misma moneda en que se facturó el servicio, encontrándose la empresa operadora impedida de realizar dicha devolución o compensación a través de una forma de pago distinta.

En caso se trate de servicios que utilizan sistemas de tarjeta de pago, la empresa operadora deberá informar a OSIPTTEL los mecanismos y metodología que utilizará para realizar la devolución o compensación a los abonados y usuarios.

La devolución o compensación se realizará conforme a los plazos establecidos en el artículo 40.

(...)”

[Subrayado agregado]



Ahora bien, conforme establece el artículo 1220 del Código Civil, se entiende efectuado el pago solo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación, es decir, cuando el acreedor acepta el pago. No obstante, el referido Código también regula la figura del pago por consignación como aquel que satisface el deudor con intervención judicial; dicha figura se presenta de manera excepcional, entre otros supuestos, cuando el acreedor está ausente, a fin de que este pueda ejercer su obligación y con ello quedar liberado.

Siendo así, y conforme al Principio de Legalidad contemplado en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG⁶, se considerará como cumplida la obligación de devolver solamente cuando la empresa operadora haya realizado la entrega efectiva de los montos correspondientes. Sin embargo, 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 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.

Ahora bien, atendiendo a lo sostenido por ENTEL en su Recurso de Apelación, es pertinente indicar que, el Principio de Causalidad, contemplado en el numeral 8 del artículo 248 del TUO de la LPAG, establece que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta activa u omisiva constitutiva de infracción. De ello se desprende que el incumplimiento imputado no debe encontrarse afectado por algún supuesto que determine la no imputabilidad por inejecución de obligaciones legales, tales como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias que no resulten atribuibles al administrado, por encontrarse fuera del control del mismo.

En ese sentido, coincidimos con lo señalado por la Primera Instancia cuando señala que 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 ocurre en el presente caso.

Ciertamente, y como es de pleno conocimiento de ENTEL, en un PAS anterior por la comisión de la misma infracción, el Consejo Directivo⁷ ha señalado lo siguiente:

“(…) resulta necesario indicar que el OSIPTEL exige el cumplimiento de la normativa, de forma imparcial e igualitaria, a todas las empresas operadoras del sector (según corresponda), considerando no sólo su alta especialización en telecomunicaciones, sino también tomando como premisa que todas deberían mostrar un comportamiento diligente a fin de ajustar su conducta a lo estipulado por la normativa.

Por tanto, considerando que la culpa o imprudencia está relacionada con la inobservancia del cuidado debido, la cual es exigida a los administrados -en este caso a ENTEL- respecto al cumplimiento de lo dispuesto mediante una norma; en la materia analizada en el presente informe, no se ha acreditado la diligencia debida para cumplir con la totalidad de devoluciones que la empresa operadora tenía pendientes”.

[Subrayado agregado]

⁶ “**Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

[Subrayado agregado]

⁷ Mayor detalle en la Resolución N° 154-2021-CD/OSIPTEL.



En ese sentido, el OSIPTEL exige el cumplimiento de la normativa, de forma imparcial e igualitaria, a todas las empresas operadoras del sector (según corresponda), considerando no solo su alta especialización en telecomunicaciones, sino también tomando como premisa que todas deberían mostrar un comportamiento diligente a fin de ajustar su conducta a lo estipulado por la normativa.

Por todo lo expuesto, no se ha afectado el Principio de Causalidad, por lo que los argumentos presentados por ENTEL en este extremo quedan desvirtuados.

5.2. Respeto a la supuesta vulneración del Debido Procedimiento y el Deber de Motivación de Actos Administrativos

ENTEL argumenta que la resolución impugnada transgrede el Debido Procedimiento, ya que la autoridad administrativa no explicaría la razón por la que no procedería la imposibilidad de devolución y ruptura de nexo causal alegada por la empresa operadora; siendo que el OSIPTEL, en opinión de la empresa operadora, solo restaría valor probatorio a las acciones que acreditarían los mayores esfuerzos de ENTEL para cumplir con la Medida Correctiva impuesta, infringiendo así el Debido Procedimiento y el Deber de Motivación de los Actos Administrativos.

Respecto a lo alegado por ENTEL, resulta necesario reincidir en el punto desarrollado anteriormente y señalar que, en anteriores pronunciamientos correspondientes a la evaluación de devoluciones a ex abonados, el Consejo Directivo del OSIPTEL estableció que se considerará como cumplida la obligación de devolver, cuando la empresa operadora haya realizado la entrega efectiva de los montos correspondientes.

En ese sentido, se tiene que la empresa operadora tiene pleno conocimiento de información personal asociada al ex abonado (tales como: correo electrónico, teléfono fijo asociado, domicilio, entre otros); por lo cual, resulta viable el cumplimiento efectivo de su obligación; por lo cual, el hecho de desplegar determinadas actividades sin ejecutar efectivamente las devoluciones, no exoneran de responsabilidad a la empresa operadora.

En efecto, contrariamente a lo señalado en el recurso de apelación de ENTEL, las disposiciones legales previstas en el artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso, así como la establecida en la medida impuesta, no contienen obligaciones que resultan imposibles de cumplir; ello, toda vez que, en caso de que, el beneficiario de la devolución ostente la condición de ex abonado, la empresa operadora tiene el deber de realizar la devolución de sumas correspondientes a pagos indebidos o en exceso, que no corresponden a la prestación efectiva del servicio.

Vale agregar también que, frente a la verificación de algún incumplimiento, la empresa operadora tiene la posibilidad de eliminar el nexo causal a partir de la acreditación de la configuración de eximentes de responsabilidad como el caso fortuito o fuerza mayor; no obstante, en el presente caso, ENTEL no ha presentado ningún medio probatorio a fin de acreditar dichas situaciones, siendo que debe tomarse en cuenta que –en principio– efectuar devoluciones y tener procedimientos y sistemas adecuados para ello, se encuentra dentro de su ámbito de control.



En consecuencia, no es posible afirmar que se ha vulnerado el Debido Procedimiento ni el Deber de Motivación de Actos Administrativos, desestimándose los argumentos esgrimidos por la empresa operadora en este extremo.

5.3. Respeto a la supuesta vulneración del Principio de Verdad Material y el Principio de Presunción de Veracidad

ENTEL argumenta que es deber del OSIPTEL verificar los hechos que sustenten sus decisiones; sin embargo, en su opinión, en el presente caso, no se habría verificado documentos que prueban las acciones realizadas por ENTEL, de manera contraria, estos no habrían sido considerados bajo el único criterio de que sí se podría efectuar devoluciones en casos donde los usuarios se encuentren de baja, aunque no se argumenta la manera en la que se efectuaría la devolución en estos casos.

Con relación a ello, contrariamente a lo señalado por ENTEL, la Primera Instancia sí evaluó la documentación remitida por esta, considerando que en reiterados pronunciamientos el Consejo Directivo ha señalado que la baja del servicio y la condición de ex abonado no constituye una imposibilidad para el cumplimiento de la obligación cuya infracción se imputa, lo contrario implicaría reconocer la imposibilidad de realizar el pago de cualquier deuda, luego de terminada una relación contractual. Teniendo en cuenta ello, la documentación remitida por ENTEL, si bien se encuentra referida a acciones que habría realizado a efectos de dar cumplimiento a su obligación, no acredita la imposibilidad de ubicar a dichos ex abonados.

Ahora bien, como hemos señalado anteriormente, el Consejo Directivo también ha señalado que, de manera excepcional, y atendiendo al Principio de Razonabilidad, 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. Sin embargo, en el presente caso, ENTEL se ha limitado a realizar la publicación en su página web, no habiendo siquiera realizado una comunicación directa a sus abonados.

De acuerdo a lo antes mencionado no se ha vulnerado el Principio de Verdad Material ni de Presunción de Veracidad, por lo que corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

5.4. Respeto a la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad

La empresa operadora arguye que se les estaría sancionando con una multa grave, a pesar de que (i) habría tenido una conducta colaborativa con la administración para cumplir con lo ordenado, (ii) habría demostrado haber agotado esfuerzos para cumplir con la medida correctiva y (iii) las líneas pendientes de devolución son líneas desactivadas donde el abonado no se ha apersonado a cobrar el monto a favor, aun cuando ENTEL ha puesto a disposición dichos cobros.

Por ese motivo, argumenta que sancionar a ENTEL, carecería de razonabilidad, pues imponer una multa no conseguiría ninguna finalidad permitida por el derecho, al contrario, se estaría utilizando un enfoque únicamente punitivo que va en contra del principio de razonabilidad.

Sobre el particular, se advierte que la Primera Instancia, en el marco del análisis del Principio de Razonabilidad, acorde con los subprincipios: i) Idoneidad o de adecuación, ii) Necesidad, y iii) Proporcionalidad en sentido estricto, determinó -en opinión que comparte este Consejo Directivo- que el PAS resultaba el medio idóneo para persuadir a ENTEL de no incurrir



nuevamente en la infracción que es materia de análisis, frente a la imposición de otras medidas.

Asimismo, para la determinación de sanciones se tuvieron en cuenta los criterios de graduación establecidos por el Principio de Razonabilidad en el TUO de la LPAG, según el cual, las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Así, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

- (i) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción.
- (ii) La probabilidad de detección de la infracción.
- (iii) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido.
- (iv) El perjuicio económico causado.
- (v) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- (vi) Las circunstancias de la comisión de la infracción.
- (vii) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Al respecto, ENTEL ha cuestionado que se haya considerado una probabilidad de detección alta, dado que, a su entender, corresponde una muy alta.

Con relación a ello, debe indicarse 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, tanto en la Guía de Multas – 2019 como en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, 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.

Adicionalmente, ENTEL ha señalado que, considerar como parte del beneficio ilícito el costo que debe incurrir la empresa para dar a conocer internamente la normativa, resulta desproporcional debido a que la conducta de ENTEL se debió a un error involuntario por parte de la empresa, dado que sí habría incurrido en costos para que su personal esté correctamente capacitado.

Sobre el particular, ENTEL consideramos que las capacitaciones deben estar orientadas al cumplimiento de la normativa vigente, para tal efecto, la empresa debe adoptar las medidas y/o establecer los mecanismos de control necesarios que garanticen que la capacitación y el personal contratado sea el idóneo, lo cual no ha quedado demostrado en este procedimiento.

En ese sentido, corresponde desestimar lo alegado por la empresa operadora en este extremo.

5.5. Sobre el Principio de Retroactividad Benigna

Conforme al Principio de Retroactividad Benigna⁸, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que

⁸ Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa



resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción; (ii) los plazos de prescripción; y, (iii) la sanción en sí.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto la multa impuesta a través de la Resolución N° 012-2022-GG/OSIPTEL fue calculada considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL⁹ (Guía de Multas – 2019), corresponde evaluar si la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 (vigente desde el 1 de enero de 2022) podría fijar una cuantía menor en la multa calculada bajo la metodología anterior.

Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; en ese sentido, a través del Memorando N° 654-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

Ahora bien, de acuerdo a ello, para determinar el valor de la multa que corresponde aplicar en el presente caso, la metodología a emplear se basa en la cuantificación del beneficio ilícito obtenido por su conducta. En este caso, la estimación del beneficio ilícito se consideran dos subcomponentes: (a) el costo evitado, calculado a partir del parámetro Mantygest y (b) el ingreso ilícito por los montos que no han sido devueltos y los intereses generados por las devoluciones fuera de plazo. A continuación, el valor estimado del beneficio ilícito es evaluado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora. En el presente caso, según el Informe Final de Instrucción, la probabilidad de detección es alta (0,75).

Así, de acuerdo a dicha evaluación, a continuación, se incluye un cuadro comparativo entre la multa resultante con la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 y la Guía de Multas – 2019):

Metodología de cálculo de Multas - 2021	Guía de Multas – 2019
22,6 UIT	51 UIT

Fuente: DPRC

Como puede apreciarse, del análisis de la favorabilidad de la aplicación de la Metodología de Multas – 2021 se advierte que, esta resulta más beneficiosa que la Guía de Multas – 2019. Así, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponde imponer el importe que resulta de

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

(...)

5.- Irretroactividad.- *Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.*

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.”

⁹ Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019



la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas – 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna; y, en tal sentido, corresponde modificar el monto de la multa impuesta por la Primera Instancia.

5.6. Sobre la solicitud de Uso de la Palabra

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

En la misma línea opina Morón tras analizar una sentencia del Tribunal Constitucional¹⁰ 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 motivadas¹¹.

Asimismo, el referido Tribunal también se ha manifestado sobre la “obligatoriedad” del informe oral y las consecuencias de no otorgarlo¹², bajo el siguiente fundamento:

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

En esa misma línea, el numeral (v) del artículo 22 del RGIS¹³ establece que 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.

Considerando lo señalado, 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.

¹⁰ Emitida en el Expediente N° 03075-2006-AA

¹¹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. (Tomo I. 12da edición). Lima: Gaceta Jurídica. 2017, pág. 81.

¹² 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.

¹³ Disposición incluida mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL vigente a partir del 29 de noviembre de 2021.



En el presente caso, se advierte que los argumentos planteados por ENTEL en su impugnación –principalmente de derecho–, 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.

De otro lado, conviene indicar que, en otros procedimientos administrativos sancionadores, en los que se analizó el incumplimiento de Medidas Cautelares referidas a las obligaciones de devolver, el Consejo Directivo otorgó audiencia a dicha empresa operadora.

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

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar **FUNDADO EN PARTE** el Recurso de Apelación interpuesto por ENTEL PERÚ S.A, contra la Resolución N° 079-2022-GG/OSIPTEL y, en consecuencia, **MODIFICAR** la multa de 51 UIT a 22,6 UIT.

Atentamente,

