A	**:**	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA **GERENTE GENERAL**
ASUNTO	**:**	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO CONTRA LA EMPRESA VIETTEL PERU S.A.C. POR EL INCUMPLIMIENTO DEL INDICADOR DE CALIDAD TINE EN EL TERCER TRIMESTRE DEL 2016
REFERENCIA	**:**	EXPEDIENTE Nº 0011-2018-GG-GSF/PAS
FECHA	**:**	**7 de noviembre de 2018**

	CARGO	**NOMBRE**
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA 1 EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - PRIMERA INSTANCIA	JUAN RANULFO CAVERO ALARCON
REVISADO POR		
APROBADO POR	COORDINADOR DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - PRIMERA INSTANCIA	MONICA ROXANA OROZCO MATZUNAGA

OSIPTEL PIA FGG J. CAVERO

Me dirijo a usted, en atención al expediente de la referencia, concerniente al procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a VIETTEL PERÚ S.A.C. (VIETTEL), por la presunta comisión de la infracción tipificada en el ítem 7 del "Anexo N° 15.- Régimen de Infracciones y Sanciones" del Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (el REGLAMENTO), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias, por haber incumplido lo dispuesto en el numeral 4.1 del Anexo N° 6 de la referida norma.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Informe Nº 00087-GSF/SSCS/2017 de fecha 11 de diciembre de 2017 (Informe de Supervisión), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF), emitió el resultado de la evaluación de los indicadores de calidad "Tasa de Intentos No Establecidos" (TINE) y "Tasa de Llamadas No Establecidas" (TLLI) del servicio público móvil de VIETTEL para el tercer trimestre del año 2016, seguida en el Expediente Nº 00067-2017-GSF (Expediente de Supervisión), cuyas conclusiones fueron - entre otras - las siguientes:

> *"**V. CONCLUSIONES***
> *(…)*
> *5.2. De acuerdo con los fundamentos expuestos en el numeral 4.3.1 del presente informe, VIETTEL PERÚ S.A.C. habría incumplido con lo dispuesto en el numeral 4.1 del Anexo Nº 6 del Reglamento de Calidad, en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali debido a que incumplió el valor objetivo del indicador TINE, correspondiente al tercer trimestre del 2016.*
>
> *En ese sentido, considerando que dicho incumplimiento se encuentra tipificado como infracción grave en el numeral 7° del Anexo 15 del Reglamento de Calidad, corresponde en tal extremo iniciar un procedimiento administrativo sancionador."*

2. Mediante carta Nº C.00250-GSF/2018, notificada el 9 de febrero de 2018, la GSF comunicó a VIETTEL el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el ítem 7 del "Anexo N° 15.- Régimen de Infracciones y Sanciones" del REGLAMENTO, al haber incumplido con el valor objetivo del indicador TINE, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4.1 del Anexo N° 6 de la referida norma, en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali.

3. VIETTEL mediante escrito S/N recibido el 19 de febrero de 2018, se apersonó al procedimiento y solicitó una prórroga de plazo para presentar sus descargos; solicitud que le fue concedida mediante carta C.00309-GSF/2018, en donde se le indica que el plazo para presentar sus descargos vence indefectiblemente el día 16 de marzo de 2018.

4. A través de la comunicación S/N, recibida el 26 de febrero de 2018, VIETTEL presentó sus descargos al Informe de Supervisión.

5. Con fecha 3 de agosto de 2018, la GSF remitió a la Gerencia General el Informe N° 000137-GSF/2018 (Informe Final de Instrucción), conteniendo el análisis de los descargos presentados por VIETTEL.

6. Mediante comunicación N° C.00597-GG/2018, notificada el 17 de agosto de 2018, se puso en conocimiento de VIETTEL el Informe Final de Instrucción, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles; sin que —a la fecha— la empresa operadora se haya pronunciado al respecto.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

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

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

Conforme con lo expuesto en el Informe de Supervisión, la empresa VIETTEL habría trasgredido lo establecido en el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, al verificarse que en relación al indicador TINE incumplió con el valor objetivo ≤ 3% en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali en el tercer trimestre del año 2016, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1
Resumen de incumplimientos imputados a VIETTEL

Indicador	Periodo	Departamentos	Julio	Agosto	Setiembre	Promedio trimestral
TINE	3er trimestre 2016	Apurímac	10.39 %	0.83 %	0.8 %	**4.01 %**
		Ayacucho	17.81 %	1.12%	2.32 %	**7.08 %**
		Loreto	4.97 %	11.77 %	2.34 %	**6.36 %**
		Madre de Dios	9.57 %	0.62 %	0.52 %	**3.57 %**
		Ucayali	18.95 %	16.3 %	5.54 %	**13.60 %**

Fuente: Informe de Supervisión

Cabe precisar que, la infracción establecida en el ítem 7 del "Anexo N° 15.- Régimen de Infracciones y Sanciones" del REGLAMENTO, se encuentra tipificada como infracción grave.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 230 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2017/JUS (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado[1], que pudiera exonerarla de responsabilidad.

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

[1] PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

Asimismo, de acuerdo a lo establecido por el artículo 250.3 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el PAS cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 237 del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a VIETTEL, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito y tampoco ha caducado[2] la facultad de resolver el presente PAS.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la empresa operadora en sus descargos, respecto a la imputación de cargos formulada por la GSF.

1. Análisis de Descargos

1.1. Respecto al incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 4.1 del Anexo 6 del REGLAMENTO

VIETTEL alega en sus descargos que existieron diversos motivos de carácter externo que afectaron los valores materia de cálculo del indicador TINE, tales como rotura de fibra óptica por acciones de terceros o inclusive causas desconocidas, que no pudieron ser previstas, por tratarse de eventos imprevisibles y fuera de control por parte de su representada.

Asimismo, VIETTEL sostiene que el OSIPTEL debe considerar las acciones de mejora llevadas a cabo por su representada, a fin de subsanar los inconvenientes presentados en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali, las mismas que se realizaron con anterioridad al inicio del presente PAS. De acuerdo a ello, hacemos alusión a los argumentos planteados por VIETTEL en este extremo:

Cuadro N° 2 – Argumentos planteados por VIETTEL

Departamento	Promedio Trimestral	Descargos formulados por VIETTEL
APURÍMAC	4.01 %	**Julio de 2016:** La afectación del indicador TINE se debió a la suma de dos (2) incidentes en las rutas DWDM: -Incidente N° 1 (27/07/2016): Enlace caído producido por rotura interna dentro de una caja de fusión en la ruta (inicio 05:00 horas a 08:00 horas). -Incidente N° 2 (27/07/2016): Alta atenuación ocasionada por el daño interno del cable de fibra (inicio 6:35 horas a 19:20 horas). Como acción correctiva señala que cuenta con una red de transmisión con diversas rutas backup; sin embargo, se presentaron dos (2) incidentes de manera casi simultánea, lo que generó que el tráfico se reoriente por una ruta de menor

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

[2] Teniendo en cuenta que el PAS se inició el 9 de febrero de 2018, fecha en la que se notifica la carta N° C.00250-GSF/2018, comunicando a VIETTEL la imputación de cargos.

Departamento	Promedio Trimestral	Descargos formulados por VIETTEL
		capacidad (3ra opción) así como por otra ruta (4ta opción), congestionando 14 sites en la ciudad de Apurímac. VIETTEL indica que como medida de solución, incrementó su enlace de respaldo a 10Gbps, adicionalmente, instaló un enlace adicional de respaldo con TDP en la costa sur.
AYACUCHO	7.08 %	**Julio de 2016:** La afectación del indicador TINE fue debido a la suma de 3 incidentes ocurridos en el mes de julio. -Incidente N° 1 (28/07/2016): Incidente DWDM AYA0010-AYA0032, producido por un camión que al levantar la tolva rompió la fibra óptica de VIETTEL (inicio 18:25 horas a 22:30 horas). Como acción correctiva indica que rentó más capacidad en el enlace arrendado a Azteca incrementando de 20 Mbps a 150 Mbps. -Incidente N° 2 (27/07/2016): Se produjeron dos enlaces caídos, el primero producido por la rotura interna dentro de una caja de fusión en la ruta (inicio 05:00 horas a 08:00 horas). Y el segundo, debido a una alta atenuación ocasionado por el daño interno del cable de fibra (inicio 06:35 horas a 19:20 horas). Como acción correctiva, VIETTEL incrementó el enlace de respaldo a 10 Gbps; adicionalmente instaló un enlace adicional de respaldo con TDP en la costa sur. Incidente Nº 3 (13/07/2016): Incidente que afectó la ruta de acceso, producido por un camión que al levantar la tolva rompió la fibra óptica de VIETTEL (inicio 12:09 horas a 16:10 horas). Como acción correctiva, VIETTEL rentó más capacidad en el enlace arrendado a Azteca, para evitar congestión.
LORETO	6.36 %	**Julio de 2016:** La afectación del indicador TINE se debió a la caída del enlace microondas entre los nodos LOR0036-LOR0037 que soporta la transmisión de Iquitos, por un problema en los equipos que abastecen de energía al nodo LOR0036 (inicio 19:00 horas a 22:00 horas). **Agosto de 2016:** La afectación del indicador TINE se debió a 4 incidentes en diferentes fechas durante el mes de agosto de 2016. -Incidente N° 1 (01/08/2016): Incidente generado por la degradación de uno de los 6 canales de transmisión que soporta la red backbone de Loreto, debido al mal clima de la zona (inicio 21:25 horas a 23:38 horas). -Incidente N° 2 (09/08/2016): Incidente generado por la rotura de fibra del enlace LOR0033-LOR0066, ocasionado por una rotura interna de los hilos de una caja de fusión producto del acumulación de agus dentro de ella por las lluvias constantes que causaron congestión en las BTS de Iquitos (inicio 20:25 horas a 10:02 horas del 10/08). Como acción correctiva señala que contaba con un enlace de respaldo vía microondas; y actualmente cuenta con dos enlaces de respaldo vía microondas. -Incidente N° 3 (14/08/2016): Se cayó el enlace microondas debido a un problema con el generador principal de la BTS LOR0036 (inicio 01:50 horas a 08:06 horas). -Incidente N° 4 (17/08/2016): Se debió a la caída del enlace de fibra, debido a que un camión rompió la fibra al levantar la tolva (inicio 16:40 horas a 22:30 horas). Como acción correctiva señala que actualmente tiene un enlace de respaldo microondas de 170 Mbps de capacidad y contrató un enlace adicional de respaldo de fibra de 5Gbps con TDP.

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

Departamento	Promedio Trimestral	Descargos formulados por VIETTEL
MADRE DE DIOS	3.57 %	**Julio de 2016:** La afectación del indicador TINE fue debido a la alta atenuación en nuestra fibra óptica en el enlace CUS107-MAD0010 el cual causó intermitencia en 5 sites. La atenuación se produjo debido a daños internos de los hilos de fibra óptica los días 01/07 (inicio 01:03 horas a 01:05 horas) y 02/07 (23:39 horas a 23:40 horas). Como acción correctiva realizó un mantenimiento de emergencia en el enlace y la atenuación volvió a los valores aceptados. Actualmente cuenta con un enlace de respaldo tant en equipos Huawei como ZTE.
UCAYALI	13.60	**Julio de 2016:** La afectación del indicador TINE fue a raíz del incidente en el enlace HUN0058-UCA0038 y JUN0058-UCA0016, además la caída de su enlace de respaldo con INTERNEXA causado por un plan fallido en su red, lo que generó la caída de 37 sites. -Incidente N° 1 (25/07/2016): Corte causado por un vehículo de gran tamaño (inicio 15:08 horas a 21:40 horas). -Incidente N° 2 (25/07/2016): Mantenimiento fallido por Internexa (inicio 15:08 horas a 21:40 horas). **Agosto de 2016:** La afectación del indicador TINE se debió al corte de fibra causado por la "Empresa Casa" mientras realizaba labores de poda en la zona el 06 de agosto (inicio 08:00 horas a 13:40 horas). Como acción correctiva VIETTEL señala que actualmente cuenta con mayor capacidad en el enlace de Internexa, además instaló un enlace adicional de microondas a fin de evitar congestión cuando suceda otro corte en el enlace principal. **Setiembre de 2016:** La afectación del indicador TINE se debió a un incidente en un enlace debido a un corte de fibra generado por causas naturales al caer un árbol sobre la fibra ocasionando su ruptura el 28/09/2016 (inicio 11:26 horas a 21:15 horas). Como acción correctiva VIETTEL señala que actualmente cuenta con mayor capacidad en el enlace de Internexa, además instaló un enlace adicional de microondas a fin de evitar congestión cuando suceda otro corte en el enlace principal.

Fuente: Descargos de VIETTEL

Al respecto, cabe señalar que los indicadores y parámetros de calidad son valores objetivos que determinan las condiciones mínimas para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo el objeto de la norma, conforme lo señalado en su Exposición de Motivos, incentivar la mejora de la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Sobre el particular, de acuerdo a lo establecido en el numeral 5.1 del artículo 5 del REGLAMENTO, el indicador **TINE** está definido como la relación, en porcentaje, de la cantidad de Intentos No Establecidos sobre el Total de Intentos. Este indicador se evalúa considerando todos los intentos de llamadas que se originan en la red de la empresa operadora, así como los que ingresan a ésta a través de los puntos de interconexión.

Así, a través del indicador TINE, se conoce el número de intentos de llamadas no establecidas por causas no atribuibles al usuario, y con su cumplimiento se busca establecer un nivel mínimo de calidad del servicio ofrecido que permita su

accesibilidad, determinando la capacidad de la red de las empresas operadoras para establecer llamadas.

Si bien VIETTEL solicita que se excluyan los eventos respecto de los cuales no tendría responsabilidad en la ocurrencia de las interrupciones que dieron como resultado el incumplimiento del indicador TINE, tales como roturas de fibra óptica por hechos de terceros, problemas climatológicos, entre otros; debe destacarse que la mera invocación por el imputado de un hecho excluyente de responsabilidad no basta para acreditar su ocurrencia, siendo necesario acompañar tal alegación con los medios probatorios suficientes que fundamenten la pretensión aducida[3], lo cual no ha ocurrido en el presente caso, a pesar que la empresa operadora ha contado en todo momento con la posibilidad de hacerlo, atendiendo a lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 170° del TUO de la LPAG, siendo que inclusive no presentó descargos al Informe Final de Instrucción.

Efectivamente, si bien corresponde a la Administración Pública la carga de la prueba, a efectos de atribuirle a los administrados las infracciones que sirven de base para sancionarlos, ante la prueba de la comisión de la infracción, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad, tal como observa Nieto García[4]; quien señala lo siguiente, 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 pueden resultar excluyentes de su responsabilidad".*

Ahora bien, es importante señalar que atendiendo a la obligación que tienen a cargo las empresas operadoras, de impulsar la mejora sostenida de los servicios móviles ofrecidos, les corresponde observar un nivel de diligencia tal, que implique evaluar aquellas situaciones que podrían restringir el cumplimiento de dicha obligación, debiendo adoptar las medidas necesarias que eviten que dicho cumplimiento se vea afectado.

En efecto, la exigencia de un deber de diligencia mayor al ordinario, ha sido desarrollada por la doctrina, al reconocerse que el nivel de exigencia es mayor para determinadas actividades, conforme lo señala De Palma del Teso[5]:

> *"El grado de diligencia que se impone desde el Derecho Sancionador Administrativo estará en función de diversas circunstancias: a) tipo de actividad, pues ha de ser superior la diligencia exigible a quien desarrolla actividades peligrosas; b) actividades que deban ser desarrolladas por profesionales en la materia; o c) actividades que requieran previa autorización administrativa, lo que supondría no sólo la asunción de obligaciones singulares sino también el compromiso de ejercerlas con la máxima diligencia.".*

En virtud a lo expuesto, toda vez que la responsabilidad subjetiva, no solo se encuentra asociada a la intencionalidad o no de la acción u omisión por parte del

[3] ALARCON SOTOMAYOR, Lucía, El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, Thomson Civitas, Navarra, primera edición, 2007, Pág. 398 y 399.
[4] NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ª. Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. Pág. 424.
[5] DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador.* Tecnos, 1996. P. 142.

sujeto, sino también se encuentra vinculada al correcto accionar del individuo, de la diligencia debida para evitar que se produzca determinado hecho; corresponde a la empresa operadora demostrar dicho aspecto; o, en todo caso, la concurrencia de una causa eximente de responsabilidad.

En el presente caso, si bien en sus descargos VIETTEL alega la existencia de eventos imprevisibles y fuera de su control que originaron que los valores del indicador de calidad TINE en el tercer trimestre del año 2016, en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali, superen el valor objetivo establecido en el numeral 4.1 del Anexo 6 del REGLAMENTO (≤ 3%), lo cierto es que VIETTEL no ha alcanzado documentación alguna que acredite la existencia de tales eventos, así como que no ha probado que su actuación no podía haber sido realizada de un modo distinto aun cuando hubiera actuado con la diligencia debida.

Adicionalmente, cabe tener en consideración, que de acuerdo con lo señalado en el Informe Final de Instrucción, la GSF verificó que VIETTEL no reportó en el Sistema de Reporte de Interrupciones de Servicios Públicos (SISREP), las afectaciones presentadas en Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali como consecuencia de las supuestas causas alegadas por la empresa operadora. De este modo, se verifica que la empresa operadora no efectuó reporte alguno en el SISREP relacionado al servicio móvil que haya impactado en el indicador de calidad TINE.

De igual forma, conviene indicar que conforme se aprecia en el Cuadro N° 2 del presente Informe, pese a que VIETTEL sostiene que frente a los eventos que generaron los deterioros en su indicador TINE, ejecutó diversas acciones correctivas como por ejemplo, incrementar el enlace de respaldo a 10 Gbps (Apurímac – Ayacucho), incrementar la capacidad rentada para evitar congestión (Ayacucho), aumentar la capacidad en el enlace microondas (Loreto), mantenimientos de emergencia (Madre de Dios); tampoco ha alcanzado medio probatorio alguno que demuestre haber adoptado tales acciones correctivas.

Aunado a ello, cabe señalar que, si bien VIETTEL señala haber implementado diversas acciones correctivas, esta instancia verifica que para el caso del departamento de Ucayali, por ejemplo, la empresa operadora señala que en los meses de agosto y setiembre de 2016 realizó la instalación de un enlace adicional de microondas con capacidad de 680 Mbps, con el fin de evitar congestión cuando suceda algún corte de fibra óptica en el enlace principal; asimismo, incrementó su capacidad de su enlace con Internexa; sin embargo, a pesar de dicha implementación se aprecia que para el cuarto trimestre de 2016, también incumplió con el valor del indicador TINE (5.28 %)[6], por lo que se evidenciaría que las acciones adoptadas no fueron las suficientes.

Aunado a lo previamente señalado, es pertinente tener en cuenta que no es la primera vez que se detecta un incumplimiento por parte de VIETTEL respecto del indicador TINE en el caso de Madre de Dios[7]; lo cual demuestra la falta de diligencia por parte de la empresa operadora a efectos de disponer las acciones necesarias que garanticen el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el REGLAMENTO.

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

[6] Sancionada en primera instancia a través de la Resolución Nº 0250-2018-GG/OSIPTEL.

[7] A través de los los Expedientes N° 00046-2017-GG-GSF/PAS (Primer Trimestre 2016) y N° 00047-2017-GG-GSF/PAS (segundo trimestre 2016), se viene tramitando un PAS ante VIETTEL, siendo sancionada en primera instancia a través de las Resoluciones N° 197-GG/2018 y N° 198-GG/2018, respectivamente.

Por otro lado, en relación a lo solicitado por VIETTEL respecto a la aplicación e atenuantes a afectos de determinar o no una sanción pecuniaria; nos remitimos al análisis desarrollado en el punto 3.2.

En ese sentido, corresponde desestimar los argumentos de defensa planteados por VIETTEL en sus descargos.

2. Sobre los eximentes de responsabilidad en el presente caso

Una vez determinada la comisión de las infracciones en el presente caso; corresponde que esta instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG, como en el artículo 5 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias[8].

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que VIETTEL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se produjeron como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que VIETTEL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Con relación a este eximente, se debe entender que por su propia naturaleza esta condición es aplicable en supuestos donde el administrado infractor es una persona natural respecto de la cual, se deberá acreditar el estado de incapacidad mental. Por tanto, no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.

- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que VIETTEL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que VIETTEL no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

[8] Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL.

- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a la que se refiere el inciso 3) del artículo 253 del TUO de la LPAG: Así, a efectos de aplicar la subsanación voluntaria deberán concurrir las siguientes circunstancias: (i) el cese de la conducta infractora; (ii) la subsanación debe ser voluntaria; (iii) la reversión de todo efecto derivado de la infracción; y, (iv) que la subsanación se haya producido con anterioridad a la fecha de comunicación del inicio del PAS.

  Respecto al cese de la conducta infractora, y en línea con lo señalado por la GSF en el Informe Final de Instrucción, debe señalarse que en el presente caso, por la naturaleza misma de la infracción, es decir, el incumplimiento del indicador objetivo de calidad TINE para el tercer trimestre del año 2016, no puede presentarse la figura de cese de la conducta, toda vez que el referido incumplimiento se configura con el cálculo del promedio simple del período en evaluación, y dicha situación no varía (no cesa) por algún posible cumplimiento posterior por parte de la empresa operadora en los siguientes trimestres, pues éstos últimos constituyen por sí mismos nuevos períodos de evaluación - distintos e independientes - y son objeto de nuevos expedientes de supervisión del indicador TINE.

  Del mismo modo, en cuanto a la reversión de los efectos del daño producido, debe precisarse que no es posible revertir todo efecto derivado de la presente infracción, toda vez que el indicador objetivo de calidad TINE se encuentra representado por las condiciones mínimas bajo las cuales VIETTEL debe prestar el servicio público móvil a nivel nacional durante un determinado trimestre. En ese sentido, el incumplimiento imputado a VIETTEL ha significado que los usuarios del servicio público móvil de los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali se vean afectados en dicho período por no contar con un servicio idóneo, que goce de las garantías mínimas establecidas por la norma a través del valor objetivo de calidad TINE. Por tanto, si en un siguiente trimestre evaluado para el mismo indicador se diera el caso que la empresa operadora cumpliera con los respectivos valores objetivos, ello de ningún modo significaría que la afectación sufrida por los usuarios durante el período evaluado en el presente PAS, hubiera desaparecido.

  En ese sentido, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.

En atención a lo expuesto, esta instancia considera que no procede la aplicación del eximente de responsabilidad establecida en el numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN.-

3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.-

A fin de determinar la graduación de las sanciones a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la

sanción considere criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; 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. Así, procede el siguiente análisis:

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

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30 de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley Nº 27336 (LDFF) (beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción).

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

De acuerdo a lo dispuesto en nuestro ordenamiento jurídico, el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO establece que la evaluación del indicador de calidad TINE se realizará trimestralmente para cada departamento, calculándose en el trimestre calendario el promedio simple de los valores reportados mensualmente por la empresa operadora y validados por el OSIPTEL; siendo que, dicho resultado deberá ser ≤ 3%.

En dicho contexto, el beneficio ilícito obtenido por VIETTEL, está representado por los costos involucrados en todas aquellas actividades —implementación de nuevos sistemas y/o procesos— que debió adoptar la empresa operadora, dirigidas a la obtención de un valor promedio simple trimestral del TINE menor o igual al valor objetivo establecido en el REGLAMENTO (≤ 3%) para los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali.

ii. Probabilidad de detección de la Infracción:

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

En el caso de la verificación del cumplimiento del valor objetivo del indicador TINE, por la naturaleza misma de la infracción, y a diferencia de lo señalado por la GSF en el Informe Final de Instrucción, la probabilidad de detección de la misma es muy alta, toda vez que la verificación del incumplimiento se efectúa con la información publicada por la propia empresa operadora. Asimismo, la verificación del referido incumplimiento se realiza periódicamente (de manera trimestral).

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

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

Con relación a este extremo, tal como se ha indicado previamente, de lo actuado se verifica que VIETTEL no cumplió con el valor objetivo del indicador TINE (≤ 3%) durante el tercer trimestre del año 2016, en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali.

Conviene precisar que el objetivo general del procedimiento para la medición, cálculo, reporte y evaluación del indicador de calidad del servicio público móvil TINE es impulsar la mejora sostenida de los servicios públicos móviles ofrecidos por las empresas operadoras, y entre los objetivos específicos está conocer la proporción de llamadas que no se llegan a establecer por causas no atribuibles al usuario, determinar la capacidad de la red para establecer llamadas, establecer un nivel mínimo de calidad del servicio ofrecido que permita la accesibilidad del servicio, brindar información a los usuarios que permita la comparación de la calidad de los servicios ofrecidos por las empresas operadoras, de modo que puedan tomar decisiones de consumo debidamente informados, e incentivar la competencia por calidad entre las empresas operadoras

El incumplimiento del valor objetivo del indicador TINE incide directamente en la calidad de la prestación del servicio público móvil, en la medida que al encontrarse los valores del indicador TINE por encima del valor objetivo (≤ 3%), se refleja una cantidad de llamadas que no pudieron establecerse en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali, lo que trae como consecuencia, que se afecte directamente la calidad del servicio móvil en dicho departamento en el referido trimestre.

En el presente caso, estamos frente a infracciones que afectan directamente el derecho de los usuarios y/o abonados constituido por el deber que tiene la empresa operadora de garantizar estándares mínimos de calidad a sus abonados o usuarios; en particular, ello se refleja en la cantidad de intentos de llamadas que no pudieron establecerse en los departamentos imputados.

De esta manera, VIETTEL habría incurrido en cinco (5) infracciones graves, de acuerdo al ítem 7 del Anexo N° 15 del Régimen de Infracciones y Sanciones del REGLAMENTO, por lo que correspondería la aplicación de cinco (5) multas cada una de entre cincuenta y uno (51) UIT hasta ciento cincuenta (150) UIT, de conformidad con lo establecido por el artículo 25 de la LDFF.

iv. Perjuicio económico causado:

Este criterio hace referencia al daño de tipo pecuniario que pudiesen sufrir los administrados frente a comportamientos antijurídicos por parte de las empresas concesionarias.

En el presente caso, respecto al incumplimiento del numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, no existen elementos que permiten cuantificar el daño económico causado por el incumplimiento de la obligación de VIETTEL de no sobrepasar el valor objetivo del indicador TINE en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali, en el tercer trimestre del año 2016.

v. Reincidencia:

En este caso en particular, no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

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

Si bien VIETTEL en sus descargos indica que los incumplimientos detectados tuvieron sus orígenes en circunstancias y/o hechos ajenos a su control, motivo por el cual su representada no tendría responsabilidad, de lo desarrollado en el presente Informe, se verifica que la empresa operadora no ha remitido evidencia probatoria que corrobore tal versión ni que la exime de responsabilidad por el incumplimiento del numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO.

Aunado a ello, cabe señalar que, si bien VIETTEL señala haber implementado diversas acciones correctivas, esta instancia verifica que las acciones adoptadas no fueron las suficientes, en la medida que posteriormente se siguieron suscitando los incumplimientos del indicador TINE, como por ejemplo en el departamento de Ucayali.

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

En este extremo, no ha quedado acreditada la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones por el incumplimiento del numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO.

3.2 Respecto de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 255 del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18 del RFIS.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 255 del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

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

- Otros que se establezcan por norma especial.

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

Es importante precisar que, la norma que se encontraba vigente al momento de la comisión de las infracciones era el artículo 18 del RFIS, conforme a su texto normativo vigente antes de la modificación de dicho Reglamento, el cual establecía que la empresa operadora podría verse beneficiada de un descuento entre 30% a 60%, siempre que se acredite que se ha producido el cese de los actos u omisiones que constituyan infracciones y la reversión de todo efecto derivado, dentro del quinto día de iniciado el PAS.

Siendo que en el presente caso no se ha producido el cese de las infracciones, no podría ser aplicado el beneficio señalado; sin embargo, procederemos a analizar si se han configurado los factores atenuantes de responsabilidad establecidos por el artículo 18 del RFIS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 56-2017-CD/OSIPTEL (que modificó el texto original del RFIS), por corresponder a una norma más beneficiosa y vigente a la fecha de imposición de la sanción.

De lo actuado en el expediente, se advierte que VIETTEL no ha presentado documento alguno en el que reconozca su responsabilidad de manera expresa; por lo que no se ha configurado el reconocimiento expreso y por escrito de la responsabilidad en los términos exigidos por el TUO de la LPAG y el RFIS.

Por su parte, conforme a lo desarrollado en el presente Informe, se advierte que dada la naturaleza de la infracción, la misma no es susceptible de cesar ni revertir los efectos del incumplimiento.

Por otro lado, en relación a la implementación de medidas a fin de no volver a incurrir en el incumplimiento del numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, si bien VIETTEL en sus descargos alega que el OSIPTEL debe considerar las acciones de mejora llevadas a cabo a fin de subsanar los inconvenientes presentados en el los departamentos imputados, tales como incrementos de enlaces de respaldo, incrementos en la capacidad de los respaldos rentados, instalación de enlaces microondas adicionales, entre otros, corresponde señalar que no obra en el presente PAS medio probatorio alguno que permita acreditar tal afirmación; en ese sentido, no corresponde la aplicación del presente atenuante.

Por tal motivo, teniendo en consideración lo desarrollado precedentemente, no corresponde la aplicación de ningún atenuante de responsabilidad.

3.3 Capacidad económica del sancionado.-

El artículo 25 de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2017, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por VIETTEL en el año 2016.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

De acuerdo a lo analizado precedentemente, se concluye lo siguiente:

1. Se ha verificado que VIETTEL PERÚ S.A.C. incumplió con lo establecido por el

numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, al haber obtenido valores superiores al valor objetivo del indicador TINE ≤ 3% en el tercer trimestre del año 2016 en el departamento de Apurímac, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.

2. Se ha verificado que VIETTEL PERÚ S.A.C. incumplió con lo establecido por el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, al haber obtenido valores superiores al valor objetivo del indicador TINE ≤ 3% en el tercer trimestre del año 2016 en el departamento de Ayacucho, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.

3. Se ha verificado que VIETTEL PERÚ S.A.C. incumplió con lo establecido por el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, al haber obtenido valores superiores al valor objetivo del indicador TINE ≤ 3% en el tercer trimestre del año 2016 en el departamento de Loreto, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.

4. Se ha verificado que VIETTEL PERÚ S.A.C. incumplió con lo establecido por el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, al haber obtenido valores superiores al valor objetivo del indicador TINE ≤ 3% en el tercer trimestre del año 2016 en el departamento de Madre de Dios, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.

5. Se ha verificado que VIETTEL PERÚ S.A.C. incumplió con lo establecido por el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, al haber obtenido valores superiores al valor objetivo del indicador TINE ≤ 3% en el tercer trimestre del año 2016 en el departamento de Ucayali, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.

6. Respecto de los incumplimientos detectados en los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali, derivados de la obligación contenida en el numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, esta instancia considera que no concurren las condiciones de eximentes ni atenuantes de responsabilidad, contempladas en los numerales 1 y 2 del artículo 255 del Texto Único de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, respectivamente.

7. Luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG, principalmente, el beneficio ilícito, probabilidad de detección y la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; y tomando en cuenta que el incumplimiento del numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, afecta directamente el derecho de los usuarios y/o abonados constituido por el deber que tiene la empresa operadora de garantizar estándares mínimos de calidad a sus abonados o usuarios; en particular, ello se refleja en la cantidad de intentos de llamadas que no pudieron establecerse en los departamentos imputados; esta instancia recomienda:

    - **MULTAR** a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C., con cinco (5) multas de cincuenta y un (51) UIT, por cada uno de los incumplimientos detectados, al haber incurrido en la comisión de las infracciones graves tipificadas en el ítem 7 del Anexo N° 15 del Reglamento General de Calidad de los

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO

Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL, por haber incumplido con lo estipulado en el numeral 4.1 del Anexo 6 de la referida norma, respecto de los departamentos de Apurímac, Ayacucho, Loreto, Madre de Dios y Ucayali, en el tercer trimestre del año 2016.

Se remite un proyecto de resolución y carta de notificación para su tramitación, de considerarlo conforme.

Atentamente,

Firmado digitalmente por:OROZCO MATZUNAGA Monica Roxana FAU 20216072155 soft

Se adjunta: Expediente N° 00011-2018-GG-GSF/PAS
Expediente de Supervisión N° 00067-2017/GSF

OSIPTEL PIAFGG J. CAVERO