



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 127-2017-CD/OSIPTEL

Lima, 19 de octubre de 2017.

EXPEDIENTE N°	:	00079-2016-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00186-2017-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	VIETTEL PERÚ S.A.C.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Viettel Perú S.A.C. (en adelante, VIETTEL) contra la Resolución N° 00186-2017-GG/OSIPTEL, que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 00135-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le impuso una multa de cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 120° de la misma norma, al no haber remitido setenta y dos (72) mecanismos de contratación.
- (ii) El Informe N° 244-GAL/2017 del 12 de octubre de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y;
- (iii) El Expediente N° 00079-2016-GG-GFS/PAS y el Expediente N° 00119-2016-GG-GFS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Carta C. 02388-GFS/2016, notificada el 1 de diciembre de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) comunicó a VIETTEL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 120° de la misma norma, al no haber remitido setenta y dos (72) mecanismos de contratación requeridos por el OSIPTEL.
2. El 5 de diciembre de 2016, VIETTEL solicitó prórroga de quince (15) días hábiles para la presentación de sus descargos; ampliación que fue concedida mediante Carta C. 02418-GFS/2016, notificada el 6 de diciembre de 2017.
3. El 6 de enero de 2017, VIETTEL presentó sus descargos.



4. Mediante Carta N° C. 008-GSF/2017, notificada el 25 de abril de 2017, la GSF comunicó a VIETTEL el archivo del procedimiento de supervisión respecto del artículo 9° del TUO de las Condiciones de Uso¹; supervisado conjuntamente con el artículo 120° de la referida norma, en el Expediente N° 00119-2016-GG-GFS. Al respecto, se le otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de alegatos.
5. El 3 de mayo de 2017, VIETTEL solicitó prórroga al plazo otorgado; solicitud que fue atendida mediante Carta N° C. 00080-GSF/2017, notificada el 5 de mayo de 2017.
6. Mediante escrito recibido el 10 de mayo de 2017, VIETTEL presentó alegatos adicionales solicitando el archivo del PAS.
7. Mediante Carta N° C. 00516-GG/2017, notificada el 25 de mayo de 2017, se notificó a VIETTEL el Informe N° 00022-GSF/2017, que contiene el análisis de sus descargos; a fin de que remita sus comentarios en el plazo de cinco (5) días hábiles².
8. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00135-2017-GG/OSIPTEL del 22 de junio de 2017, notificada el 23 de junio de 2017, se resolvió:

*“Artículo 1°.- **MULTAR** a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C. con CINCO (5) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 120° de la misma norma, al no haber remitido setenta y dos (72) mecanismos de contratación detallados en el Anexo adjunto; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución”.*

9. El 17 de julio de 2017, VIETTEL interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00135-2017-GG/OSIPTEL. Dicha impugnación fue declarada infundada a través de la Resolución de Gerencia General N° 00186-2017-GG/OSIPTEL del 23 de agosto de 2017, notificada el 24 de agosto de 2017.
10. El 15 de setiembre de 2017, VIETTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 00186-2017-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL (en adelante, RFIS), y los artículos 216° y 218° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General³ (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por VIETTEL, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

¹ Referido a la obligación de conservar la información que acredite la solicitud y/o aceptación por parte del abonado de la contratación de servicios públicos de telecomunicaciones.

² Cabe anotar, que VIETTEL no presentó comentarios al citado informe.

³ Aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.



M

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de VIETTEL son los siguientes:

- 3.1. La falta de entrega de los mecanismos de contratación requeridos por el OSIPTEL, obedeció a un “error involuntario”.
- 3.2. Sobre la determinación de la sanción, señala que se debe tener en consideración la probabilidad de detección, las circunstancias de la comisión de la infracción y los factores atenuantes de responsabilidad.

IV. ANÁLISIS

Con relación a los argumentos formulados por VIETTEL, cabe señalar lo siguiente:

4.1 **Sobre el error involuntario en la falta de entrega de información**

VIETTEL señala que las complicaciones presentadas en la recolección y presentación oportuna de la información requerida por el OSIPTEL, obedecieron a un “error involuntario”; error que sostiene es de carácter invencible, al no ser una empresa especializada en procesos de almacenamiento y manejo operativo de documentación, sino de servicios públicos de telecomunicaciones.

Agrega VIETTEL, que dichas complicaciones han sido corregidas mediante la reiteración de directivas de almacenamiento y manejo de documentación.

Al respecto, tal como se aprecia en el Informe N° 836-GFS/2016 de fecha 28 de noviembre de 2016, emitido en el Expediente N° 00119-2016-GG-GFS (que corresponde al procedimiento de supervisión), VIETTEL transgredió el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, al no haber remitido de manera oportuna los mecanismos de contratación de setenta y dos (72) líneas móviles, requeridos por el OSIPTEL⁴.

De otro lado, sobre el error de carácter invencible alegado por VIETTEL, cabe hacer mención a lo señalado en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 056-2014-CD/OSIPTEL, N° 037-2013-CD/OSIPTEL y N° 143-2013-CD/OSIPTEL:

“El deber de cuidado está directamente relacionado con la diligencia que el administrado debe tener a efectos de evitar incurrir en un posible incumplimiento, máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento y, por ende, debida observancia, resulta exigible al administrado”.

“En este punto, conviene referir que la doctrina –que se sabe constituye fuente del Derecho–, sostiene que para que el error sea una causa exculpante, debe ser invencible; esto es, que no puede evitarse ni empleando la diligencia exigible (). Asimismo, se considera que la diligencia debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor (...)

⁴ “Artículo 120.- Carga de la prueba (...)

La empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117.” (subrayado agregado)

⁵ REBOLLO PUIG, Manuel y otros. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Lex Nova. 1° Edición. España, 2010. Pág. 328.



(...) el nivel de diligencia exigido a TELEFÓNICA debe ser alto, puesto que dicha empresa, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado”.

(Énfasis nuestro)

De este modo, para este Consejo Directivo, toda empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones debe adoptar un comportamiento diligente para dar cumplimiento a las obligaciones que les resultan exigibles.

En ese sentido, se advierte que VIETTEL no ha acreditado haber tenido una conducta diligente para el cumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso; en la medida que no resulta admisible desatender un deber legal que se encuentra implícito dentro de su actividad, como lo es tener mecanismos idóneos implementados para la obtención de información cuando le sea requerida. Por tanto, de cara a este Organismo Regulador, VIETTEL resulta responsable por la entrega de la información que le sea solicitada, sin importar que el almacenamiento y manejo de la misma esté a cargo de la propia empresa o mediante un tercero contratado para tal fin.

Adicionalmente, es preciso señalar que si bien VIETTEL remitió información extemporánea respecto de diez (10) casos⁶, a la fecha dicha empresa aún mantiene el incumplimiento respecto de sesenta y dos (62) casos; lo cual evidencia la continuidad de la conducta infractora.

Finalmente, con relación a las medidas adoptadas para corregir los inconvenientes presentados para dar atención a los requerimientos de información; el tema será materia de análisis en el numeral siguiente.

4.2 Sobre la probabilidad de detección, las circunstancias de la comisión de la infracción y los factores atenuantes de responsabilidad en la graduación de la sanción

VIETTEL considera que se deben tener en cuenta las circunstancias de la comisión de la infracción; dado ha corregido su conducta con la reiteración de las directivas a través de procesos de capacitación y el inicio de procedimientos de supervisión y fiscalización de su personal.

Agrega VIETTEL, que la Gerencia General no tuvo en consideración, al momento de graduar la sanción, el carácter atenuante de nueve (9) mecanismos de contratación, los cuales fueron remitidos durante el trámite del PAS.

Finalmente, VIETTEL considera que la calificación de la probabilidad de detección de la infracción es alta y no media, como se ha calificado en la Resolución de Gerencia General N° 000135-2017-GG/OSIPTEL; afirmando que el OSIPTEL cuenta con la posibilidad permanente para realizar el seguimiento en las acciones de supervisión.

En cuanto a las circunstancias de la comisión de la infracción, si bien VIETTEL alega haber corregido su conducta infractora mediante capacitaciones y acciones de supervisión; no ha aportado medio probatorio alguno que acredite ello. Por tal

⁶Nueve (9) en el trámite del PAS y uno (1) con el Recurso de Reconsideración.



motivo, no es posible considerar tal supuesto como un factor atenuante en la graduación de la sanción; menos aún si el incumplimiento todavía persiste.

Con relación a los nueve (9) mecanismos de contratación que fueron remitidos de forma extemporánea, es preciso señalar que la Primera Instancia sí los tuvo en consideración al graduar la sanción por el incumplimiento del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso. En efecto, de los setenta y dos (72) casos por los cuales se inició el PAS, solo se consideraron sesenta y tres (63) para la determinación de la multa.

Por último, cabe señalar que la probabilidad de detección de una infracción, como criterio de razonabilidad para la determinación de la sanción, obedece al grado de posibilidad de ser descubierta por parte del Ente Regulador.

En este caso en particular, la Primera Instancia determinó una probabilidad de detección media, al afirmar lo siguiente:

“... el OSIPTEL, para determinar la comisión de la infracción, tiene que comparar la data remitida por la empresa operadora con las fechas de vencimiento de los requerimientos efectuados en las acciones de supervisión”.

Sin embargo, este Colegiado considera que para la detección del incumplimiento de la conducta imputada en el presente PAS, se debe tener en cuenta el momento en el que efectivamente ocurre la conducta infractora; esto es, con el término del plazo otorgado para la remisión de información, mediante la comunicación dirigida a la empresa operadora. En efecto, el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, establece lo siguiente:

“Artículo 120.- Carga de la prueba

La carga de la prueba respecto de la solicitud y/o aceptación a que se refiere el artículo 117 y de lo dispuesto en el artículo 118, corresponde a la empresa operadora.

La empresa operadora tiene la obligación de suministrar al abonado y a OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los actos señalados en el artículo 117.”

(subrayado agregado)

En ese sentido, la probabilidad de detección que corresponde para este tipo de incumplimiento es alta, dado que la infracción puede advertirse al vencimiento del plazo concedido por el OSIPTEL para la entrega de la información (mecanismos de contratación). Así, en cuanto a los hechos objeto de investigación en el presente PAS, el incumplimiento fue detectado por la GSF al término del plazo otorgado a VIETTEL para la remisión de información, mediante Cartas C. 1791-GFS/2016, C. 1222-GFS/2016 y C. 2183-GFS/2016.



⁷ “Artículo 117.- Finalidad de los mecanismos de contratación

Mediante los mecanismos de contratación las personas naturales o jurídicas, manifiestan su voluntad de solicitar o aceptar: (i) la contratación; (ii) la resolución; (iii) la modificación de los términos o condiciones de la contratación; (iv) la migración a planes tarifarios; (v) la afiliación a tarifas promocionales, que requieran aceptación o solicitud previa por parte del abonado; o (vi) cualquiera de las prestaciones contempladas en la presente norma.

Los actos a que se hace referencia en el párrafo precedente, se aplican respecto de cualquier servicio público de telecomunicaciones, incluyendo servicios suplementarios o adicionales u otras prestaciones derivadas o vinculadas con la prestación del servicio.”



Por tanto, en aplicación del Principio de Razonabilidad, corresponde la reducción de la multa impuesta, de cinco (5) UIT a dos (2) UIT.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 651.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar PARCIALMENTE FUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 00186-2017-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, MODIFICAR la sanción impuesta por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, de cinco (5) UIT a dos (2) UIT; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer de las acciones necesarias para:

- (i) La notificación de la presente Resolución a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C;
- (ii) La publicación de la presente Resolución, conjuntamente con las Resoluciones N° 00186-2017-GG/OSIPTEL y N° 00135-2017-GG/OSIPTEL, en el portal web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe; y,
- (iii) Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines respectivos.



Regístrese y comuníquese.




RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo