



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

| | |
|---------|--------|
| OSIPTEL | FOLIOS |
| GG | 97 |

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

N° 00186-2017-GG/OSIPTEL

Lima, 23 de agosto de 2017

| | | |
|---------------|---|----------------------------|
| EXPEDIENTE N° | : | 00079-2016-GG-GFS/PAS |
| MATERIA | : | Recurso de Reconsideración |
| ADMINISTRADO | : | VIETTEL PERÚ S.A.C. |

VISTO: el Recurso de Reconsideración presentado por VIETTEL PERÚ S.A.C. (VIETTEL) con fecha 17 de julio de 2017, contra la Resolución de Gerencia General N° 00135-2017-GG/OSIPTEL;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

- Mediante el Informe de Supervisión N° 836-GFS/2016 (Informe de Supervisión), emitido en el Expediente de Supervisión N° 00119-2016-GG-GFS (Expediente de Supervisión), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 120° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los servicios de telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL; por parte de VIETTEL, respecto de la obligación de suministrar cuando se le requiera, la información que acredite la solicitud y/o aceptación, por parte del abonado, de la contratación de los servicios públicos móviles; seguido en el Expediente de Supervisión, cuyas conclusiones fueron las siguientes:

"V. CONCLUSIONES

VIETTEL PERÚ S.A.C. habría transgredido lo dispuesto por el artículo 120° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, toda vez que ante el requerimiento de OSIPTEL no habría remitido el mecanismo de contratación de setenta y dos (72) líneas solicitadas."

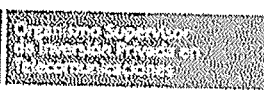
- A través de la carta N° 02388-GFS/2016 notificada el 01 de diciembre de 2016, se comunicó a VIETTEL el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO las Condiciones de Uso, al haberse verificado, de acuerdo al Informe de Supervisión, el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 120° del TUO las Condiciones de Uso.
- Mediante comunicación S/N recibida el 06 de enero de 2017, VIETTEL presentó sus descargos (Descargos 1).
- Mediante comunicación S/N recibida el 10 de mayo de 2017, VIETTEL alcanzó sus alegatos adicionales (Descargos 2).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros



5. Con fecha 11 de mayo de 2017, la GSF remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 00022-GFS/2017 (Informe Final de Instrucción).
6. Mediante comunicación N° C.00516-GG/2017 notificada el 24 de mayo de 2017, en cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 5) del artículo 253° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS¹ se puso en conocimiento de VIETTEL el Informe Final de Instrucción, a fin que formule descargos en un plazo de cinco (05) días hábiles.
7. Con Resolución N° 00135-2017-GG/OSIPTEL notificada el 23 de junio de 2017, se dispuso sancionar a VIETTEL con una multa de 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, 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.
8. Por medio del escrito S/N remitido el 17 de julio de 2017, VIETTEL presenta su Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 00135-2017-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA.-

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 216.2 del artículo 216° del TUO de la LPAG, el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios; los cuales deberán ser contados desde el día siguiente de la notificación del acto impugnado.

Asimismo, conforme a lo señalado en el artículo 217° del TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y debe sustentarse en nueva prueba.

Ahora bien, VIETTEL en su recurso considera que esta instancia debe revocar la resolución impugnada por los siguientes fundamentos:

- a. Señalan que el incumplimiento se debió a una omisión involuntaria generada por un error de coordinación.
- b. Solicita una nueva evaluación de la infracción imputada en atención a la nueva prueba adjuntada —Copia del contrato del señor ██████████— (Prueba 1), la cual brinda mayor respaldo a la posición expuesta en sus descargos respecto al carácter involuntario de la omisión.
- c. Consideran que los mecanismos de contratación remitidos durante el procedimiento administrativo constituyen una atenuante de responsabilidad, puesto que desvirtúa un presunto beneficio ilícito obtenido por VIETTEL.

Cabe señalar que, conforme lo dispone el TUO de la LPAG, el recurso de reconsideración exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado. Por su parte, señala que la impugnación cuyo sustento sea una



¹ Publicado en el Diario Oficial "El Peruano" el 20 de marzo de 2017

diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un Recurso de Apelación.

En esa línea, MORÓN URBINA² señala lo siguiente:

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

Considerando lo indicado, esta instancia emitirá únicamente pronunciamiento respecto a los argumentos expuestos por VIETTEL que se encuentren respaldados en nuevas pruebas que sustentarian su recurso de reconsideración.

En consecuencia, no resulta pertinente para la evaluación del presente Recurso de Reconsideración, el pronunciamiento respecto de los argumentos presentados por la empresa operadora señalados en el literal a) y c); a través del cual reitera los fundamentos expuestos en sus descargos.

De la revisión del recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido, de acuerdo con los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las disposiciones citadas anteriormente; por lo que, cabe admitir la interposición del referido recurso.

Siendo así, corresponde referirse a los argumentos de VIETTEL sustentados en las nuevas pruebas presentadas.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.-

Conforme se ha indicado, el análisis del presente Recurso de Reconsideración versará sobre el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 120³ del TUP de las Condiciones de Uso por parte de VIETTEL, en cuanto a su obligación de suministrar al OSIPTEL, cuando le sea requerido, la información que acredite la solicitud y/o aceptación de los mecanismos de contratación a los que hace referencia el artículo 117⁴ del mismo cuerpo normativo, a la luz de la nueva prueba presentada por la empresa operadora.

² MORÓN URBINA, Juan Carlos "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, Pág. 620.

³ 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.

⁴ 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."





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio de Transportes y Comunicaciones

VIETTEL pretende eximirse de responsabilidad presentando como **Nueva Prueba** la copia de un (01) contrato suscrito por el señor [REDACTED] respecto de la línea [REDACTED]

Alega que la **Nueva Prueba** que sostiene su Recurso de Reconsideración evidenciaría el carácter involuntario del cumplimiento tardío (sic) y desvirtuaría que dicha omisión fue un acto intencional.

Al respecto, conviene indicar que el contrato remitido como **Nueva Prueba** por VIETTEL no es idóneo para desvirtuar su responsabilidad por el incumplimiento de lo regulado por el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, en la medida que la remisión extemporánea de un mecanismo de contratación solicitado con anterioridad, no convalida la infracción detectada, en tanto, —como se ha explicado precedentemente, los mecanismos de contratación requeridos deben ser entregados al OSIPTEL en la oportunidad en que éste lo solicite, lo cual supone que existe un requerimiento con un plazo específico y que la entrega de la información sea acorde con el tiempo otorgado, es decir oportuna.

En ese sentido, la entrega extemporánea de los mecanismos de contratación solicitados por el Regulador constituye infracción en los términos del artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso; por lo que la **Nueva Prueba** remitida por VIETTEL no enerva su responsabilidad por no haber entregado en su oportunidad setenta y dos (72) mecanismos de contratación solicitados por el OSIPTEL.

En cuanto al argumento referido a que la **Nueva Prueba** desvirtuaría que el incumplimiento detectado y sancionado se originó en un error de coordinación y que no fue un acto intencional, conviene señalar que en el campo del Derecho Administrativo Sancionador el "error" puede ser objeto de punición, "pero no porque se prescindiera del dolo o culpa en la acción, sino porque se infringe el deber de cuidado o diligencia en la evitación de un daño previsible"⁵.

Dichos incumplimientos —según describe VIETTEL— no fueron intencionales y se originaron en un error de coordinación; asimismo, que a lo largo del presente PAS fueron presentados los mecanismos de contratación solicitados en una importante cantidad.

Sobre el particular, debemos señalar que los argumentos antes mencionados han sido alegados por VIETTEL desde el inicio del presente PAS, siendo que ante ello, esta Instancia ha señalado que resulta importante determinar el carácter vencible o invencible del error, puesto que de ello dependerá la atribución de responsabilidad a la empresa operadora o su exclusión por tratarse de circunstancias que se encontraban fuera de su esfera de dominio y control.

A través de la resolución impugnada quedó acreditado que VIETTEL no ha alcanzado evidencia que acredite la existencia de un *error* excluyente de responsabilidad, así como no ha probado que su actuación no podía haber sido realizada de un modo distinto aun cuando hubiera actuado con la diligencia debida, toda vez que correspondía acreditar que en el momento de la ocurrencia de los hechos no se podía esperar un comportamiento distinto, dado que ésa era su única alternativa u opción.

Es importante resaltar que, la regulación sobre la entrega de los mecanismos de contratación solicitados por el Regulador, tiene por finalidad que el abonado tenga la



⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. "Derecho Administrativo Sancionador". Quinta Edición puesta al día el 31 de diciembre de 2011. Tecnos. Pág. 423.

posibilidad de ejercer los derechos establecidos en la normativa; en la medida que los mecanismos de contratación constituyen el medio más idóneo para acreditar la manifestación de voluntad del usuario o abonado de contratar determinado servicio público de telecomunicaciones, según los términos allí pactados, de modo tal que de suscitarse alguna controversia o reclamo, a través del mismo se permitirá definir las características, limitaciones, restricciones y/o términos de dicho servicio.

En virtud del argumento expuesto por VIETTEL, se hace necesario citar el Principio de Culpabilidad, regulado en el numeral 10 del artículo 246° del TUO de la LPAG:

Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

Conforme es posible evidenciar, el Principio de Culpabilidad establece de manera clara y precisa que la responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo en los casos en que se disponga la responsabilidad administrativa objetiva por ley o decreto legislativo.

Sobre el particular, el Tribunal Supremo Español⁶ señala que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta sea antijurídica y típica, sino que también es necesario que sea culpable, esto es, consecuencia de una acción u omisión imputable, por lo que nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa.

En ese contexto, la conducta infractora puede ser imputada ya sea por dolo o por culpa; por lo cual actúa de manera culposa quien evita la diligencia debida en la observancia de la norma y de manera dolosa quien conoce y quiere realizar el hecho.

En este aspecto corresponde indicar que la infracción tipificada en artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso, no exige en su tipo, la configuración del dolo; por lo que, a efectos de determinar la existencia de responsabilidad administrativa, corresponde verificar si las mismas han sido cometidas sobre la base de la culpa o si fueron como consecuencia de una causa externa y fuera de la esfera de control de VIETTEL.

Al respecto, es de precisar que de lo actuado en el presente PAS, se ha podido comprobar la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso. En ese contexto, correspondía a la empresa operadora acreditar las causas ajenas a su responsabilidad⁷ y no lo hizo.

En ese contexto, la Nueva Prueba ofrecida por VIETTEL en su Recurso de Reconsideración no puede corroborar de manera eficiente el cumplimiento de la obligación establecida en el artículo 120° del TUO de las Condiciones de Uso; ni tampoco puede ser considerado como una causal de eximente de responsabilidad, puesto que no se ha acreditado en el presente PAS que el desvío del cumplimiento de las obligaciones



⁶ TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia del 12 y 19 de mayo de 1998. Sección sexta.

⁷ Al respecto, la doctrina señala: "(...) corresponde a la Administración la prueba de los hechos constitutivos de la acusación para desvirtuar la presunción de inocencia, y corresponde al presunto infractor la prueba de los hechos imputativos o eximentes que alega y que introduce en el procedimiento administrativo (...)" (Subrayado agregado) (GALLARDO CASTILLO, María Jesús. Los principios de la potestad sancionadora. 1era Edición. Instel. Madrid, 2008. P.186).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Oficina General de Asesoría Jurídica

de VIETTEL obedece a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control.

Por otro lado, VIETTEL sostiene en su recurso de reconsideración que a lo largo del presente PAS ha remitido mecanismos de contratación, los cuales deben valorarse a fin de considerarse como un atenuante de responsabilidad.

Respecto a tal argumento, conviene remitirse a lo desarrollado en el punto 3.2 de la Resolución Impugnada, que, en concordancia con el numeral 1) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), analizó los factores atenuantes.

Así las cosas, del análisis de los actuados se tiene que no hubo reconocimiento expreso de responsabilidad formulado por VIETTEL de manera expresa y por escrito. Asimismo, se verifica que no existió cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa en la medida que —tal como se ha desarrollado precedentemente— la remisión extemporánea de los mecanismos de contratación solicitado por el OSIPTEL constituye infracción pasible de sanción. De lo anterior se colige que tampoco hubo reversión de los efectos derivados de los incumplimientos, en tanto que una condición sine qua non para revertir los efectos es cesarlos; y tal como se analizó, la remisión de los mecanismos de contratación fuera de plazo no implica un cese de la infracción. Finalmente, de la revisión de los actuados, no se evidencia la existencia de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora por parte de VIETTEL; en ese sentido, en el presente caso no correspondía la aplicación de atenuantes de responsabilidad.

En cuanto al argumento de VIETTEL, referido a que la remisión de los mecanismos de contratación desvirtúan los criterios expuestos respecto de un presunto beneficio ilícito obtenido por parte de la empresa operadora, en base a los costos evitados para atender los requerimientos de OSIPTEL, ya que en las oportunidades en las que presentó los mecanismos de contratación faltantes, incurrió en los costos que dicha atención implicó.

Es menester indicar que el criterio de graduación denominado "beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción", hace referencia a los costos evitados por la empresa operadora a nivel de sus sistemas y/o personal operativo dirigida a cumplir con su obligación de suministrar al OSIPTEL, cuando le sea requerido, los mecanismos de contratación. En ese contexto, se observa que VIETTEL no cumplió en su oportunidad con remitir lo solicitado por el OSIPTEL; por lo que la entrega tardía o extemporánea de tales documentos no significa de ninguna manera que los costos evitados para cumplir con su obligación en el plazo establecido por el regulador se hayan visto resarcidos.

Asimismo, conviene recordar que de los setenta y dos (72) mecanismos imputados en el presente PAS, VIETTEL a lo largo del presente procedimiento hizo entrega de diez (10) mecanismos de contratación —nueve (9) en los descargos y uno (1) en el recurso de reconsideración), quedando pendientes, hasta la fecha, la remisión de sesenta y dos (62).

Por todo lo anteriormente señalado, de la revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta que la Nueva Prueba ofrecida por VIETTEL no desvirtúa los fundamentos que sustentaron la emisión de la Resolución de Gerencia General N° 00135-2017-GG/OSIPTEL, no corresponde amparar el Recurso de Reconsideración interpuesto.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;





SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Reconsideración presentado por VIETTEL PERÚ S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 00135-2017-GG/OSIPTEL; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa VIETTEL PERÚ S.A.C.

Regístrese y comuníquese.

Firmado digitalmente por: CIFUENTES
CASTAÑEDA Sergio Enrique
(FAU20216072155)

SERGIO ENRIQUE. CIFUENTES
CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL (E)

