RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO Nº 138 -2017-CD/OSIPTEL

Lima, 17 de noviembre de 2017

EXPEDIENTE Nº	:	**00086-2016-GG-GFS/PAS**
MATERIA	:	**Recurso de Apelación contra la Resolución Nº 206-2017-GG/OSIPTEL**
ADMINISTRADO	:	**VIETTEL DEL PERÚ S.A.C.**

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Viettel del Perú S.A.C. (en adelante, VIETTEL) contra la Resolución de Gerencia General Nº 206-2017-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le sancionó con una multa de cincuenta punto cuatro (50.4) Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT), por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 11 del Anexo 2 de la Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTEL de equipos terminales móviles reportados como sustraídos (hurtados y robados), perdidos y recuperados, y establece el Régimen de Infracciones y Sanciones correspondientes a la Ley N° 28774 y disposiciones reglamentarias[1] (en adelante, la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales)[2], al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 7° de la misma norma.

(ii) El Informe Nº 269-GAL/2017 del 9 de noviembre 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 Nº 00086-2016-GG-GFS/PAS y el Expediente de Supervisión N° 0133-2016-GG-GFS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 4 de octubre de 2016, la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) estableció el Plan de Supervisión para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7° de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, por parte de VIETTEL, durante los meses de octubre a diciembre del año 2014 y enero a diciembre del año 2015.

2. La GSF como producto de la verificación realizada al cumplimiento de lo dispuesto en la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, mediante Informe de Supervisión N° 00890-GFS/2016 del 20 de diciembre de 2016, del Expediente de Supervisión N° 0133-2016-GG-GFS, concluyó que VIETTEL, habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 7° de la misma norma, al verificarse que durante el periodo de evaluación (1 de octubre al 31 de diciembre de 2014 y del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015), el 5.03% de los archivos que VIETTEL cargó en el Sistema de Intercambio Centralizado (en adelante, SIC) fueron transferidos

[1] Aprobada con Resolución de Consejo Directivo N° 050-2013-CD/OSIPTEL.
[2] Cabe indicar que la Resolución de Consejo Directivo N° 050-2013-CD/OSIPTEL se derogó por la Resolución N° 081-2017-CD/OSIPTEL, pero subsiste el Procedimiento de Intercambio de Información establecido en el Anexo 1 por la Segunda Disposición Complementaria Final.

después de la hora establecida en el cronograma de actividades del numeral 6 del Anexo 1 de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales.

3. Mediante Carta C. 02554-GFS/2016, notificada el 22 de diciembre de 2016, la GSF comunicó a VIETTEL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), por la presunta comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 11 del Anexo 2 de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 7° de la misma norma.

4. El 1 de febrero de 2017, VIETTEL presentó sus descargos.

5. Mediante Carta N° C. 00822-GG/2017, notificada el 4 de agosto de 2017, se notificó a VIETTEL el Informe N° 00066-GSF/2017 (análisis de sus descargos); para que remita sus comentarios en el plazo de cinco (5) días hábiles[3].

6. Mediante Resolución de Gerencia General N° 206-2017-GG/OSIPTEL del 19 de setiembre de 2017, notificada el 20 de setiembre de 2017, se resolvió sancionar a VIETTEL con una multa de cincuenta punto cuatro (50.4) UIT.

7. El 11 de octubre de 2017, VIETTEL interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 206-2017-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RFIS y los artículos 216 y 218 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos de VIETTEL son los siguientes:

3.1 Señala que desde un inicio implementó los mecanismos y herramientas necesarias para el óptimo funcionamiento de los sistemas relacionados al reporte de información al SIC, no habiendo incurrido en ahorro de costo alguno.

3.2 El porcentaje de los archivos materia de imputación es desproporcional al importe de la multa impuesta e implica un factor atenuante, asimismo señala haber tomado las medidas para subsanar los inconvenientes presentados en sus sistemas, por lo que solicita tener en cuenta dichas circunstancias.

3.3 No se ha tenido en cuenta que la GSF recomendó reducir en un 15 % la multa propuesta, ascendente a 51 UIT, al considerar que cesó los actos u omisiones que constituyeron la infracción imputada.

OSIPTEL G.A.L. A. AREQUIPEÑO

OSIPTEL G.A.L. G. CAMARA

CONSEJO DIRECTIVO OSIPTEL PRESIDENTE

[3] Cabe anotar, que VITTEL no presentó comentarios al citado informe.

3.4 Se aplique el Principio de Razonabilidad en la calificación de la presunta infracción y se declare infundada la infracción imputada; o se apliquen los criterios de graduación establecidos en la norma, considerando que no se configura reincidencia en la presunta comisión de la infracción imputada; debiendo imponerse una medida proporcional, como por ejemplo una amonestación.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO:

A continuación, se analizarán los argumentos de VIETTEL:

4.1 Sobre el análisis del costo evitado

VIETTEL señala haber implementado desde un inicio los mecanismos y herramientas necesarias para el óptimo funcionamiento de los sistemas relacionados al reporte de información al SIC, no habiendo incurrido en ahorro de costo alguno, como se mencionó en la resolución impugnada.

Al respecto, tal como se aprecia en el Informe N° 00890-GFS/2016 del 20 diciembre de 2016, emitido en el Expediente N° 0133-2016-GG-GFS (que corresponde al procedimiento de supervisión), VIETTEL trasgredió lo dispuesto en el artículo 7° de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, al verificar la GSF que durante el periodo supervisado (1 de octubre al 31 de diciembre de 2014 y del 1 de enero al 31 de diciembre de 2015), el 5.03% de los archivos que VIETTEL cargó en el SIC fueron transferidos después de la hora establecida en el cronograma de actividades del numeral 6 del Anexo 1 de la referida norma.

Sobre el particular, VIETTEL en su escrito de descargos, para justificar su incumplimiento, explicó cuales habían sido los errores producidos en cada uno de los veintitrés (23) archivos cargados tardíamente en el sistema que implementó, e indicó que estos se presentaron debido a imprevistos excepcionales que escaparon de su control.

De acuerdo con el análisis que la GSF realizó sobre los errores alegados por VIETTEL, permitió concluir que estos no fueron generados por circunstancias excepcionales que no haya podido controlar; evidenciando dicha empresa que no realizó las acciones necesarias para implementar adecuadamente sus sistemas relacionados al reporte de información al SIC.

De otro lado, de conformidad con el numeral 8 del Anexo 1 de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, las empresas concesionarias cuentan con un mecanismo de intercambio de información alternativo, ante la imposibilidad de realizar el intercambio a través del SIC, que consiste en realizar coordinaciones oportunamente con el OSIPTEL, a fin de enviar los archivos a través de otros mecanismos como la remisión de un correo electrónico al grupo de usuarios del sistema.

En el presente caso, la GSF advirtió que VIETTEL cargó los veintitrés (23) archivos materia de imputación hasta quinientos noventa y dos (592) días después de la hora establecida, no obstante de haber tenido la posibilidad de remitir la información de los equipos terminales móviles bloqueados o liberados a través de otros mecanismos.

OSIPTEL G.A.L. A. AREQUIPEÑO

OSIPTEL G.A.L. G. CÁMARA

CONSEJO DIRECTIVO OSIPTEL PRESIDENCIA

En ese sentido, si bien VIETTEL señala no haber incurrido en ahorro alguno al implementar sus sistemas relacionados al reporte de información al SIC, lo cierto es, que de acuerdo con la conducta infractora de dicha empresa, se observa un costo evitado relacionado con el gasto de horas hombre que debió realizar para garantizar el intercambio de información completo en el SIC dentro de los periodos establecidos en la norma.

4.2 Sobre la aplicación de atenuantes de la responsabilidad

VIETTEL señala que de una total de cuatrocientos cincuenta y siete (457) archivos supervisados, se verificó que únicamente veintitrés (23) archivos habían sido cargados después de la hora establecida en la norma, lo cual, considera representa un porcentaje mínimo equivalente al 5.03% del total de archivos supervisados, que es desproporcional al importe de la multa impuesta y un factor atenuante. Asimismo, manifiesta que ha tomado las medidas para subsanar los inconvenientes presentados, por lo que solicita se tengan en cuenta dichas medidas, a fin de evaluar su responsabilidad en la realización de los hechos materia de análisis en el presente PAS.

Sobre el particular, se debe señalar que en el presente PAS, se ha realizado el análisis que permite determinar la responsabilidad de VIETTEL, por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 7° de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales.

En ese sentido, el porcentaje (5.03 %) de los archivos que VIETTEL cargó en el SIC después de la hora establecida en la norma, así como las medidas que dicha empresa habría realizado para subsanar los inconvenientes presentados en sus sistemas, no pueden ser considerados como eximentes de responsabilidad, sino hechos que podrían ser tomados en cuenta como atenuantes de la responsabilidad en la graduación de la sanción.

De esta manera, al margen de la cantidad de archivos materia de imputación, debe quedar claro, teniendo en cuenta el tipo de infracción para la norma antes citada, que a VIETTEL le corresponde la imposición de una multa entre cincuenta y uno (51) UIT y ciento cincuenta (150) UIT, de conformidad con lo establecido en el artículo 25° de la Ley N° 27336; sin perjuicio del descuento que se pueda realizar al monto de la multa, por la aplicación de atenuantes de responsabilidad.

Ahora bien, respecto a las medidas que dicha empresa indica realizó para subsanar los inconvenientes presentados en sus sistemas, se aprecia en los documentos que obran en el presente PAS -incluido el recurso de apelación-, que VIETTEL no ha remitido información alguna que permita acreditar las medidas que implementó, para que se haya podido tener en cuenta dichas medidas como atenuantes de responsabilidad en la determinación de la sanción.

4.3 Sobre la reducción de la multa impuesta

VIETTEL señala que en el Informe N° 00151-GFS/2017 emitido por la GSF, recomendaron la aplicación de una reducción del 15 % a la multa originalmente recomendada, ascendente a 51 UIT, al considerar que habría quedado acreditado el cese de los actos u omisiones que constituyeron la infracción imputada. Así, manifestó que en la resolución impugnada no se ha tenido en cuenta entre sus

argumentos, las conclusiones emitidas en dicho informe, por lo que solicita se reevalúe dicha resolución y se recalcule el monto de la sanción.

Al respecto, contrariamente a lo manifestado por VIETTEL, se debe advertir que en la resolución impugnada la Primera Instancia tuvo en cuenta el mismo atenuante de responsabilidad que el órgano de instrucción consideró para proponer la sanción a imponer, específicamente el referido a que VIETTEL cesó su conducta infractora con anterioridad al inicio del PAS.

Sobre el particular, cabe precisar que la Primera Instancia también tuvo en cuenta el "cese de la conducta infractora" para analizar la aplicación de la condición eximente de responsabilidad establecida en el literal f) del artículo 255° del TUO de la LPAG y en el numeral iv) del artículo 5° del RFIS, sin embargo, en el análisis de la aplicación de dicha condición eximente de responsabilidad, se concluyó que esta no correspondía, debido a que VIETTEL no acreditó haber cumplido con revertir los efectos de la comisión de la infracción[4], y porque la subsanación que realizó de su conducta infractora, la efectuó a requerimiento de la GSF; siendo así, el "cese de la conducta infractora" solo es posible tenerla en cuenta como atenuante de responsabilidad para graduar la sanción.

De esta manera, se aprecia en la resolución impugnada que los criterios específicos que la Primera Instancia tuvo en cuenta para graduar la sanción con una multa de cincuenta punto cuatro (50.4) UIT fueron el "beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción", la "probabilidad de detección de la infracción" y las "circunstancias de la comisión de la infracción", así como la aplicación del atenuante de responsabilidad referido al "cese de la conducta infractora".

Por lo expuesto, no existen argumentos que permitan reevaluar dicho análisis sobre la graduación de la sanción, ni recalcular el monto de la multa impuesta.

4.4 Sobre la aplicación del principio de razonabilidad

VIETTEL señala que en el presente caso se debe aplicar el Principio de Razonabilidad, en la calificación de la presunta infracción y declararla infundada, considerando que de acuerdo a la naturaleza de los sistemas y procedimientos establecidos para el cumplimiento de la obligación de carga de información en el SIC, resulta posible la presencia de errores en un sistema.

Agrega VIETTEL, que sin perjuicio de lo señalado anteriormente, se debe aplicar los criterios de graduación establecidos en la norma, considerando que no se configura reincidencia en la presunta comisión de la infracción imputada; así solicita se imponga una medida proporcional, como por ejemplo una amonestación.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional[5] ha establecido que el Principio de Proporcionalidad está estructurado por tres sub principios: (i) Idoneidad o de adecuación; (ii) Necesidad, y; (iii) Proporcionalidad en sentido estricto;

---

4 En la resolución impugnada se consideró que VIETTEL debió acreditar la reversión de los efectos de la comisión de la infracción, toda vez que el retraso en la carga de los archivos materia de imputación pudo haber permitido que terminales móviles que se encontraban reportados como sustraídos o perdidos hayan sido activados por las empresas operadoras afectando a los usuarios, la seguridad ciudadana y desincentivando el robo de equipos.

5 Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas en los Expedientes N° 00535-2009-PA/TC, N° 00034-2004-AI/TC y N° 045-2004-PI/TC.

OSIPTEL G.A.L. A. AREQUIPEÑO

OSIPTEL G.A.L. G. CÁMARA

OSIPTEL CONSEJO DIRECTIVO PRESIDENCIA

corresponde evaluar si la Primera Instancia aplicó debidamente dichos sub principios, a efectos de determinar la sanción administrativa.

Al respecto, cabe señalar que la Primera Instancia sí cumplió con evaluar debidamente dichos sub principios, a efectos de determinar la sanción administrativa tal como se resume a continuación:

- Con relación al juicio de idoneidad o adecuación, se advierte que la Primera Instancia sustentó que el objetivo y finalidad de la intervención del ente regulador está representado por la importancia de cautelar el bien jurídico protegido por el artículo 7° de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales. Asimismo, se precisó que habiéndose determinado el incumplimiento de la norma antes citada, el inicio de un PAS resulta una medida idónea y adecuada.

- Con relación al juicio de necesidad, se precisó que la infracción imputada, está calificada como infracción grave, por lo que corresponde imponer una sanción de multa entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT, entre otras razones porque no resulta posible la imposición de una amonestación, toda vez que dicha sanción se puede imponer cuando la infracción es calificada como leve.

- Con relación al análisis de proporcionalidad, se precisó que este sub principio está estrechamente vinculado con el juicio de necesidad analizado. Así, se indicó que se cumple este principio con el inicio del presente PAS, toda vez que la medida dispuesta por la GSF resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar, a fin que la empresa operadora no vuelva a incurrir en la infracción imputada.

Adicionalmente, se advierte que la Primera Instancia estableció el monto de la multa dentro de los márgenes previstos, esto es, cincuenta y seis (56) UIT, teniendo en consideración los criterios de graduación establecidos en el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG dentro de los cuales se indicó que no se había configurado reincidencia en la comisión de la infracción y, posteriormente fue modificada, reduciéndola a cincuenta punto cuatro (50.4) UIT, considerando el factor atenuante de responsabilidad previsto en el artículo 18° del RFIS, referido a que cesó la conducta infractora.

Por tanto, de conformidad con los fundamentos expuestos, se considera que en el análisis de la Primera Instancia se ha aplicado los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad, debiendo confirmarse la sanción impuesta de cincuenta punto cuatro (50.4) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el numeral 11 del Anexo 2 de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, por incumplimiento del artículo 7° de la misma norma.

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES

Al ratificar este Colegiado que corresponde sancionar a VIETTEL por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 11 del Anexo 2 de la Norma del procedimiento sobre información de equipos terminales, corresponde la publicación de la presente Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 269-GAL/2017 del 9 de noviembre de 2017, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual –conforme al numeral 6.2 del artículo 6° del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución y, por tanto, de su motivación.

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° 654.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por VIETTEL PERÚ S.A.C., contra la Resolución N° 206-2017-GG/OSIPTEL; en consecuencia, CONFIRMAR la sanción de multa de cincuenta punto cuatro (50.4) UIT, impuesta por la comisión de la infracción grave tipificada en el numeral 11 del Anexo 2 de la Norma de procedimiento sobre información de equipos terminales, por el incumplimiento del artículo 7° de la citada norma.

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

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para: i) Notificar la presente Resolución a la empresa apelante conjuntamente con el Informe N° 269-GAL/2017; ii) Publicar la presente resolución en el Diario Oficial El Peruano; iii) Publicar la presente resolución en la página web institucional del OSIPTEL: www.osiptel.gob.pe, conjuntamente con el Informe N° 269-GAL/2017 y la Resolución N° 206-2017-GG/OSIPTEL, y; iv) Poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente del Consejo Directivo