

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
ASUNTO	:	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR INICIADO A LA EMPRESA VIETTEL PERÚ S.A.C. POR LA 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, APROBADO POR RESOLUCIÓN N° 123-2014-CD/OSIPTEL Y SUS MODIFICATORIAS, POR CUANTO HABRÍA INCUMPLIDO LO DISPUESTO EN EL NUMERAL 4.1 DEL ANEXO N° 6 DE LA REFERIDA NORMA.
REFERENCIA	:	Expediente N° 00020-2019-GG-GSF/PAS
FECHA	:	4 de mayo de 2020

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	ABOGADO ESPECIALISTA EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS – PRIMERA INSTANCIA	MÓNICA CRUZ VISALAYA
APROBADO POR	COORDINADOR DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS - PRIMERA INSTANCIA	MONICA ROXANA OROZCO MATZUNAGA

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 N° 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias, por haber incumplido lo dispuesto en el numeral 4.1 del Anexo N° 6 de la referida norma. Al respecto, cabe indicar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Informe N° 00004-GSF/SSCS/2019 de fecha 11 de enero de 2019 (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 segundo trimestre del año 2018, seguida en el Expediente N° 00165-2018-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 N° 6 del Reglamento de Calidad, en el departamento de Loreto, debido a que incumplió el valor objetivo del indicador TINE, correspondiente al segundo trimestre del 2018.

*En consecuencia, considerando que dicho incumplimiento se encuentra tipificado como infracción grave en el numeral 7° del Anexo 15 del Reglamento de Calidad, corresponde en este extremo iniciar un **Procedimiento Administrativo Sancionador**”.*

2. Mediante carta N° C.00886-GSF/2019, notificada el 10 de mayo de 2019, 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 en el departamento de Loreto, para el segundo trimestre del año 2018; de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 4.1 del Anexo N° 6 de la referida norma.
3. VIETTEL mediante escrito S/N recibido el 13 de mayo de 2019, se apersonó al procedimiento y solicitó una prórroga de plazo para presentar sus descargos de quince (15) días hábiles adicionales; solicitud que fue atendida mediante carta C.00946-GSF/2019, notificada el 15 de mayo de 2019, en donde se le indica que el plazo para presentar sus descargos vencía indefectiblemente el día 7 de junio de 2019.
4. A través de la comunicación S/N, recibida el 7 de junio de 2019, VIETTEL presentó sus descargos al Informe de Supervisión.

5. Con fecha 23 de julio de 2019, la GSF remitió a la Gerencia General el Informe N° 00114-GSF/2019 (Informe Final de Instrucción), conteniendo el análisis de los descargos presentados por VIETTEL.
6. Mediante comunicación N° C.00839-GG/2019, notificada el 12 de diciembre de 2019, 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.
7. Con Resolución N° 00010-2020-GG/OSIPTEL, de fecha 9 de enero de 2020, la Gerencia General, dispuso ampliar por tres (3) meses, el plazo para resolver en primera instancia administrativa el presente PAS.

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.

Sobre el particular, resulta necesario hacer alusión como precedente, que en el Expediente de Supervisión se realizó la evaluación de los indicadores de calidad TINE y TLLI del servicio público móvil de VIETTEL, conforme a lo establecido en el artículo 5° y Anexos N° 6, N° 7, y N° 16 del REGLAMENTO para los meses de abril, mayo y junio de 2018 (segundo trimestre del año 2018).

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 $\leq 3\%$ en el departamento de Loreto en el segundo trimestre del año 2018, conforme se detalla a continuación:

Cuadro N° 1
Resumen del incumplimiento imputado a VIETTEL

Indicador	Año	Departamento	Abril	Mayo	Junio	Promedio trimestral
TINE	2018	Loreto	24.77 %	7.71 %	27.36 %	19.95 %

Fuente: Tabla N° 4 del 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 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° 004-2019/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 perjudicado¹, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

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 caducado² 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. Sobre los eventos de caso fortuito ocurridos en el departamento de Loreto en el segundo trimestre de 2018

En sus descargos, VIETTEL alega que el incumplimiento imputado se ha producido debido a la ocurrencia de un caso fortuito, originado en las constantes precipitaciones fluviales ocurridas en el departamento de Loreto, siendo que de conformidad con lo establecido en el Anexo N° 6 del REGLAMENTO, correspondería que dicho período sea excluido para el cálculo del indicador TINE.

Así, VIETTEL manifiesta que de acuerdo a los avisos del Servicio Nacional de Meteorología e Hidrología del Perú (SENAMHI) - los cuales presenta a través de sus descargos como medios probatorios - se presentaron diversos problemas

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

² Teniendo en cuenta que el PAS se inició el 10 de mayo de 2019, fecha en la que se notifica la carta N° C.00886-GSF/2019, comunicando a VIETTEL la imputación de cargos; así como la ampliación del plazo de caducidad, dispuesta a través de la Resolución N° 00010-2020-GG/OSIPTEL de fecha 9 de enero de 2020.

climatológicos en el departamento de Loreto, en los meses de abril, mayo y junio de 2018, catalogados incluso como nivel de peligro 3 y 4, conforme se aprecia a continuación:

Aviso SENAMHI	Nivel de peligro	Inicio del evento	Fin del evento	Descripción del pronóstico	Departamento afectado
Aviso N° 035	Nivel 4	5-abril-2018 12:00	9-abril-2018 12:00	Lluvias en la selva	LORETO

Aviso SENAMHI	Nivel de peligro	Inicio del evento	Fin del evento	Descripción del pronóstico	Departamento afectado
Aviso N° 40	Nivel 3 y 4	14-abril-2018 00:00	15-abril-2018 18:00	Precipitaciones a nivel nacional	LORETO
Aviso N° 051	Nivel 2 y 3	19-may-2018 12:00	22-may-2018 00:00	Friaje en la selva	LORETO

Aviso SENAMHI	Nivel de peligro	Inicio del evento	Fin del evento	Descripción del pronóstico	Departamento afectado
Aviso N° 057	Nivel 2 y 3	2-jun-2018 00:00	5-jun-2018 12:00	Friaje en la selva	LORETO

Aunado a ello, VIETTEL adjunta a sus descargas la noticia emitida por Radio Oriente de fecha 4 de abril de 2018, la misma a través de la cual se informa sobre los eventos de lluvias intensas que se registraron en el departamento de Loreto, incluso desde el día 4 de abril de 2018.

Por otro lado, VIETTEL alega que Loreto es el único departamento en donde su representada tiene la red dorsal mediante una red de microondas, por lo que las precipitaciones que se presentan en el referido departamento impactan de manera directa a esta red afectando el enlace.

Añade VIETTEL que la red de transporte se encuentra compuesta por doce (12) torres que están interconectadas mediante enlaces de microondas como red de transporte, entre Yurimaguas hasta Nauta, siendo que dichas torres cuentan con una altura que va desde 90m a 120m usando antenas microondas de 4.7 m de diámetro, las cuales usan modulación adaptativa que es propensa a la influencia de la presión atmosférica.

Así, la empresa operadora agrega que la presión atmosférica tiene un efecto perturbador en los niveles de la señal de recepción en un enlace de radiofrecuencia, es decir, a medida que la presión atmosférica disminuye o aumenta en la tierra, causa una pérdida por atenuación en el nivel de señal.

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.

En esa línea, de acuerdo al numeral 1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO, exigir el cumplimiento del indicador TINE tiene por objetivo impulsar la mejora sostenida de los servicios y, sobre todo, permitir su accesibilidad.

Ahora bien, dentro de la metodología descrita en el referido Anexo, se precisa que los periodos afectados por eventos de caso fortuito y/o fuerza mayor serán excluidos del resultado del análisis, siempre que sean debidamente acreditados:

*“5.1 A efectos de verificar el cumplimiento del indicador, se considerarán como “estaciones base observadas” a las estaciones base, en cada departamento, cuyos valores de TINE sean mayores al 5% durante al menos siete (7) días al mes (consecutivos o no) a la misma hora. El periodo de evaluación será entre las 06:00 y 23:59 horas, sin embargo se deberá reportar las 24 horas de información. Se excluirá del resultado del análisis, los periodos afectados por eventos de caso fortuito, fuerza mayor en las estaciones base, **debidamente acreditadas.**” (Resaltado y subrayado agregado).*

En ese contexto, corresponde tener en cuenta el pronunciamiento efectuado por Consejo Directivo a través de la Resolución N° 145-2019-CD/OSIPTEL3, mediante el cual se precisa lo siguiente:

Por otro lado, es importante señalar que el numeral 5.1 del Anexo 6 del Reglamento de Calidad, señala expresamente que, a efectos del indicador TINE, “se excluirá del resultado de análisis, los periodos afectados por eventos de caso fortuito, fuerza mayor en las estaciones base, debidamente acreditadas”; para lo cual, corresponderá a las empresas operadoras acreditar la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor no imputable a ellas, así como la diligencia desplegada a fin de evitar o menguar los efectos nocivos de los hechos que generan los incumplimientos.

En el presente PAS, VIETTEL a través de sus descargos, señala que los incumplimientos imputados fueron generados debido a la ocurrencia de un caso fortuito relacionado a problemas climatológicos.

Sobre el particular, debe destacarse que la mera invocación 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 aducida⁴.

³ Publicada en la página web institucional del OSIPTTEL: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/res145-2019-cd-osiptel/Res145-2019-CD.pdf>

⁴ ALARCON SOTOMAYOR, Lucía, El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales, Thomson Civitas, Navarra, primera edición, 2007, Pág. 398 y 399.

Así, 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 García⁵; 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 Teso⁶:

“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 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, lo cual será evaluado a continuación.

Al respecto, VIETTEL a fin de acreditar la existencia de un caso fortuito generado por problemas climatológicos ocurridos en el departamento de Loreto, presenta los siguientes medios probatorios: i) cuatro (4) avisos emitidos por el SENAMHI⁷; y, ii) una (1) noticia emitida por Radio TV Oriente del 4 de abril de 2018.

En relación a los avisos emitidos por el SENAMHI, cabe indicar que si bien los mismos permiten acreditar la existencia de fenómenos climatológicos, tales

⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ª. Edición totalmente reformada. Madrid: Tecnos, 2005. Pág. 424.

⁶ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*. Tecnos, 1996. P. 142.

⁷ N° 35 de fecha 3 de abril de 2018, N° 40 de fecha 10 de abril de 2018, N° 51 de fecha 16 de mayo de 2018, y N° 57 de fecha 30 de mayo de 2018

como precipitaciones y friaje, en la selva peruana dentro del segundo trimestre de 2018, lo cierto es que VIETTEL no aporta elementos complementarios que permitan concluir que éstos tuvieron un efecto en la red de la empresa operadora.

Asimismo, la noticia emitida por Radio TV Oriente, se limita únicamente a reportar que la provincia de Alto Amazonas se encuentra en alerta roja por el incremento del caudal de los ríos Huallaga y Shanusi, debido a lluvias intensas.

En esa línea, esta Instancia considera que los referidos medios probatorios, por sí solos, no resultan suficientes a efectos de generar convicción, respecto a lo señalado por VIETTEL, sobre la presencia de una causal de eximencia de responsabilidad, como es el caso fortuito.

Aunado a ello, resulta importante resaltar que los fenómenos climatológicos alegados por VIETTEL (lluvias) se producen con frecuencia en la zona de la selva peruana, correspondiendo por tanto a la empresa operadora acreditar que actuó con la diligencia debida a través de las medidas adoptadas a efectos de prevenir el impacto en los servicios públicos de telecomunicaciones, tales como la implementación de infraestructura de respaldo para dichos casos; sin embargo, la empresa operadora tampoco ha adjuntado medio probatorio que acredite ello.

A mayor abundamiento, es importante señalar que la doctrina⁸ ha señalado que las condiciones climáticas normales no pueden constituir fuerza mayor incluso si el demandado ha juzgado equivocadamente la situación.

Del mismo modo, es preciso indicar que si bien en algunos de los referidos avisos del SENAMHI presentados por VIETTEL se enfatizó respecto de la mayor magnitud en la previsión de los fenómenos naturales para la zona de la selva norte, de acuerdo a lo señalado por la GSF en su Informe Final de Instrucción, en el período del segundo trimestre del año 2018, VIETTEL únicamente ha incumplido con el valor objetivo del indicador TINE en el departamento de Loreto⁹, lo cual permite inferir que no necesariamente la ocurrencia de los mencionados fenómenos climatológicos implicó la afectación al indicador de calidad TINE en otros departamentos.

Sin perjuicio de ello, cabe tener en consideración, que de acuerdo con lo señalado en el Informe Final de Instrucción, la GSF verificó que VIETTEL solo en el período del 5 al 9 de abril de 2018, efectuó cuatro (4) reportes de interrupción por fenómenos naturales en el Sistema de Reporte de Interrupciones de Servicios Públicos (SISREP), los cuales habrían afectado su servicio de telefonía móvil en el departamento de Loreto, siendo que en atención a ello, el referido período de interrupción fue objeto de exclusión de la etapa de supervisión para el cálculo de los valores del indicador de calidad TINE.

⁸ Myanna F. Dellinger "Reflexiones Sobre el Concepto de «Fuerza Mayor» en un Mundo de Cambio Climático Antropogénico" Derecho & Sociedad N° 42

⁹ En efecto, conforme se aprecia de los mencionados avisos, los eventos climatológicos también tuvieron fuerte incidencia en el departamento de San Martín. Sin embargo, de acuerdo con el Informe de Supervisión N° 0004-GSF/SSCS/2019, en el citado departamento, VIETTEL obtuvo un valor del indicador de calidad TINE equivalente a 0.83%, con lo cual cumplió con el valor objetivo del referido indicador.

Por otro lado, es importante resaltar que no es la primera vez que se detecta un incumplimiento por parte de VIETTEL respecto del indicador TINE en el caso del departamento de Loreto; 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.

En efecto, la referida empresa operadora estuvo incumpliendo con el valor objetivo del indicador de calidad TINE, en la región de Loreto, en cuatro (4) de los últimos cinco (5) trimestres, anteriores al imputado en este PAS, conforme se aprecia a continuación:

TINE	2017				2018
	T-I	T-II	T-III	T-IV	T-I
Loreto	23.85	50.71	54.41	0.86	6.83

Finalmente, en relación a lo alegado por VIETTEL respecto a la red de microondas en Loreto, lo cual generaría que las precipitaciones que se presentan en el referido departamento impacten de manera directa a esta red afectando el enlace, así como el efecto que genera la presión atmosférica en la referida zona; corresponde señalar que la empresa operadora no ha presentado medio probatorio alguno que permita acreditar tales afirmaciones, constituyendo solo declaraciones de parte que no le permiten ser eximida de responsabilidad.

De acuerdo a las consideraciones antes expuestas, esta Instancia considera que no es posible amparar los argumentos planteados por VIETTEL en este extremo.

2. Sobre los eximentes de responsabilidad en el presente caso

Una vez determinada la comisión de la infracción 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 257° 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 modificatorias¹⁰.

- **Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada:** De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que VIETTEL no ha acreditado que el incumplimiento detectado, se produjo 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 el incumplimiento detectado, se debió 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.

¹⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL.

- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza de este eximente, no corresponde aplicar el mismo 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 el incumplimiento detectado, se debió 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 el incumplimiento detectado, se debió 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.
- 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 255° 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.

Es importante señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirán, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Asimismo, conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En el presente caso, por la naturaleza misma de la infracción, es decir, el incumplimiento del indicador objetivo de calidad TINE para el segundo trimestre del año 2018, 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.

Tomando en cuenta ello, al no haberse configurado el cese de la conducta infractora, no puede efectuarse el análisis de los otros requisitos que permiten determinar que la conducta infractora ha sido subsanada, siendo que los mismos debieron concurrir en el presente caso.

En atención a lo expuesto, esta Instancia considera que no procede la aplicación del eximente de responsabilidad establecida en el numeral 1 del artículo 257 ° 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 248° del TUO de la LPAG.-

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa evidenciada, 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 N° 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 $\leq 3\%$.

En dicho contexto, la metodología empleada para la graduación de multas impuestas a las empresas operadoras que han incumplido con alcanzar el valor objetivo de los indicadores de calidad está basada en la cuantificación del beneficio ilícito (costo evitado) asociado a la inversión no realizada para alcanzar las metas propuestas en los indicadores de calidad (indicador TINE \leq 3%) en cada departamento y trimestre materia de análisis.

Así, la inversión no realizada por departamento se estimó considerando los siguientes aspectos: i) la inversión promedio por minuto de voz saliente (**Invmins**) calculada a partir de un modelo de costos que contempla la operación de una empresa eficiente; ii) el tráfico originado estimado por VIETTEL en el departamento de Loreto; y, iii) el porcentaje de incumplimiento, en cual está en función a la diferencia entre el valor del indicador TINE observado en Loreto (19,95%), y el valor objetivo (TINE \leq 3).

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 en línea con 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).

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 (\leq 3%) durante el segundo trimestre de 2018, en el departamento de Loreto.

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 ($\leq 3\%$), se refleja una cantidad de llamadas que no pudieron establecerse en el departamento de Loreto, 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 una infracción que 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.

De esta manera, VIETTEL habría incurrido en una infracción grave, de acuerdo al ítem 7 del Anexo N° 15 del Régimen de Infracciones y Sanciones del REGLAMENTO, por lo que correspondería la aplicación de una multa 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 el departamento de Loreto en el segundo trimestre de 2018.

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 el incumplimiento detectado tuvo 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

medio probatorio que respalde tal versión ni que la exime de responsabilidad por el incumplimiento del numeral 4.1 del Anexo N° 6 del REGLAMENTO.

Asimismo, en el presente caso se ha advertido que VIETTEL no ha tenido una conducta adecuada, que de haber existido, habría evitado de alguna manera el resultado de incumplimiento del valor objetivo del indicador de calidad TINE.

Es oportuno indicar que en el presente PAS, VIETTEL no ha remitido información alguna, sobre la adopción de acciones correctivas pertinentes, a fin de mejorar la calidad y continuidad del servicio, sobre la base del indicador de calidad TINE.

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 la infracción 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 257° 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 257° 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.

- Reconocimiento de responsabilidad: De los actuados del expediente se advierte que VIETTEL no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.
- Cese de los actos que constituyen infracción administrativa: De acuerdo a la evaluación realizada de manera preliminar, por la naturaleza de la infracción analizada no es posible que se configure el cese de la conducta infractora.

- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción: Al respecto, 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 del departamento de Loreto 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.
- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: La empresa operadora no ha acreditado la adopción de medidas orientadas a asegurar la no repetición del incumplimiento.

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 2018, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por VIETTEL en el año 2017.

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 un valor superior al valor objetivo del indicador TINE $\leq 3\%$ en el segundo trimestre de 2018 en el departamento de Loreto, de conformidad con los fundamentos expuestos en el presente Informe.
2. En el presente caso, no se han configurado las causales de eximentes ni atenuantes de responsabilidad, contempladas en el artículo 257° del Texto Único de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
3. 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 una multa **de SESENTA Y NUEVE CON 90/100 (69.9) UIT**, al haber incurrido en la comisión de la infracción grave tipificada en el ítem 7 del Anexo N° 15 del Reglamento General de Calidad de los 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 N° 6 de la referida norma, respecto del departamento de Loreto, en el segundo trimestre del año 2018.

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

Atentamente,