RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
Nº 00018-2019-GG/OSIPTEL

Lima, **29 de enero de 2019**

EXPEDIENTE Nº	:	**00040-2018-GG-GSF/PAS**
MATERIA	:	**Procedimiento Administrativo Sancionador**
ADMINISTRADO	:	**Telefónica del Perú S.A.A.**

VISTO: El Informe PIA N° 00012-PIA/2019, así como el Informe de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF) N° 218-GSF/2018 (Informe Final de Instrucción); por medio de los cuales se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante la Resolución Nº 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (en adelante, RFIS), por cuanto no habría cumplido con la obligación de ejecutar el Plan de Cobertura al primer año en el distrito de Ahuac, provincia de Chupaca, Departamento de Junín.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

1. Mediante el Informe de Supervisión Nº 00136-GSF/SSCS/2018 de fecha 29 de setiembre de 2017 (en adelante, **informe de supervisión**), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) emitió el resultado de la supervisión tramitada bajo el expediente N° 00112-2017-GSF.

2. La GSF con carta C. 676-GSF/2018, notificada el 08 de mayo de 2018, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS; otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para que remita sus descargos por escrito.

3. TELEFÓNICA, a través de la carta Nº TDP-1737-AR-ADR-18 recibida el 22 de mayo de 2018, solicitó a la GSF un Informe Oral, la misma que fue concedida mediante carta C. 811-GSF/2018 notificada el 30 de mayo de 2018.

4. Posteriormente, con carta TDP-1658-AG-ADR-18 recibida el 23 de mayo de 2018, presentó a la GSF sus descargos (**Descargos 1**).

5. TELEFÓNICA, a través de la carta Nº TDP-1757-AG-ADR-18 recibida el 04 de junio de 2018, solicitó a la GSF la reprogramación del Informe Oral, para una fecha posterior al 18 de junio de 2018, la misma que fue concedida mediante carta C. 904-GSF/2018 notificada el 14 de junio de 2018. Cabe indicar que con fecha 18 de junio de 2018, se efectuó el informe oral conforme consta del acta respectiva.

6. Con cartas N° TDP-1762-AG-GTR-18 y TP-2103-AG-ADR-18, recibidas el 19 y 26 de junio de 2018, respectivamente TELEFÓNICA remitió descargos adicionales (**Descargos 2 y 3**)

7. TELEFÓNICA mediante carta N° TDP-2664-AG-ADR-18, recibido el 23 de agosto de 2018, remitió descargos adicionales (**Descargos 4**)

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA / G.G A. TOLEDO

8. Con fecha 06 de noviembre de 2018, la GSF remitió su Informe N° 218-GSF/2018 (**Informe Final de Instrucción**) a la Gerencia General.

9. La Gerencia General con carta N° C.947-GG/2018 notificada el 02 de enero de 2019, puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, a fin que formule sus Descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.

10. TELEFÓNICA, mediante carta TDP-0075-AG-ADR-19 recibida el 09 de enero de 2019, solicitó una prórroga de plazo de cinco (05) días hábiles para remitir sus descargos al Informe Final de Instrucción, la misma que fue denegada con carta C. 0027-GG/2019, notificada el 11 de enero de 2019.

11. TELEFÓNICA mediante carta TDP-0053-AG-ADR-18, recibida el 11 de enero de 2019, remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción (**Descargos 5**) así como solicitó el uso de la palabra.

12. La Gerencia General a través de la carta C. 033-GG/2019, notificada el 15 de enero de 2019, concedió el uso de la palabra (**Informe Oral 1**) para el día 24 de enero de 2019, la misma que se llevó a cabo en dicha fecha, conforme consta el Acta respectiva.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.-

El presente PAS se inició a TELEFÓNICA al imputársele la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS, al no haber cumplido con la condición esencial establecida como tal en su contrato de concesión, al no haber ejecutado el Plan de Cobertura al primer año respecto de la prestación del Servicio de Comunicaciones Personales - PCS (Bloque C - 733-748/ 788-803 MHZ) en el Centro Poblado Ahuac, provincia de Chupaca, Departamento de Junín.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la empresa operadora a través de sus descargos e Informe Oral, respecto a la imputación de cargos formulada.

2. Análisis de los descargos

2.1. Respecto a que debe suspenderse el PAS hasta que el MTC se pronuncie sobre la aprobación de la solicitud de aplicación de la causal de fuerza mayor por la instalación de la antena en el centro poblado de Ahuac.-

Con relación a lo manifestado por TELEFÓNICA en este extremo, esta Instancia considera preciso señalar que independientemente de los conflictos que habría tenido con los pobladores del centro poblado Ahuac para la instalación de los equipos, y que será materia de evaluación en el siguiente numeral, lo cierto es que la obligación de cumplir con el Plan de Cobertura no es *inflexible* y *estricta*, puesto que el Concedente –conoce de antemano que en el desarrollo de su cumplimiento, pueden acontecer situaciones que afecten la ejecución de ciertas obligaciones del Contrato, como - el Plan de Cobertura, por lo que reguló tres (03) instrumentos: i) la suspensión, ii) la prórroga y la iii) modificación del Contrato, a fin de que sea viable la realización del Contrato de Concesión por parte de la Empresa Operadora.

Respecto al primer instrumento, el mismo se encuentra establecido en los numerales 6.6.1., 6.6.2 y 6.6.3 de la cláusula 6 del Contrato de Concesión, que disponen:

> ***"6.6 Suspensión del Plazo de la Concesión***
>
> *6.6.1 El plazo de vigencia de la Concesión se podrá suspender a pedido de cualquiera de las Partes, si ocurre uno o más de los eventos que se detallan a:*

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - G.G A. TOLEDO

(…)
c) Cualquier protesta, acto de violencia o de fuerza realizados por organizaciones comunales, sociales, sindicales o políticas, o manifestaciones públicas de gran envergadura que afecten directamente la prestación del servicio por causas ajenas a la voluntad de la Sociedad Concesionaria, que no le sean imputables y que vayan más allá de su control razonable.
(…)
6.6.2 En caso se produzca uno o más de los supuestos detallados anteriormente, cualquiera de las Partes podrá invocar la suspensión del Plazo de Concesión, mediante comunicación dirigida a la otra Parte, dentro de los quince (15) Días siguientes de producido y acreditado fehacientemente el supuesto en el que se sustenta la solicitud.

Si la Sociedad Concesionaria es quien invoca la suspensión del Plazo de la Concesión, el Concedente se pronunciará, previa opinión de OSIPTEL, en un plazo de veinte (20) Días contados desde que recibió la solicitud de suspensión. En caso de discrepancia, las Partes podrán acudir a los mecanismos de solución de controversias contemplados en la Cláusula 20 del presente Contrato.

La opinión de OSIPTEL referida en el párrafo precedente, deberá ser emitida en un plazo de diez (10) Días de recibida la solicitud de suspensión.

De requerirse verificaciones de campo para acreditar la ocurrencia de la situación invocada, el plazo de pronunciamiento del Concedente y de OSIPTEL se ampliará por siete (07) Días adicionales, respectivamente.

6.6.3 La aprobación de la solicitud de suspensión traerá como consecuencia: (i) la suspensión del Plazo de la Concesión y su ampliación por un período equivalente al de la suspensión; y, (ii) la suspensión de los derechos y obligaciones de las Partes, durante el plazo de la suspensión.
(…)"
(Subrayado agregado)

El segundo Instrumento se encuentra regulado en el numeral 8.2 de la cláusula 8, que señala lo siguiente:

"(…)
8.2 Inicio de la Prestación del Servicio Concedido

La Sociedad Concesionaria tiene la obligación de iniciar la prestación del Servicio Concedido en un plazo máximo que no excederá de doce (12) meses, contados desde la Fecha de Cierre.

La Sociedad Concesionaria deberá cumplir además con comunicar por escrito la Fecha de Inicio de Operaciones (numeral 1.4.36 de las Bases).

Este plazo no está sujeto a prórroga, excepto por la ocurrencia de:

(i) alguno de los supuestos previstos en la Cláusula 6, numeral 6.6.1 precedente y de conformidad con el procedimiento dispuesto para la suspensión del Plazo de la Concesión, señalado en el numeral 6.6. de la Cláusula Sexta del presente Contrato.
(…)"

Mientras que el tercer Instrumento, se encuentra regulado en el numeral 22.5 de la Cláusula 22 del Contrato que indica lo siguiente:

22.5 Modificaciones del Contrato

Las Partes podrán acordar por escrito la modificación del presente Contrato, mediante la suscripción de adendas; el procedimiento para su aprobación y suscripción deberá sujetarse a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1224, el Decreto Supremo N° 410-2015-EF; y demás Leyes y Disposiciones Aplicables. El concedente pondrá en conocimiento de OSIPTEL las modificaciones al Contrato en un plazo de 10 días luego de suscritas las adendas.
(Lo subrayado es agregado)

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - G.G A. TOLEDO

Conforme se desprende de las clausulas Transcritas, se tiene que, ante la eventualidad de que ocurriese o se produjera uno o más de los eventos descritos en el numeral 6.6.1

del Contrato de Concesión; una de las partes (en el presente caso TELEFÓNICA) podrá solicitar la suspensión o prórroga del plazo de concesión dentro de los quince (15) días de producida la causa, acreditando fehacientemente el supuesto en que se fundamenta su solicitud, para que, como consecuencia de ello, el MTC, se pronuncie en un plazo de veinte (20) días, previa opinión del OSIPTEL; o también puede iniciar el procedimiento de solicitud de modificación del Contrato de Concesión siempre que se trate de hechos sobrevinientes a la adjudicación de la *buena pro* que generan modificaciones imprescindibles para la ejecución del proyecto, y que las mismas deben estar sustentadas, adjuntado los términos de la modificación propuesta, para su respectiva evaluación por parte del MTC y las entidades públicas responsables.

A lo señalado cabe resaltar, que de la lectura del numeral 6.6.3 del Contrato de Concesión y del artículo 55° del Decreto Supremo N° 410-2015-EF, se desprende que *la sola presentación de la solicitud*, no genera la suspensión o prórroga del plazo o modificación automática del Contrato, toda vez que los dispositivos legales disponen que exista una "***aprobación a la solicitud",*** el cual traerá consigo la suspensión o prórroga del plazo y de los derechos y obligaciones de las partes o la modificación del Contrato; con lo cual queda claro, que es requisito fundamental e indispensable el pronunciamiento previo de aprobación o denegatoria por parte del MTC, para que la referida solicitud produzca sus efectos legales.

No obstante, en el presente caso, de la documentación que obra en los expedientes de supervisión y del PAS no se advierte que TELEFÓNICA haya solicitado de manera formal la suspensión o prórroga del contrato para que el MTC se pronuncie y por ende ponga en conocimiento a TELEFÓNICA y al OSIPTEL que se ha producido la suspensión o prórroga del Contrato de Concesión por la calificación de caso fortuito o fuerza mayor, a la ocurrencia de los hechos alegados por la referida empresa operadora en el centro poblado de Ahuac, cuando ésta es una condición indispensable para la aprobación de la solicitud de suspensión o prórroga.

Como puede verificarse, TELEFÓNICA no ha cumplido con el procedimiento que el propio Contrato de Concesión y el Decreto Supremo N° 410-2015-EF establecieron para las Solicitudes de Suspensión o prórroga del Plazo de Concesión y la Modificación del Contrato, toda vez que, si bien presentó diversas cartas, entre las que se encuentran las cartas TP-1868-AR-AIR-17, TP-1867-AG-GTR-17, TP-1951-AG-GTR-17, TP-1952-AG-GTR-17, TP-1728-AG-GTR-18, TP-1729-AG-GTR-18 (contenidas en el CD adjunto al **Descargo 3**), TDP-3692-AG-GGR-18, TDP-3810-AG-GGR-18 y TDP-3888-AR-GTR-18, éstas solo i) ponen en conocimiento al MTC sobre la problemática ocurrida en el centro poblado de Ahuac, ii) que se está recopilando la documentación sustentatoria, iii) solicita que se haga una supervisión, iv) solicita que se dé respuesta a la GSF e incluso v) hace nuevamente un recuento de los hechos y solicita que emita pronunciamiento del caso y le conceda una reunión, más no se desprende de ninguna de dichas comunicaciones que requirió de manera expresa y debidamente sustentada la suspensión, prórroga o modificación contractual, conforme lo exige el Contrato y las normas que lo regulan, para que exista una evaluación y pronunciamiento formal por parte del MTC.

Por lo tanto, considerando que es obligación del OSIPTEL verificar el cumplimiento de las obligaciones, - entre ellas,- las contractuales, en atención a su Función supervisora, la GSF se encontraba autorizada para supervisar e iniciar el presente PAS, ante la detección de una infracción a la normativa vigente. Ello justamente porque también es *objetivo específico* de OSIPTEL velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión, por ende, aun cuando el MTC no dio respuesta a la consulta formulada por la GSF a través de la carta C.1269-GSF/2017 sobre el estado de las comunicaciones remitidas por TELEFÓNICA sobre la problemática del centro poblado Ahuac, ello no significa que el incumplimiento de la condición esencial no se haya producido.

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA / G.G A. TOLEDO

En efecto, debe quedar plenamente establecido que conforme lo establece el artículo 121° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, el MTC es la única entidad pública titular para el otorgamiento de las concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones, por lo que es el competente para pronunciarse o calificar si un hecho o evento alegado, cumple con las condiciones legales necesarias que le permitan subsumirse en la causal dispuesta en el inciso i) del numeral 6.6.1 del Contrato de Concesión o lo dispuesto por el Decreto Supremo N° 410-2015-EF, ello en atención a que así lo dispone el propio Contrato y la referida norma, situación que como ha sido indicado anteriormente no ha podido llevarse a cabo, puesto que no ha existido una solicitud expresa por parte de TELEFÓNICA.

Por lo tanto, al no haberse presentado una solicitud expresa que conlleve a este Organismo determinar que está en trámite un procedimiento de suspensión, prórroga o modificación del contrato de Concesión, esta Instancia considera que no estamos ante la figura de la *cuestión previa*, alegada por TELEFÓNICA, puesto que en atención a lo dispuesto por el artículo 75° del TUO de la LPAG, se requiere la concurrencia de dos (2) elementos: i) el conocimiento que se está tramitando en sede jurisdiccional una cuestión litigiosa que requiere ser esclarecida previamente al pronunciamiento administrativo, y ii) que exista un estricta identidad de sujetos, hechos y fundamentos, situaciones que en el presente caso no ha ocurrido.

Por lo expuesto, corresponde a esta Instancia desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

2.2. Respecto a la imposibilidad de TELEFÓNICA de materializar la obligación de prestar el servicio en el centro poblado de Ahuac y la falta de valoración de los medios probatorios presentados.-

Con relación a lo indicado por TELEFÓNICA en el presente extremo, esta Instancia considera preciso atender previamente lo dispuesto por el literal (d) del numeral 2.2 y el numeral 8.3 del Contrato de Concesión que señalan:

> *"(…)*
> ***2.2. Condiciones esenciales atribuidas a la Sociedad Concesionaria***
> *Para todos los efectos, en el presente Contrato, se considera que son condiciones esenciales atribuidas a la Sociedad Concesionaria las siguientes:*
> *(…)*
> *(d) El cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos por la Sociedad Concesionaria en su Propuesta Técnica (el Plan de Cobertura) previstos en el Anexo 14 de las Bases y el Anexo N° 5 del Contrato de Concesión.*
> *(…)"*
>
> ***8.3 Plan de Cobertura y Metas de Uso***
> *La Sociedad Concesionaria se obliga a cumplir con el Plan de Cobertura contenido en su Propuesta Técnica, Anexo No 5 del presente Contrato, y con las Metas de Uso que figuran en el Anexo No 2.*
>
> *La Sociedad Concesionaria presentará al Concedente y al OSIPTEL, dentro del primer trimestre de cada año, la información referida al avance del Plan de Cobertura de los Servicios Registrados establecidos para el año inmediato anterior.*
>
> *La Sociedad Concesionaria se obliga a cumplir con el Plan de Cobertura contenido en el Anexo No 5, utilizando el bloque C correspondiente a la Banda, pudiendo utilizar infraestructura propia, arrendada o compartida.*
> *(…).*
> (Lo subrayado es agregado)

Conforme se advierte de las clausulas transcritas, TELEFÓNICA se encuentra obligada a cumplir con el Plan de Cobertura contenido en su Contrato de Concesión. En ese sentido, si la fecha de inicio de operaciones fue el 25 de julio de 2016, conforme fue

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - G.G A.TOLEDO

comunicado por la propia empresa a través de la carta TP-AG-GTR-1807-16 de fecha 08 de agosto de 2016 y en la acción de supervisión del 15 de noviembre de 2017, a partir de esa fecha se encontraba obligada a cumplir con el Plan de Cobertura, que para el primer año de operaciones, es decir al **25 de julio de 2017**, contemplaba que TELEFÓNICA preste el Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) en quince (15)[1] centros poblados de los Departamentos de Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Huancavelica, Ica, Junín, Tacna y Ucayali.

No obstante, en el Informe de Supervisión, al GSF indica que en la acción de supervisión realizada el 15 de noviembre de 2017, se advirtió que el centro poblado de Ahuac, no contaba con el servicio PCS con tecnología LTE, el mismo que fue confirmado por la propia empresa operadora.

Por tanto, si bien en los Descargos, TELEFÓNICA remite diversa documentación como: correos electrónicos, actas de reunión con las autoridades y población del centro poblado de Ahuac, cartas remitidas al MTC, e informe situacional elaborado por su tercerizado, en la cual exponen los problemas ocurridos con los pobladores de dicho centro poblado, respecto a la instalación de los equipos para la prestación del servicio PCS, lo cierto es que conforme señala el Informe N° 00012-PIA/2019 los mismos no desvirtúan el incumplimiento detectado por la GSF.

En consecuencia se puede concluir que al no sustentarse el incumplimiento imputado, en eventos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles, no corresponde su consideración como hecho ajeno a la voluntad y control de TELEFÓNICA, y por ende no resulta procedente la pretendida exoneración de responsabilidad por la comisión de infracción administrativa regulada en el artículo 257° del TUO de la LPAG alegada por la referida empresa operadora en su Informe Oral, quedando por tanto, desvirtuado lo alegado por la empresa operadora en este extremo.

2.3. Respecto al cumplimiento de la obligación del contrato en los demás centros poblados comprometidos.-

Respecto a lo manifestado por TELEFÓNICA de que solo se trató de un (1) centro poblado de los quince (15) centros poblados que debía cumplir, cabe acotar que para la configuración de la infracción contenida en el artículo 6° del RFIS no resulta relevante detectar una gran cantidad de incumplimientos o existencia de daño o cualquier otra afectación, para que el OSIPTEL pueda ejercer sus Funciones Supervisoras y Sancionadoras, puesto que para su configuración basta que la empresa operadora no haya cumplido con la condición esencial, como sucedió en el presente caso.

Lo señalado anteriormente, incluso ha sido analizado por el propio Consejo Directivo a través de la Resolución N° 030-2014-CD/OSIPTEL, señalando lo siguiente:

> *"En ese sentido, como muy bien lo expresó la Gerencia General en la Resolución apelada, no es necesaria una diversidad de casos o incumplimientos generalizados para que se decida una acción de supervisión que sirva de sustento al inicio de un futuro procedimiento administrativo sancionador, lo cual no es óbice para que el número de abonados afectados pueda ser considerado para efectos de determinar el daño ocasionado. Por tanto, basta que la empresa operadora presente un solo supuesto que configure la inobservancia de la normativa legal, contractual o técnica para que el Regulador emprenda una acción de supervisión destinada a verificarla. Lo importante es que el OSIPTEL ejerza sus funciones fiscalizadora y sancionadora para evitar la propagación de conductas atentatorias contra los usuarios y abonados."* (Lo subrayado es agregado)

Por tanto, siendo que las sanciones administrativas tienen una finalidad principalmente de carácter represor; en el presente procedimiento lo que se está evaluando es el

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - G.G A. TOLEDO

[1] Los centros Poblados son: Casma Villahermosa, Uripa, Chincheros, Sabandía, Cono Norte, Tambo, Churcampa, Mariscal Cáceres, Los Piscontes, San Juan, Ahuac, La Punta, Santa Rosa de Sacco, Locumba y Aguaytía.

propósito del sistema sancionador administrativo, siendo que el efecto de la sanción, no se quede en la esfera de TELEFÓNICA, sino que su propósito es que se proyecte el efecto ejemplificador general y, en especial, a la parte más débil de la relación, es decir, a los usuarios, más aún cuando como se ha señalado anteriormente que la referida empresa no ha acreditado que los pobladores del centro poblado Ahuac se hayan opuesto a la instalación de los equipos para la prestación del servicio o en todo caso que el MTC haya declarado el mismo como causal de suspensión o modificación del Contrato de Concesión por fuerza mayor.

De lo expuesto, corresponde a esta Instancia desestimar los argumentos expuestos por TELEFÓNICA en este extremo.

2.4 Respecto a la posibilidad de imponer una comunicación preventiva o de Advertencia en atención al Principio de Razonabilidad.-

Siguiendo el análisis efectuado por la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General, plasmados en el Informe N° 00012-PIA/2019; esta instancia concluye que no ha existido vulneración al Principio de Razonabilidad.

2.5 Respecto a que no se ha comprobado la existencia de intencionalidad al momento de concretarse la presunta infracción.-

Siguiendo el análisis efectuado por la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General, plasmados en el Informe N° 00012-PIA/2019; esta instancia concluye que no es necesario que exista intencionalidad para concurrir en la infracción tipificada en el artículo 6° del RFIS.

2.6 Respecto a que la ilegalidad de emitir el Informe Final de Instrucción sin recomendación de multa.-

Siguiendo el análisis efectuado por la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General, plasmados en el Informe N° 00012-PIA/2019; esta instancia concluye que no ha existido vulneración a los Principios de Debido Procedimiento, Motivación y Defensa.

2.7 Respecto a la indebida graduación de la multa efectuada por la GSF.-

Sin perjuicio que los argumentos formulados por la empresa operadora sean analizados por esta Instancia en el punto IV del presente informe; cabe indicar que la GSF sí efectúa un análisis de los criterios de graduación de la sanción contemplados en el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG. El hecho que TELEFÓNICA no esté de acuerdo con las conclusiones que se arribó en el Informe Final de Instrucción, no supone que la GSF haya realizado una incorrecta evaluación de los hechos que fueron materia del inicio del presente PAS.

Asimismo, es pertinente tomar en cuenta que la opinión vertida por la GSF en el Informe Final de Instrucción, no resulta vinculante para el órgano resolutor, toda vez que compete a la Gerencia General evaluar y determinar la comisión de la infracción, así como la imposición de la sanción que corresponda, la misma que será susceptible de ser impugnada en vía administrativa y judicial.

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA / G.G A. TOLEDO

III. RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD.-

Siguiendo el análisis efectuado por la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General, plasmados en el Informe N° 00012-PIA/2019; esta instancia concluye que en el

presente caso, no se ha configurado ninguna de las causales de eximente de responsabilidad contemplado en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG.

IV. DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN.-

4.1 Criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 246° del TUO de la LPAG

a. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción: Este criterio se encuentra también referido en el numeral f) del artículo 30° de la 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).

- Artículo 6° del RFIS: Los Costos evitados, se encuentran representados por las inversiones que no fueron realizadas por la empresa operadora para ejecutar el Plan de Cobertura lo cual, posteriormente, generó la ocurrencia de la infracción.

  Al respecto, el monto total de inversión para desplegar el servicio fue estimado en base a un modelo que cuantifica los costos necesarios para desplegar el servicio en una determinada área geográfica (medida en Km2) considerando una tasa de cobertura y una clasificación de los centros poblados en base a la densidad de habitantes por kilómetro cuadrado. Adicionalmente, se estimó los centros poblados que estarían atendidos en base a la tasa de cobertura señalada anteriormente.

  Finalmente, se estimó la inversión media por centro poblado considerando la inversión total necesaria para brindar el servicio de comunicaciones móviles y el número de centros poblados atendidos. Este monto es imputado a la empresa operadora como costo evitado de inversión por centro poblado.

- Ingresos Ilícitos, estos se encuentran representados por los ingresos que las empresas operadoras habrían obtenido de forma ilícita producto de la infracción. En este caso, se consideran como nulos dado que no se brindó el servicio al centro poblado.

  El Beneficio Ilícito estimado es evaluado a valor presente considerando el Costo Promedio del Capital Ponderado (WACC) de cada empresa infractora y el número de meses desde la detección de la infracción hasta la fecha de estimación de la multa. El valor estimado corresponde a la multa esperada. En este caso, se consideró un WACC mensual y un período de actualización de dieciocho (18) meses correspondiente al período julio de 2017 a enero de 2019[2].

b. 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 presente caso, la probabilidad de detección es muy alta que, los mecanismos utilizados por el OSIPTEL para detectar la conducta infractora están constituidos por la verificación del cumplimiento del Plan de Cobertura en centros poblados ya determinados.

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA / G.G A. TOLEDO

[2] Corresponde al periodo desde la detección de la infracción hasta el cálculo de la multa

c. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido: Este criterio está contemplado también en los literales a y b) del artículo 30° de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora. Al respecto se considera que:

En el presente caso, la afectación se traduce en la expectativa de los potenciales usuarios de contar con el servicio PCS en su localidad, el cual no llego a darse por la falta de manejo de parte de TELEFÓNICA en las coordinaciones con las autoridades del centro poblado de Ahuac para obtener el permiso para la instalación de los equipos. Cabe resaltar, que la concesión tiene como objeto fundamental asegurar la eficiente prestación del servicio público de telecomunicaciones, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad. De ahí la trascendencia del cumplimiento de las condiciones esenciales establecidas en el Contrato de Concesión de TELEFÓNICA.

d. Perjuicio económico causado: Al respecto, no existen elementos objetivos que permitan determinar el perjuicio económico causado por la comisión de la infracción prevista en el artículo 6° del RFIS.

e. Reincidencia en la comisión de la infracción: En el presente caso, no se ha configurado reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 248º del TUO de la LPAG.

f. Circunstancias de la comisión de la infracción: Al respeto se procede a efectuar el análisis de este criterio para cada una de las conductas infractoras imputadas:

Cabe resaltar que el incumplimiento de TELEFÓNICA no se resume únicamente al incumplimiento de las condiciones esenciales de su Contrato de Concesión, sino que además, la presente infracción tiene como característica fundamental, que la empresa operadora contaba con un año desde la fecha en que inicia sus operaciones (26/07/2016 – 26/07/2017), para la implementación de la infraestructura necesaria para desplegar la tecnología LTE en el centro poblado de Ahuac.

No obstante, se advierte de la documentación que obra en el expediente de supervisión y PAS, que TELEFÓNICA no previó a pesar de contar con el lapso de tiempo y los medios suficientes, las coordinaciones oportunas y necesarias con los pobladores del Centro poblado de Ahuac para llevar a cabo la instalación del equipamiento idóneo para desplegar la tecnología LTE y así poder prestar el servicio PCS.

En ese sentido, aun cuando remitió posteriormente comunicaciones[3] al MTC exponiendo la problemática en el centro poblado de Ahuac, no ha remitido documentación que acredite alguna solución alternativa -además de la intervención del MTC –para prestar el servicio en otro centro poblado de la provincia de Chupaca, Departamento de Junín o en todo caso la solicitud formal para el inicio del procedimiento de suspensión o modificación del contrato.

g. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor: En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - G.G A.TOLEDO

4.2 Con relación a la aplicación de atenuantes de responsabilidad.-

Siguiendo el análisis efectuado por la Primera Instancia Administrativa de la Gerencia General, plasmados en el Informe N° 00012-PIA/2019; esta instancia concluye que en

[3] Cartas TDP-728-AG-GTR-18 y TDP-729-AG-GTR-18

el presente caso, no se ha configurado ninguna de las condiciones atenuantes de responsabilidad contemplado en el numeral 2 del artículo 257° del TUO de la LPAG.

f) Capacidad económica del infractor: De acuerdo a lo señalado por el artículo 25° de la LDFF, las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por TELEFÓNICA en el año 2016 (considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2017).

De acuerdo a lo expuesto, el análisis y conclusiones contenidos en el Informe N° 00012-PIA/2019 que esta instancia hace suyos, acorde con el artículo 6, numeral 6.2 del TUO de la Ley N° 27444;

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el Artículo 41° del Reglamento General del OSIPTEL;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con una MULTA de CIENTO CINCUENTA Y UNO (151) UIT por la **INFRACCION MUY GRAVE,** tipificada en el artículo 6° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, por cuanto habría incumplido con la condición esencial referida a ejecutar el Plan de Cobertura al primer año en el centro poblado de Ahuac, provincia de Chupaca, Departamento de Junín.

Artículo 2°.- La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. conjuntamente con el Informe N° 00012- PIA/2019, y la Resolución N° 030-2014-CD/OSIPTEL

Artículo 4º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), y en el Diario Oficial "El Peruano", en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

OSIPTEL G.G.-PIA M. OROZCO

OSIPTEL PIA - G.G A. TOLEDO

Firmado digitalmente por:CIFUENTES CASTAÑEDA Sergio Enrique FAU 20216072155 soft

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL