



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00132-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 28 de abril de 2022

EXPEDIENTE N°	:	00066-2021-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTO: El Informe N° 00221-DFI/2021 (Informe Final de Instrucción), emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL (DFI); por medio del cual 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 como muy grave en el artículo 6° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (RGIS)¹, por cuanto no habría cumplido con la obligación de ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año en los centros poblados (CCPP) Mariscal Cáceres y Ahuac.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES. -

- Mediante el Informe N° 00182-DFI/SDF/2021 de fecha 14 de julio de 2021 (**Informe de supervisión**), la DFI emitió el resultado de la de la verificación del cumplimiento del Plan de Cobertura (en adelante, PC) al segundo año, respecto a la prestación del Servicio Público de Comunicaciones Personales (PCS) con tecnología LTE en el Bloque C (733-748 MHz/ 788-803 MHz) de la Banda 698 - 806 MHz (en adelante, Banda 700 MHz) a nivel nacional, de la empresa TELEFÓNICA, en virtud de la Resolución Ministerial N° 529-2016-MTC/01.03 de fecha 19 de julio de 2016 y la Resolución Directoral N° 310-2016-MTC/27 de fecha 21 de julio de 2016, tramitada bajo el expediente N° 00019-2020-GSF.
- La DFI con carta N° C.001643-DFI/2021, notificada el 6 de agosto de 2021, comunicó a TELEFÓNICA el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RGIS; otorgándole el plazo de diez (10) días hábiles para que remita sus descargos por escrito.
- Mediante carta N° TDP-3076-AG-ADR-21 de fecha 16 de setiembre de 2021, TELEFÓNICA presenta sus descargos con relación a la imputación de cargos (**Descargo 1**), así como solicita audiencia oral; esta última fue denegada mediante carta N° 02035-DFI/2021, notificada con fecha 27 de setiembre de 2021.
- Con fecha 27 de setiembre de 2021, la DFI remitió el Informe N° 00221-DFI/2021 (**Informe Final de Instrucción**) a la Gerencia General, que contiene el análisis de los descargos presentados por TELEFÓNICA.

¹ Denominación modificada mediante Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de enero de 2022.



Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: bB17h5417,U0@5



5. La Gerencia General con carta N° C.00836-GG/2021 notificada el 6 de octubre de 2021, puso en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Final de Instrucción, a fin que formule sus Descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
6. Mediante carta N° TDP-3660-AG-ADR-21 recibida el 13 de octubre de 2021, TELEFÓNICA solicitó una prórroga de plazo de cinco (5) días hábiles para remitir sus descargos al Informe Final de Instrucción, la misma que fue denegada con carta C. 00865-GG/2021, notificada el 22 de octubre de 2021.
7. Con carta N° TDP-3608-AG-ADR-21 recibida el 22 de octubre de 2021, TELEFÓNICA remitió sus descargos con relación al Informe Final de Instrucción (**Descargo 2**) así como solicitó el uso de la palabra.
8. Por medio de la carta N° TDP-3942-AG-ADR-21 recibida el 18 de noviembre de 2021, TELEFÓNICA amplió sus descargos con relación al Informe Final de Instrucción (**Descargo 3**) así como reiteró se le conceda el uso de la palabra.
9. Mediante la carta C. 00240-GG/2022 notificada el 8 de abril de 2022 se denegó la solicitud de informe oral realizada a través de sus Descargos 2 y 3.
10. Con Memorando N° 00491-GG/2021 (MEMORANDO 491) de fecha 3 de diciembre de 2021, la Gerencia General solicitó a la DFI evalúe los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA a través de su Descargo 3.
11. Con Memorando N° 00024-DFI/2022 recibido el 7 de enero de 2022, la DFI dio respuesta a la evaluación solicitada mediante MEMORANDO 491.
12. Con escrito N° TDP-1612-AG-ADR-22 recibido el 11 de abril de 2022 (**Descargo 4**), TELEFÓNICA presentó descargos adicionales con relación al Informe Final de Instrucción, solicitando entre otros, se le conceda una audiencia de informe oral.

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.

El presente PAS se inició a TELEFÓNICA al imputársele la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RGIS, 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 segundo año respecto de la prestación del





Servicio PCS (Bloque C - 733-748/ 788-803 MHz) en los Centros Poblados Ahuac y Mariscal Cáceres.

Es oportuno indicar que de acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG), aprobado con Resolución N° 004-2019-JUS, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que ésta 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 perjudicado², que pudiera exonerarla de responsabilidad.

De otro lado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 252.3° del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259° del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo, el cual puede ser prorrogado por tres (3) meses adicionales, 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 TELEFÓNICA por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado³ la facultad de resolver el presente procedimiento.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la empresa operadora a través de sus **Descargos 1, 2, 3 y 4** -a los cuales nos referiremos indistintamente como Descargos-, respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

2. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS. -

2.1. SOBRE LOS INCUMPLIMIENTOS DETECTADOS. -

De acuerdo a lo señalado en el Informe de Supervisión, en el presente PAS se imputa a TELEFÓNICA haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 6° del RGIS, calificada como muy grave, dado que habría incumplido con ejecutar su PC al segundo año, obligación esencial del contrato de Concesión Única⁴ (en adelante denominado Contrato de Concesión), respecto a la prestación del Servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz a nivel nacional en los CCPP Ahuac y Mariscal Cáceres.

² PEDRESCHI GARCÉS, Willy. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

³ Teniendo en cuenta que el PAS se inició el 06 de agosto de 2021, fecha en la que se notifica la carta C. 1643-DFI/2021 comunicando a TELEFÓNICA la imputación de cargos.

⁴ Aprobado mediante Resolución Ministerial N° 529-2016-MTC/01.03





2.1.1 Con relación al CCPP Ahuac. -

Respecto al incumplimiento detectado en el CCPP Ahuac TELEFÓNICA alega los siguientes argumentos:

a) Respecto a la supuesta modificación de su Contrato de Concesión. -

TELEFÓNICA manifiesta que el OSIPTEL no sería la autoridad competente para establecer cuáles son los requisitos esenciales para presentar solicitudes en el marco de los tres instrumentos establecidos en el Contrato de Concesión, tales como la suspensión del plazo de concesión, la prórroga del inicio de prestación del servicio concedido y modificaciones de contrato, a fin de solucionar aquellas situaciones que afecten la ejecución de las obligaciones de dicho contrato.

Al respecto, sostiene que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) sería la única entidad pública titular para pronunciarse sobre si un hecho o evento cumple con las condiciones legales necesarias para ser declarado como fuerza mayor. Además, menciona que no existe una disposición específica que faculte al OSIPTEL para calificar los requisitos que debe cumplir la sociedad concesionaria para acreditar la causal de fuerza mayor en el marco del Contrato de Concesión, por lo que, los argumentos que utiliza el regulador para descalificar sus argumentos serían contrarios al Principio de Legalidad.

De ahí que, la referida empresa alega afectación del Principio de Culpabilidad, en tanto para el caso del CCPP Ahuac, el incumplimiento no habría sido ocasionado por falta de diligencia de su representada sino por un supuesto de fuerza mayor, ya que el mismo se debe a la negativa de la población del referido centro poblado en cuanto a que su representada instale la estación base (EEBB) para la prestación del servicio.

Finalmente, TELEFÓNICA alega que habría cumplido con solicitar adecuadamente la modificación de su Contrato de Concesión; siendo que, mediante carta TDP-1729-AG-GTR-18 de fecha 21 de mayo de 2018 (ANEXO 1) solicitó modificar el centro poblado que debe contar con cobertura 4G en el primer año, lo cual, no solo acreditaría que existe un supuesto de prejudicialidad sino también una conducta diligente, destinada al cumplimiento del referido contrato y de la normativa vigente. Tal solicitud, habría sido reiterada y complementada mediante la carta TDP-2775-AG-GTR-18 de fecha 29 de agosto de 2018 (ANEXO 2), presentada al MTC.

Por lo expuesto, la referida empresa, solicita se declare el archivo del PAS en la medida que existiría un pronunciamiento pendiente por parte del MTC.

Respecto a lo alegado por TELEFÓNICA, cabe indicar que la misma, de acuerdo a su Contrato de Concesión⁵, la Resolución Ministerial N° 529-2016-MTC/01.03⁶ y la Resolución Directoral N° 310-2016-MTC/27⁷, estaba obligada a cumplir con el PC al

⁵ Con fecha 20 de julio de 2016, el Estado de la República del Perú, por intermedio del MTC, y TELEFONICA suscribieron el Contrato de Concesión Única.

⁶ Mediante Resolución Ministerial N° 529-2016-MTC/01.03, de fecha 19 de julio de 2016, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) resolvió, entre otros: "Otorgar a la empresa TELEFONICA DEL PERU S.A., concesión Única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones por el plazo de veinte (20) años, en el área que comprende todo el territorio de la República del Perú, estableciéndose como primer servicio a prestar, el Servicio Público de Comunicaciones Persona/es (PCS).

⁷ Mediante la Resolución Directoral N° 310-2016-MTC/27, de fecha 21 de julio de 2016, se aprobó el Proyecto Técnico para la prestación del servicio público de comunicaciones (PCS) a nivel nacional; inscrito a favor de TELEFONICA en el Registro de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el mismo que contiene la Descripción de Red. Asimismo, se





segundo año (desde el 26 de julio de 2017 hasta el 25 de julio de 2018), respecto de su meta acumulada, en un total de quince (15) centros poblados, entre ellos el de Ahuac y Mariscal Cáceres, para la prestación del servicio PCS en la Banda 700 MHz, tal como se puede apreciar a continuación:

Cuadro N° 1.- PC vigente

Expansión	Unidades Geográficas (CCPP)				
	1º Año 25/07/2017	2º Año 25/07/2018	3º Año 25/07/2019	4º Año 25/07/2020	5º Año 25/07/2021
Nº de Centros Poblados	15	0	129	0	51
Acumulado	15	15	144	144	195

Fuente: Informe de Supervisión

Cuadro N° 2.- Unidades geográficas (CCPP) que forman parte del PC al segundo año

Nº	DEPARTAMENTO	PROVINCIA	DISTRITO	CENTRO POBLADO	TIPO
1	ANCASH	CASMA	CASMA	CASMA VILLAHERMOSA	URBANO
2	APURIMAC	CHINCHEROS	ANCO_HUALLO	URIPA	URBANO
3	APURIMAC	CHINCHEROS	CHINCHEROS	CHINCHEROS	URBANO
4	AREQUIPA	AREQUIPA	SABANDIA	SABANDIA	URBANO
5	AREQUIPA	AREQUIPA	YURA	CONO NORTE	URBANO
6	AYACUCHO	LA MAR	TAMBO	TAMBO	URBANO
7	HUANCAVELICA	CHURCAMP	CHURCAMP	CHURCAMP	URBANO
8	HUANCAVELICA	TAYACAJA	DANIEL HERNANDEZ	MARISCAL CACERES	URBANO
9	ICA	ICA	LOS AQUIJES	LOS PISCONTES	URBANO
10	ICA	NAZCA	MARCONA	SAN JUAN	URBANO
11	JUNIN	CHUPACA	AHUAC	AHUAC	URBANO
12	JUNIN	HUANCAYO	SAPALLANGA	LA PUNTA	URBANO
13	JUNIN	YAULI	SANTA ROSA DE SACCO	SANTA ROSA DE SACCO	URBANO
14	TACNA	JORGE BASADRE	LOCUMBA	LOCUMBA	URBANO
15	UCAYALI	PADRE ABAD	PADRE ABAD	AGUAYTIA	URBANO

Fuente: Informe de Supervisión

Sin embargo, en el informe de Supervisión se advirtió que TELEFÓNICA habría incumplido su PC al segundo año, respecto de su meta acumulada, en los centros poblados Ahuac y Mariscal Cáceres, habiéndose concluido lo siguiente:

“VI. CONCLUSIONES:

“48. De acuerdo a la evaluación realizada en los apartados 4.2.1 y 4.2.2 del presente informe, y según lo establecido en el cuarto párrafo del numeral 8.3 del Contrato de Concesión Única se verifica lo siguiente: (...)

aprobó la propuesta de ejecución del PC para la prestación de dicho servicio a nivel nacional, conforme con lo señalado en el Anexo 1 de la citada resolución.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

En dos (2) CCPP de (Mariscal Cáceres y Ahuac) que forman parte de la meta acumulada del segundo año del PC, TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. no habría cumplido con el PC al segundo año respecto a la prestación del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz, de acuerdo con el Contrato de Concesión Única y la Resolución Directoral N° 310-2016-MTC/27”.

Ahora bien, en cuanto a lo alegado por TELEFÓNICA sobre el incumplimiento de su PC al segundo año en el CCPP de Ahuac, cabe indicar que la misma reitera los mismos argumentos y medios probatorios presentados (**ANEXOS 1 y 2**), en el PAS tramitado en el Expediente N° 00040-2018-GG-GFS PAS (EXPEDIENTE 40) donde se evaluó el cumplimiento de su PC al primer año. Así, argumenta una supuesta solicitud de modificación del Contrato de Concesión y, falta de competencia del OSIPTEL para calificar los requisitos que debe cumplir la concesionaria para acreditar la causal de fuerza mayor en el Contrato de concesión.

Al respecto, mediante Resolución N° 00148-2019-GG/OSIPTEL emitida en el EXPEDIENTE 40, confirmada mediante Resolución N° 118-2019-CD/OSIPTEL⁸ (RESOLUCIÓN 118), esta Instancia señaló lo siguiente:

*“En ese sentido, si TELEFÓNICA señala que a través de la carta TDP-1729-AG-GTR-18 de fecha 21 de mayo de 2018, solicitó la modificación del Contrato de Concesión, la cual fue reiterada con la carta TDP-2775-AG-GTR-18 de fecha 29 de agosto de 2018 (**Anexo 1**), lo cierto es que ambas cartas además de haber sido presentadas de manera posterior -al vencimiento del primer año (25/07/2017)- para el cumplimiento del Plan de Cobertura, no solicitan de manera clara y precisa que se inicie ya sea un procedimiento de modificación o de suspensión del contrato de concesión, sino que el MTC proceda a dar respuesta al requerimiento efectuado por la GSF a través de su carta C. 1269-GSF/2017 o se informa que se mantiene una situación de caso fortuito o fuerza mayor. (...)”*

Por su parte, en la RESOLUCIÓN 118⁹, el Consejo Directivo del OSIPTEL indicó lo siguiente:

“En atención a ello, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, las comunicaciones cursadas por esta al MTC con fecha 21 de mayo de 2018 y 29 de agosto de 2018, es decir, de manera posterior al vencimiento del primer año, no evidencian una conducta diligente por parte de dicha empresa.

De otro lado, respecto a que el OSIPTEL no es competente para calificar los requisitos que debe cumplir la concesionaria para acreditar la causal de fuerza mayor en el Contrato de Concesión, debe indicarse que dicho argumento contradice la propia pretensión de TELEFÓNICA de que este Organismo evalúe una supuesta prejudicialidad, puesto que al no haber pronunciamiento de parte del MTC, este Organismo solo podría evaluar los medios probatorios que han sido ofrecidos por TELEFÓNICA respecto a la supuesta solicitud de modificación del Contrato de Concesión. Sin embargo, este Consejo coincide con el análisis de la Primera Instancia respecto a que la documentación alcanzada por TELEFÓNICA no acredita la existencia de solicitudes de modificación del Contrato de Concesión.

⁸ Publicada en la página web del Osiptel en el siguiente link: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcjpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.osiptel.gob.pe%2Fmedia%2Folvjdd3f%2Fres118-2019-cd.pdf&clen=423447&chunk=true>

⁹ Mediante Resolución N° 118-2019-CD/OSIPTEL, el consejo Directivo resolvió declarar infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 148-2019-GG/OSIPTEL y confirmar la multa impuesta de ciento cincuenta y un (151) UIT por la comisión de la infracción muy grave contenida en el artículo 6 del RGIS, por el incumplimiento del PC al primer año en el centro poblado Ahuac.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Adicionalmente, resulta pertinente señalar que de acuerdo al oficio N° 361-2019-MTC/27 de fecha 17 de abril de 2019 a través de la cual el MTC remite a TELEFONICA el informe N° 139-2017-MTC/27 emitida por la Dirección General de Programas y Proyectos de Comunicaciones, se impuso una penalidad a dicha empresa por el incumplimiento del Plan de Cobertura para el primer año, por el centro poblado de Ahuac. Ella confirma que TELEFÓNICA no solicitó modificación o suspensión del Contrato de Concesión.”

Sin perjuicio de ello, cabe indicar que, contrario a lo alegado por TELEFÓNICA y en línea con lo señalado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, de la revisión de los **ANEXOS 1 y 2**, presentados en la evaluación de su PC en su primer año, se advierte que mediante los mismos, la referida empresa informa al MTC que se habría producido una situación de fuerza mayor según lo indicado en el literal i) del artículo 6.6 de su Contrato de Concesión, respecto al centro poblado Ahuac; sin embargo, de los mismos no se advierte una solicitud expresa de modificación del contrato de concesión.

Además, se menciona que TELEFÓNICA no ha presentado solicitudes de modificación contractual ni respuesta del MTC en relación a ello, ni que indiquen que la referida empresa se encontraba exenta de cumplir con la ejecución del PC al segundo año en el centro poblado Ahuac, descartándose así cualquier vulneración al Principio de Legalidad como alega la referida empresa.

Ahora bien, con relación al Principio de Culpabilidad, cabe indicar que a la luz del referido principio recogido en el numeral 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG, no basta que un administrado indique que un hecho típico se produjo “por razones fuera de su control”, sino que para analizar algún supuesto eximente de responsabilidad es necesario presentar los medios probatorios que acrediten tal afirmación, esto es, acreditar que no se infringió el deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado debía ser previsto.

Al respecto, no se advierte en el presente PAS, que TELEFÓNICA haya remitido información que acredite la ocurrencia de un supuesto que la exonere del cumplimiento de su obligación de ejecutar el PC en el centro poblado Ahuac durante el segundo año, y mucho menos de su actuar diligente para dar cumplimiento a su obligación. Tampoco ha presentado documentación del MTC que indique la configuración de la causal de fuerza mayor alegada por la referida empresa.

Así, el nivel de diligencia exigido a la referida empresa en el presente caso debe ser alto, puesto que dicha empresa operadora, además de ser un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones, opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado; lo cual no implica la adopción de un régimen objetivo de responsabilidad administrativa, descartándose así cualquier vulneración al Principio de Culpabilidad.

Por lo tanto, a consideración de esta Instancia quedan desestimados los argumentos de TELEFÓNICA, en este extremo de sus descargos.

b) Respecto a la configuración de un supuesto de fuerza mayor. -

TELEFÓNICA indica que en sus diversos escritos de descargos y en el Informe Oral llevado a cabo ante la Gerencia General, sin perjuicio de que corresponde al MTC declarar la Fuerza Mayor para efectos contractuales; el OSIPTEL puede emitir un pronunciamiento declarando la fuerza mayor para efectos del presente PAS,





afirmación, que hace en virtud de lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

Agrega que, a diferencia de lo señalado por la DFI, la Gerencia General no desconoce la posibilidad de aplicar el eximente indicado en el párrafo anterior; no obstante, se rechazó la aplicación del mismo, dado que: a) los medios probatorios remitidos por su representada no desvirtúan el incumplimiento detectado y b) la DFI habría cumplido con analizar la totalidad de medios probatorios. Al respecto, señala adjuntar diez (10) medios probatorios a fin de acreditar la fuerza mayor alegada, que se resumen a continuación:

Tabla N° 01: Descripción de Medios Probatorios

N°	Documento	Descripción de TELEFÓNICA
1	Oficio N° 6528-2017-MTC/29 (ANEXO 3) del 25 de agosto de 2017	<p>(...)</p> <p>Resulta evidente que el MTC reconoce, por medio del Oficio que, dadas las situaciones descritas, la población rechaza que nuestra representada continúe realizando acciones. En consecuencia, <u>es el MTC quien se comprometió con la población a que Telefónica no instalaría la estación base mientras no se llegue a un acuerdo colectivo entre la empresa y la población, lo cual manifiesta una imposibilidad en el cumplimiento de la prestación.</u></p> <p>(...), nuestra representada no ha señalado que el oficio del MTC constituya una declaración de Fuerza Mayor, por el contrario, a la fecha, (...), se encuentra a la espera de la emisión del pronunciamiento del MTC sobre esta solicitud. <u>No obstante, el oficio del MTC constituye material probatorio que acredita la imposibilidad de continuar con acciones de trabajo en el CP de Ahuac pues, es el propio MTC quien reconoce el rechazo por parte de los pobladores.</u></p>
2	Correo electrónico de fecha 08 de mayo de 2018 remitido por la Coordinación General de Monitoreo e Inspecciones de Comunicaciones - DGCS-CMTC	<p>(...) <u>la propia autoridad del MTC declara que por motivos diversos recién se coordinó en abril del 2018 una segunda reunión para dar una solución definitiva al problema suscitado en Ahuac.</u> Seguidamente, indica que la reunión que resolvería el conflicto se llevaría a cabo el día 09 de mayo de 2018.</p> <p>(...) <u>lo relevante del medio probatorio descrito es que contiene la descripción de una autoridad sobre la imposibilidad de instalar la antena en el CP de Ahuac,</u> lo que conlleva a su vez la imposibilidad de cumplir con el Plan de Cobertura en el CP en mención".</p>
3	Cartas TP-1868-AR-AIR-17 Y TP-1867-AG-GTR-17 (ANEXO 4), TDP-3692-AG-GGR-18 (ANEXO 5) y TDP-3810-AG-GGR-18 (ANEXO 6)	<p>(...) la carta TP-1868-AR-AIR-17 fue emitida con la finalidad de informar sobre los hechos acontecidos en Ahuac; no obstante, su intención <u>no se limita solamente a tener un carácter informativo</u>"</p> <p>(...) partiendo de la idea de que el Contrato de Concesión establece que la fuerza mayor debe probar el hecho ocurrido, nuestra representada remitió la carta TP-1867-AG-GTR-17 (ANEXO 4); la cual solicita una acción de supervisión que permita generar convicción al MTC sobre la imposibilidad por fuerza mayor. Ante la falta de pronunciamiento del MTC, nuestra representada remitió las cartas TP-3692-AG-GGR-18 (ANEXO 5) y TDP-3810-AG-GGR-18 (ANEXO 6); las cuales tienen por finalidad reiterar nuestra solicitud de declaratoria de fuerza mayor en el marco del procedimiento de prórroga del Plan de Cobertura. Asimismo, demuestran un alto nivel de diligencia, en la medida que <u>Telefónica no asumió una posición pasiva, por el contrario, buscó en todo momento dar una solución definitiva</u></p>





		(...".
4	Actas de "Apoyo Prestado" de fecha 19 de mayo de 2017 (ANEXO 7)	“(...) la finalidad de presentar este medio probatorio radica en que el problema que afronta Telefónica no es ajeno a las demás empresas operadoras del sector. (..) la situación acontecida en el distrito de Ahuac es de tal grado de gravedad que afecta a más de una empresa operadora” Ahora bien, para complementar nuestros medios probatorios, adjuntamos (..), el Oficio N° 7005-2017-MTC/29 (ANEXO 8). Dicho documento evidencia que la situación en Ahuac es tan evidente que no solamente afectaba el cumplimiento del Contrato de Concesión de Telefónica, sino también de otras empresas operadoras, tales como Claro”.
5	Actas de Constatación Policial de fechas 26 y 27 de junio de 2017 (ANEXO 9)	(...) si bien se trata de un problema de ubicación de los equipos en el CCPP de Ahuac, lo cierto es que la oposición presentada por la población, <u>desde el punto de vista técnico, no permite prestar el servicio de telecomunicaciones conforme a los parámetros establecidos contractualmente (..)</u> ”
6	Correo electrónico de fecha 12 de junio de 2017 e Informe situacional de fecha 21 de mayo de 2018 de D'SITE PERU S.A.C. (ANEXO 10)	“(...) D'SITE PERU S.A.C. (en adelante, D'SITE) fue contratada para llevar a cabo la instalación del equipamiento necesario para el despliegue de la tecnología LTE en el marco del Contrato de Concesión. En el marco de estas labores, D'SITE elaboró el Informe Situacional, el cual tiene por finalidad exponer los hechos que han generado la imposibilidad de cumplir con el Plan de Cobertura en el CCPP de Ahuac, (...), también indica cuales fueron las acciones gestionadas por D'SITE. En el punto 8 del Informe Situacional se describe que no se pudo suscribir el acta de acuerdo debido a complicaciones entre los comuneros. Posteriormente, EL DÍA 18 DE MAYO DECLARÓ QUE NO SE LLEGARÍA A NINGÚN ACUERDO CON LA EMPRESA OPERADORA. (..) aun al día de hoy, desconocemos las razones por las cuales el OSIPTEL no ha valorado como pruebas de los hechos acontecidos en Ahuac, el Informe Situacional de D'SITE”

Fuente: Descargos 1 y 2

TELEFÓNICA señala, que todos los hechos descritos deben analizarse a la luz del Principio de Culpabilidad. Asimismo, precisa que la Teoría del Derecho de Responsabilidad establece hasta cinco elementos para determinar la responsabilidad (imputabilidad, antijuridicidad, nexo causal, daño y factor de atribución), este último consiste en establecer a título de qué responde el imputado.

Agrega la referida empresa, que el Tribunal Constitucional reconoció que el procedimiento sancionador debe guiarse por las reglas de la responsabilidad subjetiva, tal como se señalaría en la Sentencia recaída en el Expediente N° 2868-2004-AA/TC. Asimismo, menciona que el TUO de la LPAG reconoce expresamente que la responsabilidad en el procedimiento administrativo sancionador es subjetiva y solo existirá responsabilidad subjetiva para aquellos casos en los que Ley o Decreto Legislativo establezcan infracciones como tales, siendo que en el sector telecomunicaciones, no se observaría dicha norma que estipule ello.

En tal sentido, TELEFÓNICA manifiesta que, queda demostrado que para el presente caso deberá evaluarse la infracción con la responsabilidad subjetiva, ya que, según la teoría de la responsabilidad contractual, los prestadores se eximen de dicha responsabilidad cuando concurren supuestos de fuerza mayor que tengan por característica ser irresistible, imprevisible y extraordinario, tal como se señala en la





Resolución N° 1411/2007.TC-S3 del Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (**ANEXO 11**).

Al respecto, la empresa sostiene que, debe analizarse si el incumplimiento se ha producido por una fuerza irresistible, imprevisible y exterior, es decir, que sea ajeno a su control; circunstancia que no pudo ser advertida o anticipada al momento de la supervisión o inicio de la ejecución de la obligación regulatoria.

En cuanto a la irresistibilidad, alega que es imposible para su representada instalar la Estación Base (EEBB) que sirve para la prestación por negativa de los pobladores de Ahuac que desean que se instale la estación en una zona en la que técnicamente imposibilitaría la prestación del servicio. Por ello, si la salida fuese mover el lugar de la instalación sin que ello afecte la calidad y la cobertura del servicio, habría sido una cuestión dentro del control de su empresa, pero la solución no depende de ello, desde el punto de vista técnico, porque ello afectaría la calidad del servicio.

Sobre la imprevisibilidad, indica que para la misma fue un hecho imprevisible, ya que, al momento de ejercitar su obligación regulatoria no se anticipó esta imposibilidad, ya que, ello habría constituido una nulidad por imposibilidad física y jurídica del contrato. Esto último, fue desarrollado en la Opinión N° 156-2018/DTN (**ANEXO 12**), donde la Dirección Técnica Normativa del OSCE, indica que la imprevisión debe sustentarse en un acto fuera de cualquier planificación, es decir, un hecho extraordinario que excede cualquier acción diligente de anticipación.

Respecto a la exterioridad, alega que el hecho está fuera de su alcance de control y manejo, ya que sería evidente que este obstáculo es provocado por la población que se rehúsa a permitir la instalación salvo que se haga en sus términos; los cuales no son técnicamente viables. Cita a la Opinión N° 104-2016/DTN (**ANEXO 13**), indicando que la fuerza mayor debe ser un hecho que no provenga de una actuación del sujeto fuente del incumplimiento, sino que, debe ser un hecho externo a él y a toda su actuación.

Considerando lo anterior, TELEFÓNICA manifiesta que ha ofrecido a la DFI variedad de medios probatorios, por medio de los cuales se puede determinar la diligencia requerida, demostrándose que prestó todos sus esfuerzos para poder materializar las obligaciones desprendidas del Contrato, por lo que solicita, se declare el archivo del PAS por existir una causal de eximente por responsabilidad; esta es, la fuerza mayor.

En relación a lo alegado por la referida empresa, respecto a los diversos escritos de descargos presentados y en el supuesto Informe Oral llevado a cabo ante la Gerencia General, cabe precisar que la referida empresa no ha indicado con qué comunicaciones habría presentado dichos escritos, así como tampoco la fecha ni hora de realización del informe oral señalado, así como tampoco en el marco de qué procedimiento administrativo sancionador habría presentado el mismo. Asimismo, indica no estar de acuerdo con la valoración de los medios de prueba que habría realizado la Gerencia General.

Sin perjuicio de ello, es importante señalar que el presente procedimiento administrativo sancionador, aún no ha sido resuelto por esta Instancia, por lo que no se ha emitido pronunciamiento alguno por parte de la Gerencia General a la fecha, así como tampoco se ha concedido audiencia de informe oral, habiéndose denegado la solicitud del mismo mediante carta 240-DFI/2022 notificada el 8 de abril de 2022. Por lo que corresponde, dar por desestimados los argumentos de TELEFÓNICA sobre este extremo.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Sin perjuicio de ello, habiendo remitido como anexo de sus descargos en el marco del presente PAS, los documentos que se indican en la Tabla N° 1 del presente pronunciamiento, los mismos fueron analizados por la DFI a través del Informe Final de Instrucción, a fin de determinar la ocurrencia de una causal de exoneración de responsabilidad como la de fuerza mayor, alegada por la empresa operadora, regulada en el literal a) del artículo 257 del TUO de la LPAG.

Ahora bien, el caso fortuito o fuerza mayor es el impedimento que sobreviene para cumplir una obligación debido a un suceso extraordinario ajeno a la voluntad del deudor, aludiendo a una circunstancia imprevista e insuperable.

Por su parte, el código Civil, señala que: “...*caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso*”.

Al respecto cabe citar lo expuesto por el Consejo Directivo del OSIPTEL a través de la Resolución N° 109-2020-CD/OSIPTEL¹⁰, donde señaló lo siguiente:

“En consecuencia, contrario a lo señalado por FIBERLUX, a fin de que se configure la condición eximente de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor debe acreditarse la existencia de un evento extraordinario, imprevisible e irresistible y, adicionalmente, la debida diligencia del sujeto obligado, lo cual significa que debió haber adoptado las medidas necesarias para evitar los resultados infractores provenientes de los hechos fortuitos.”

En forma adicional a lo indicado, la Doctrina especializada –reconocida fuente del derecho–, señala que la “diligencia” debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor, siendo que, en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren autorización administrativa (como es el caso de la Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones) y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior. Por tal motivo, el nivel de diligencia exigido a FIBERLUX es alto, toda vez que dicha empresa opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado, y por el cual asume diversas obligaciones especiales de índole contractual y legal.”
(Subrayado agregado)

Ahora bien, respecto a los documentos listados en la Tabla N° 1 del presente pronunciamiento presentados por TELEFÓNICA a fin de acreditar que el incumplimiento de su PC al segundo año en el CCCPP Ahuac ocurrió debido a un caso de fuerza mayor o caso fortuito, cabe indicar que los mismos fueron presentados en el marco del PAS tramitado en el EXPEDIENTE 40 indicado en el acápite anterior, siendo que el Consejo Directivo a través de la RESOLUCIÓN 118 señaló lo siguiente:

“(…) de la revisión de los medios probatorios alcanzados por TELEFÓNICA¹¹, este Consejo advierte que estos no resultan idóneos a efectos de acreditar un supuesto de

¹⁰ Publicada en la página web del Osipitel en el siguiente link: <chrome-extension://efaidnbnmnibpcajpcgclefndmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fwww.osipitel.gob.pe%2Fmedia%2Fifzn0qrb%2Fres109-2020-cd.pdf&clen=3097236&chunk=true>

¹¹ ANEXOS del 3 al 10 presentados en el marco del PAS tramitado en el EXPEDIENTE 40 y en el marco del presente PAS:

- ANEXO 3: Oficio N° 6528-2017-MTC/29 del 25 de agosto de 2017 y correo electrónico de fecha 08 de mayo de 2018
- ANEXO 4: Cartas TP-1868-AR-AIR-17 y TP-1867-AG-GTR-17
- ANEXO 5: TDP-3692-AG-GGR-18
- ANEXO 6: TDP-3810-AG-GGR-18
- ANEXO 7: Actas de "Apoyo Prestado" de fecha 19 de mayo de 2017
- ANEXO 8: Oficio N° 7005-2017-MTC/29
- ANEXO 9: Actas de Constatación Policial de fechas 26 y 27 de junio de 2017





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

caso fortuito o fuerza mayor, dado que se limitan a exponer la problemática surgida con la población del centro poblado de Ahuac. En relación a ello, es oportuno mencionar que, de acuerdo al oficio N° 6528-2017-MTC/29 remitido por el MTC a TELEFÓNICA, y también en el oficio N° 7005-2017-MTC/29 dirigido a América Móvil Perú S.A.C., la razón por la cual surgió el conflicto con los pobladores, se encontraba referida a la ubicación de las Estaciones Base, puesto que para realizar el mantenimiento, los técnicos deben atravesar propiedad de terceros, situación que no agradaba a los pobladores ya que no eran coordinadas previamente.

(...)

En el presente caso, se reitera que TELEFÓNICA no ha presentado medios probatorios que acrediten que el incumplimiento del Plan de Cobertura se debió a un evento fuera de la esfera de su control. En tal sentido, se advierte que el análisis de la Primera Instancia, que este Consejo comparte, se ajusta al Principio de Culpabilidad.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que en este caso en particular el análisis de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, no debe agotarse en la presunta imposibilidad de instalar una estación base, dado que como se ha mencionado a lo largo de la tramitación del presente procedimiento, existen diversos instrumentos establecidos en el Contrato de Concesión para la solución de situaciones que afecten la ejecución de las obligaciones de dicho contrato (la suspensión, la prórroga y la modificación del Contrato de Concesión). En tal sentido, para determinar la existencia del caso fortuito o fuerza mayor, también debería acreditarse que este imposibilitó a TELEFÓNICA incluso acudir a dichos instrumentos.

Sin embargo, no solo no existen elementos que acrediten que TELEFÓNICA se encontraba impedida de ejercitar dichos instrumentos, sino que habiendo conocido la problemática con la población del centro poblado de Ahuac, durante un periodo largo de tiempo, no lo hizo. En ese sentido, corresponde desestimar este extremo.”
(Subrayado nuestro)

En tal sentido, teniendo en cuenta que la empresa TELEFÓNICA ha presentado los mismos medios probatorios que fueran analizados por el Consejo Directivo del Osiptel en el marco del PAS tramitado por incumplimiento de su PC en el primer año, esta Instancia hace suyo el análisis efectuado por dicho Colegiado, reiterando que la referida empresa no ha presentado medios probatorios que acrediten que el incumplimiento de su Plan de Cobertura, en este caso en el segundo año de ejecución, se debió a un evento fuera de la esfera de su control. Dicho análisis también es compartido por el Órgano Instructor.

En efecto, la DFI señala en el Informe Final de Instrucción, que de acuerdo a lo resuelto en el EXPEDIENTE 40, confirmado por el Consejo Directivo, los medios probatorios detallados en la Tabla N° 1 del presente pronunciamiento, no resultan idóneos ni suficientes para acreditar un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, y la diligencia con la que debió actuar la referida empresa, a fin de cumplir con ejecutar el PC al segundo año en el centro poblado Ahuac, ya que de la revisión de los mismos se desprende que fue puesto en conocimiento al MTC una oposición de los pobladores para instalar la infraestructura en el referido centro poblado, lo que contrario a lo alegado por la administrada, no puede considerarse imprevisible, toda vez que la misma tiene experiencia en ejecutar obligaciones de cobertura en el marco de

- ANEXO 10: Correo electrónico de fecha 12 de junio de 2017 e Informe situacional de fecha 21 de mayo de 2018 de D'SITE PERU S.A.C.





obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión, que implican despliegue de infraestructura.

De otro lado, con relación a lo alegado por TELEFÓNICA que el hecho está fuera de su alcance de control y manejo y que la población se rehúsa a permitir la instalación de infraestructura salvo que se haga en sus términos; los cuales no sería viable, por lo que el incumplimiento imputado cumpliría con la característica de exterioridad de un caso de fuerza mayor; de acuerdo a lo indicado por la DFI en el Informe Final de Instrucción, de la revisión de los medios probatorios presentados por la aludida empresa y que se listan en la Tabla N° 1, en ninguno de ellos se advierte la negativa de la población, ni los términos en los cuales si permitiría a la administrada la instalación de la infraestructura necesaria para ejecutar el PC en el centro poblado Ahuac, así como tampoco el sustento de por qué los mismos no serían técnicamente viables, razón por la cual, corresponde desestimar el **ANEXO 13**.

En tal sentido, se advierte que a través de los medios probatorios presentados en el presente PAS, la empresa operadora no ha acreditado que el incumplimiento imputado - no haber cumplido con su obligación de ejecutar su PC en el segundo año en el centro poblado Ahuac- este fuera de su esfera de control y por ende corresponda ser exonerada de su responsabilidad por un supuesto de fuerza mayor como pretende TELEFÓNICA, ya que dicho incumplimiento no atiende a una característica irresistible, imprevisible y extraordinaria, tal como se propugna en los **ANEXOS 11 y 12**.

De otro lado, en relación al **ANEXO 8**, la DFI menciona en el Informe Final de Instrucción que no se encontró el mismo, al momento de efectuar el análisis de los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA en el presente PAS. De igual manera tampoco fue presentado a esta Instancia. No obstante, tal como se puede apreciar en la RESOLUCIÓN 118 antes señalada, respecto al referido anexo se menciona que, de acuerdo al mismo, remitido por el MTC a América Móvil Perú S.A.C. (América Móvil), la razón por la cual surgió el conflicto con los pobladores en el centro poblado de Ahuac, al igual que ocurrió con TELEFÓNICA, se encontraba referida a la ubicación de las Estaciones Base, puesto que para realizar el mantenimiento, los técnicos deben atravesar propiedad de terceros, situación que no agradaba a los pobladores ya que no eran coordinadas previamente, hecho que como ha confirmado el Consejo Directivo no puede calificarse como un supuesto de fuerza mayor y por tanto permita exonerar a la administrada.

A mayor abundamiento, mediante Resolución N° 151-2019-CD/OSIPTEL¹², que confirmó la sanción impuesta a América Móvil, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6 del RGIS, por cuanto habría incumplido con la condición esencial referida a ejecutar el PC al primer año en el CCPP de Ahuac, respecto al ANEXO 8 que fuera presentado en el marco de dicho PAS, a fin de acreditar la configuración de un supuesto de fuerza mayor, el Consejo Directivo señaló lo siguiente:

“(…), es oportuno mencionar que, de acuerdo al oficio N° 7005-2017¹³- MTC/29 remitido por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), y también en el oficio N° 6528-2017-MTC/29 dirigido a Telefónica del Perú S.A.A., la razón por la

¹² Emitida en el Expediente N° 00039-2018-GG-GSF/PAS, publicada en la página web institucional del OSIPTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/media/afd14alb/res151-2019-cd.pdf>

¹³ ANEXO 8 presentado en el marco del presente PAS





cuál surgió el conflicto con los pobladores, se encontraba referida a la ubicación de las Estaciones Base y no a la prestación del servicio". (Subrayado agregado)

En tal sentido, si bien se advierte que existió otra empresa que habría incumplido su PC en el mismo centro poblado materia de análisis, lo cierto es que la causal de fuerza mayor que alegaron ambas empresas estaba referida a un conflicto de estas con la población de Ahuac referido a la ubicación de la infraestructura a desplegar y no a la prestación del servicio en sí, razón por la cual el ANEXO 8 no desvirtúa la imputación relacionada al incumplimiento de su PC en el CCPP Ahuac, al segundo año, ni permite exonerar de responsabilidad a la administrada.

Por tanto, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA, en este extremo de sus descargos, ya que, al no haberse acreditado la causal de exoneración de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor, no corresponde su aplicación en el presente caso.

c) Sobre los últimos medios probatorios presentados. -

TELEFÓNICA señala que, si bien el CCPP Ahuac se encontraba sin cobertura durante el primer año de su PC, debido a que la población se negaba a que se instale la EEBB, situación que se mantuvo durante el segundo año, se habría logrado superar dicha dificultad y ya se habría instalado la EEBB, la misma que cumple con la cobertura, tal como ha sido indicado en la carta TDP-4222-AG-GTR-19 (**ANEXO 14**¹⁴).

Agrega la empresa que, en virtud de que el cumplimiento se hizo con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos del presente PAS, se acredita la voluntariedad y el cese de la misma, lo que configuraría el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, por lo que solicita el archivo de este extremo del PAS.

En relación al **ANEXO 14** presentado por TELEFÓNICA, de acuerdo a lo indicado en el MEMORANDO 24, tal consiste en la carta TDP-4222-AG-GTR-19 recibida el 30 de octubre de 2019, a través de la cual la referida empresa presenta, entre otros, el avance de su PC al tercer año, señalando que a partir del 13 de junio de 2019 ya se encontraba operativo el servicio PCS en el CCPP de Ahuac, distrito de Ahuac, provincia de Chupaca, departamento de Junín.

Además, se menciona que dicho avance constituye únicamente una declaración de la empresa operadora, la cual está sujeta a verificación por parte de la DFI, siendo que, del resultado de esta, mediante Informe N° 00027-DFI-SDF-2022 (INFORME 27) de fecha 18 de febrero de 2022, emitido en el Expediente N° 00196-2021-DFI, se advirtió que TELEFÓNICA habría incumplido su PC al tercer año, entre otros en el CCPP de Ahuac, toda vez que:

- (i) No ha contado con cobertura para la prestación del servicio PCS desde el 25 de julio de 2018, fecha donde inicia el PC al tercer año hasta el 13 de junio de 2019, fecha donde entró en funcionamiento la estación "Ahuac", por lo que transcurrieron trescientos veintitrés (323) días donde TELEFÓNICA no habría cumplido con prestar el servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 en el centro poblado de Ahuac; toda vez que esta localidad en mención debió prestar el servicio desde el primer año del Plan de Cobertura.
- (ii) No ha prestado el servicio concesionado durante trescientos veintitrés (323) días a cuarenta y un (41) días del cumplimiento de la meta acumulada del PC al tercer año.

¹⁴ Anexo 5 de su Descargo 3





- (iii) *No ha contado con la capacidad técnica y/o infraestructura desplegada para prestar efectivamente el servicio durante trescientos veintitrés (323) días a cuarenta y un (41) días del cumplimiento de la meta acumulada del PC al tercer año.*

Sobre el particular, si bien de acuerdo a lo señalado en el INFORME 27 antes mencionado, el CCPP Ahuac contaría con el servicio PCS a partir del 13 de junio de 2019; no obstante, al haber estado más de 323 días sin cobertura del mismo, en el tercer año de ejecución de su PC, mediante la Carta N° C. 00590-DFI/2022 notificada el 18 de marzo de 2022 se comunicó a la empresa TELEFÓNICA el inicio de un PAS, por el presunto incumplimiento de su PC en dicho periodo, entre otros, en dicho centro poblado; no obstante, ello no desvirtúa ni exonera de responsabilidad a la referida empresa por el incumplimiento de su PC en el segundo año, materia del presente PAS.

Respecto a la configuración de la subsanación voluntaria de la conducta infractora, nos remitimos al análisis efectuado en el numeral 2.2, acápite II) del presente pronunciamiento.

En tal sentido, corresponde desestimar los alegatos formulados por TELEFÓNICA en este extremo del PAS.

2.1.2 Respecto al CCPP Mariscal Cáceres. –

a) En cuanto a que habría cumplido su PC al segundo año. -

TELEFÓNICA manifiesta que el OSIPTEL aduce que su representada ha incumplido su PC al segundo año en el CCPP Mariscal Cáceres, basándose en la no instalación de una EEBB en el mismo, que haga posible ofrecer cobertura 4G a la población de dicho centro poblado, a pesar de que, en su carta TDP-2943-AG-GTR-18 (**ANEXO 15¹⁵**) informó al regulador la conformidad de la instalación y concurrente prestación del servicio en el centro poblado en mención; no obstante, la DFI señala que la EEBB a la que hace referencia la referida empresa no se encuentra dentro del centro poblado de Mariscal Cáceres sino en Ura Pampas.

Agrega la referida empresa, que en el EXPEDIENTE 40, la DFI supervisó el cumplimiento del PC del primer año y dio por válido el cumplimiento de dicho Plan para todos los centros poblados, con excepción del CCPP Ahuac, siendo que, durante dicha supervisión, su representada indicó que la EEBB se encontraba instalada en Ura Pampa, y que a pesar de no estar en Mariscal Cáceres, ésta cumplía con la cobertura declarada por su representada para brindar el servicio a la población de Mariscal Cáceres en tecnologías 2G, 3G y 4G.

Asimismo, TELEFÓNICA señala que hizo una simulación de la tecnología y banda a fin de acreditar que la EBC "URA_PAMPAS" brinda servicio al CCPP Mariscal Cáceres de acuerdo a las cuadrículas graficadas. Dicha simulación confirmaría que sí existe cobertura en dicho centro poblado, tal como se observaría en la Mancha de Cobertura 1 (**ANEXO 16¹⁶**), así como, también, adjunta un reporte con el porcentaje de cobertura

¹⁵ Anexo 1 de su Descargo 3

¹⁶ Anexo 2 de su Descargo 3





alcanzado por el CCPP Mariscal Cáceres (**ANEXO 17**¹⁷) y los valores de medición utilizados (**ANEXO 18**¹⁸).

De acuerdo a ello, la citada empresa señala que habría demostrado que su representada ha cumplido con el PC en el CCCPP Mariscal Cáceres conforme a la simulación que hizo y de acuerdo a la validación del primer año hecha por la propia DFI, por lo que solicita el archivo de este extremo del PAS.

Respecto a lo alegado por TELEFÓNICA, de acuerdo a lo analizado en el Informe de Supervisión, se verificó que la referida empresa no acreditó la prestación del servicio y no mantuvo cobertura declarada para la prestación del Servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz, de acuerdo a la información remitida al OSIPTEL en las declaraciones de Cobertura (Anexo 5-A del Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico Cobertura¹⁹- en adelante Reglamento de Cobertura).

Al respecto, de acuerdo a lo indicado por la DFI a través del MEMORANDO 24, para verificar el cumplimiento del PC se evalúa la prestación del servicio PCS con tecnología LTE ejecutado por TELEFÓNICA en el Bloque C de la Banda 700 MHz, por lo que los medios probatorios destinados a acreditar el cumplimiento de su PC al segundo año deben estar referidos específicamente a la prestación del servicio bajo la tecnología LTE, y no a otras tecnologías.

Ahora bien, respecto del **ANEXO 15** presentado por TELEFÓNICA, la DFI manifiesta en el citado memorando que el mismo está referido a su carta N° TDP-2943-AG-GTR-18, a través de la cual presentó la información de avance de su PC al segundo año, reportando que estaría prestando el servicio en el CCPP Mariscal Cáceres. No obstante, ello únicamente constituye una declaración de la empresa operadora, la cual está sujeta a verificación por parte de la DFI en base a la información y acreditaciones que considere pertinente recabar, para cual se le requirió diversa información mediante la carta N° 00685-GSF/2020.

De otro lado, respecto a la gráfica remitida en el archivo HU00022_LTE700_Urbano.kmz (**ANEXO 16**), la DFI señala en el mismo Memorando que, de acuerdo a lo que indica TELEFÓNICA, mostraría el mapa de cobertura de la EBC "URA_PAMPAS" con tres (3) tecnologías ofrecidas por la empresa: 2G, 3G y 4G, no pudiendo descartar las que no corresponderían a la tecnología 4G, por lo que, no es posible evaluar dicho medio probatorio, considerando además que dicha gráfica no señala la fecha de ejecución de dicha medición a fin de determinar si corresponde al periodo del segundo año del PC.

Asimismo, en cuanto a la información remitida en el archivo Excel denominado "ANEXO 3.xls" (**ANEXO 17**), en el citado Memorando se señala que dicho anexo contendría información de la operatividad de la EBC "URA_PAMPAS", la cual no detalla ni acredita la fecha de operación de dicha estación base; siendo que los nueve registros allí indicados, no demuestran la operatividad de la indicada estación durante el periodo de ejecución del PC al segundo año (entre el 26 de julio de 2017 y el 25 de julio de 2018); por lo tanto, no es posible afirmar que dicha estación base haya estado operativa durante el periodo de ejecución del Plan de Cobertura al segundo año.

¹⁷ Anexo 3 de su Descargo 3

¹⁸ Anexo 4 de su Descargo 3

¹⁹ Aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 00135-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.





En relación al **ANEXO 18**, la DFI sostiene en el Memorando en el mencion, que dicho anexo muestra una tabla que correspondería al valor de niveles de señal de una estación denominada “LTE_HU00022_Rural Properties” y relacionada con el archivo kmz denominado “HU00022_LTE700_Urbano (1).kmz” (**ANEXO 16**). Agrega, que en el archivo kmz, TELEFÓNICA indica que se muestran las tres tecnologías (2G, 3G y 4G), por lo que la información mostrada en el referido anexo 18 se encontraría relacionada también a las tres tecnologías, no estando en evaluación las tecnologías 2G y 3G para el cumplimiento del PC. Asimismo, en el anexo bajo análisis no se señala la fecha de obtención de dicha información, por lo que no se tiene certeza de que dicha acreditación corresponda al periodo de evaluación.

De acuerdo a lo señalado, los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA en este extremo no permiten acreditar lo alegado por ésta.

Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la evaluación de las metas del PC al primer y segundo año son independientes, dado que si bien la meta anual y acumulada del PC al primer año es igual a la meta acumulada del PC al segundo año, ello no implica que el cumplimiento de la meta del primer año conlleve automáticamente al cumplimiento de la meta acumulada del segundo año, sino que corresponde al OSIPTEL verificar que dicha prestación del servicio se mantenga durante el segundo año del PC, situación que, de acuerdo a lo verificado en el Informe de Supervisión, no se ha presentado.

Asimismo, debe considerarse que, para la evaluación del PC del segundo año, la DFI ha tomado en cuenta, adicionalmente, lo señalado en el cuarto párrafo del numeral 8.3 de la cláusula 8 del Contrato de Concesión, el cual establece que: *“El OSIPTEL es responsable de la supervisión y fiscalización del cumplimiento del Plan de Cobertura contenido en la Propuesta Técnica utilizando el bloque C de la Banda. El proceso de supervisión y fiscalización se realizará de acuerdo con el Reglamento de Cobertura aprobado por el OSIPTEL.”* (Subrayado agregado)

De acuerdo a ello, conforme se sustenta en el numeral 4.2.2 del Informe de Supervisión, para dicha evaluación se consideró los reportes de cobertura presentados por TELEFÓNICA de acuerdo a lo previsto en el Reglamento de Cobertura), a fin de constatar que en el periodo comprendido desde el 26 de julio de 2017 hasta el 25 de julio de 2018, los CCPP que forman parte de la meta acumulada del PC al segundo año mantenían cobertura declarada.

Es así que, en base a dichos medios probatorios, la DFI verificó que TELEFÓNICA no declaró cobertura para prestar el servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz, en el CCPP Mariscal Cáceres, lo cual fue considerado para determinar el incumplimiento materia de imputación, situación que no ha sido desvirtuada con los medios probatorios presentados por TELEFÓNICA analizados en este extremo.

Finalmente, cabe precisar que la referida empresa tenía conocimiento de que el proceso de supervisión y fiscalización debía realizarse de acuerdo con el Reglamento de Cobertura, pues ello se encuentra expresamente establecido en su Contrato de Concesión, por lo que no es posible admitir una presunta afectación al Principio de Predictibilidad, y menos aún, desconocer la aplicación de dicha disposición.

En consecuencia, corresponde desestimar los argumentos y medios probatorios presentados por TELEFÓNICA en este extremo.



**b) En cuanto a que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad. –**

TELEFÓNICA señala que, de acuerdo con MORÓN URBINA²⁰, el Principio de Razonabilidad tiene como ámbito protector a la persona humana y arbitrando razonablemente con el interés público. De esta manera, el TUO de la LPAG, mediante este principio, da una pauta fundamental a la autoridad que tiene la competencia para producir actos de gravamen contra los administrados: producirla de manera legítima, justa y proporcional.

Asimismo, la referida empresa sostiene que el Principio de Razonabilidad sirve como una directriz para dirigir la actuación de la Administración Pública y evitar que las medidas adoptadas por ella resulten desproporcionales y/o resulten lesivas para los administrados.

Al respecto, sostiene que el OSIPTEL no habría desarrollado el test de razonabilidad, el cual debe realizarse para justificar la adopción de una determinada medida de gravamen por parte de la Administración Pública, el cual se basa en tres dimensiones: juicio de adecuación, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad:

En cuanto al juicio de idoneidad, TELEFÓNICA sostiene que, si la finalidad es asegurar que la población del CCPP Mariscal Cáceres cuente con el servicio de telefonía móvil 4G, poco o nada servirá imponer una sanción su representada, ya que, lo único que conseguirá será un desmedro económico a la empresa, pero dicho centro poblado seguirá sin servicio.

Sobre el juicio de necesidad, manifiesta que el OSIPTEL pudo haber impuesto una medida correctiva en lugar de decidir iniciar un PAS, dado que a su entender sí concurren los requisitos para imponer dicha medida, siendo esta mucho menos intrusiva y lesiva que el decidir imponer multas administrativas. Agrega, que es el primer periodo en el que se determina el presunto incumplimiento del CCPP Mariscal Cáceres, lo cual evidencia que no se trata de una conducta recurrente o reiterada, por lo cual debería primar el criterio que el Consejo Directivo aplicó en anteriores ocasiones y cuyo testigo más acuciante se reflejó en la Resolución N° 092-2017-CD/OSIPTEL (**ANEXO 19²¹**).

Respecto del juicio de proporcionalidad, TELEFÓNICA señala que el mismo no se ha visto satisfecho toda vez que la medida adoptada por la Gerencia General debe ser acorde y proporcional a los hechos y circunstancias particulares en cada caso, como veremos en los siguientes apartados, la Gerencia General debió valorar el ánimo de cumplimiento de su representada.

En razón a lo antes mencionado, TELEFÓNICA solicita el archivo de este extremo del PAS.

Respecto a lo alegado por la referida empresa, que el OSIPTEL no habría desarrollado el test de razonabilidad, contrario a ello se advierte que la DFI sí ha efectuado un desarrollo del referido test. Sin perjuicio de ello, a continuación, se procede a desarrollar el referido test en sus tres dimensiones: el juicio de adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad.

²⁰ MORÓN, Juan Carlos (2017). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 87.

²¹ Anexo 14 de sus Descargos 1 y 2





Respecto al **juicio de adecuación**, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado.

Además, el objetivo del presente procedimiento corresponde a la tutela del bien jurídico protegido, el cual está representado en garantizar que las condiciones esenciales establecidas en los Contratos de Concesión sean cumplidas por las empresas operadoras.

En el caso del Plan de Cobertura, este además guarda relación con el derecho de las personas que viven en los centros poblados incluidos en dicho plan a acceder al servicio público de telecomunicaciones. Por lo cual, el incumplimiento del Plan de Cobertura en alguno de dichos centros poblados afecta a toda la población del mismo. Así, con la imposición de la sanción se busca que TELEFÓNICA tenga comportamientos eficaces que cautelen la instalación y prestación del servicio en los centros poblados que su Plan de Cobertura determine y en los plazos previstos.

Sobre el **juicio de necesidad**, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Al respecto, de conformidad con el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, frente al incumplimiento de normas aplicables, de regulaciones o de obligaciones contenidas en los contratos de concesión, el OSIPTEL puede ejercer su función fiscalizadora y sancionadora imponiendo sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras que se encuentren incurso en algún incumplimiento. Es decir, el OSIPTEL cuenta con facultades para optar por imponer una medida correctiva o imponer una sanción.

Así tenemos que, frente a la imposición de otras medidas contempladas en el Reglamento General de Supervisión (actualmente, denominado Reglamento General de Fiscalización)²², debe tenerse en consideración la finalidad perseguida, la misma que en el presente PAS es que TELEFÓNICA despliegue las acciones necesarias a fin de que se disuada de la configuración de la infracción que es objeto de imputación en el presente PAS.

Respecto de la imposición de Comunicaciones Preventivas, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento General de Fiscalización, se debe señalar que las mismas correspondían a comunicaciones emitidas en el marco de un monitoreo. No obstante, considerando que la infracción tipificada en el artículo 6° del RGIS, se detectó en la etapa de supervisión, no resultaba aplicable las comunicaciones preventivas previstas en el artículo 7° del referido Reglamento.

En cuanto a la imposición de Medidas de Advertencia, el artículo 30^{o23} del Reglamento General de Fiscalización (antes de su reciente modificación) establecía supuestos de

²² Aprobado por la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL y modificatoria.

²³ "Artículo 30°. - **Medidas de Advertencia**

Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y





aplicación de dichas medidas y en qué casos se excluye la posibilidad de comunicar dicha medida. En cuanto a este último, cabe indicar que, en tanto el incumplimiento imputado estaba calificado como una infracción muy grave, se trababa de un supuesto de exclusión del citado artículo, por lo que no resultaba posible su aplicación en el presente PAS.

Por su parte, respecto de la imposición de una Medida Correctiva, el artículo 23º del RGIS establece que las medidas correctivas tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en normas legales o en los contratos de concesión, a través de la cual, los órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, ordenan a las empresas operadoras que realicen una determinada conducta o se abstengan de la misma, con la finalidad de que cumplan con determinadas obligaciones legales o contractuales. Dichas medidas establecerán mecanismos adecuados que permitan su debido cumplimiento; así como el respectivo plazo para que éste se produzca.

En este aspecto, es preciso hacer alusión a la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD-OSIPTEL que modificó el RGIS, la cual sugiere que la misma se aplica en el caso de infracciones administrativas de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y en la que no se han presentado factores agravantes. Al respecto, si bien la probabilidad de detección en el presente caso es muy elevada, se advierte que el beneficio ilícito no es reducido y si bien no se han presentado factores agravantes, TELEFÓNICA ha reiterado la conducta infractora imputada.

En efecto, debe considerarse que el beneficio ilícito obtenido por TELEFÓNICA está representado por los costos evitados, que 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.

Asimismo, debe considerarse que no es la primera vez que la referida empresa incurre en incumplimientos de la misma materia, como se señaló previamente, ya que mediante Resolución N° 118-2019-CD/OSIPTEL se resolvió confirmar la multa impuesta de ciento cincuenta y un (151) UIT por la comisión de la infracción muy grave contenida en el artículo 6 del RGIS, por el incumplimiento del PC al primer año en el centro poblado Ahuac.

la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

La medida de advertencia a ser comunicada será establecida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión mediante un documento escrito dirigido a la entidad supervisada que adjunte el Informe de Supervisión que lo sustenta, al que se hace referencia en el artículo 15º del presente Reglamento.

Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.

b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.

d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la se refiere el artículo 16º del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Quinta Disposición Complementaria Final.

e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.

(...)"





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Al respecto, es importante mencionar que, si bien se trata de la primera vez que registra incumplimiento de su PC en el CCPP Mariscal Cáceres, lo cierto es que ha incurrido en la misma infracción sancionada, la cual no se materializa por cada centro poblado sino por la cantidad de estos en cada periodo de ejecución.

En cuanto al **ANEXO 19**²⁴, cabe indicar que a través del mismo se revocó la sanción de 151 UIT impuesta a TELEFÓNICA, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 8 del Anexo 7 del Reglamento de Disponibilidad Rural, debido a que el Consejo Directivo consideró que la Gerencia General al momento de resolver debió aplicar una medida correctiva en vez de imponer una sanción, en atención a las siguientes particularidades: i) la obligación de continuidad con sus nuevos alcances entró en vigencia el mismo 2014; ii) los usuarios de dicho servicio mostraban preferencia por el servicio de telefonía móvil; (iii) la empresa realizó las coordinaciones necesarias para garantizar que el servicio este accesible; y, (iv) la empresa solicitó que dichos centros poblados sean incluidos en un periodo de observación, las cuales no se han presentado en el presente PAS, razón por la cual corresponde desestimar el referido anexo.

En virtud a lo señalado, el inicio de un PAS era el único medio viable para persuadir a TELEFÓNICA, a garantizar el cumplimiento de la medida impuesta; por lo tanto, se cumple la dimensión del test de razonabilidad en lo que atañe al juicio de necesidad.

Por último, en virtud al **juicio de proporcionalidad**, se busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, por lo cual se considera que este parámetro está vinculado con el juicio de necesidad.

En efecto, esta Instancia considera que el inicio del presente PAS guarda una relación razonable con el fin; esto es que TELEFÓNICA cumpla con lo dispuesto en el artículo 6° del RGIS (cumplimiento de las condiciones esenciales establecidas como tales en su Contrato de Concesión), teniendo en cuenta que sancionando la referidas conductas, se busca desincentivar a los operadores de posibles futuros incumplimientos, y así garantizar que se respete el objeto fundamental del Contrato de Concesión que es asegurar la eficiente prestación del servicio, el cual debe brindarse con calidad, eficiencia y continuidad, y así el ente regulador cumplir con su función supervisora y fiscalizadora determinando las condiciones mínimas en las cuáles se deba prestar el servicio público de telecomunicaciones a nivel nacional.

En ese contexto, queda evidenciado que el OSIPTEL ha respetado los tres sub principios señalados por el Tribunal Constitucional. En consecuencia, se concluye que en el Informe de Supervisión y en el presente PAS se cumplió con garantizar el Principio de Razonabilidad.

Por estas consideraciones, lo argumentado por TELEFÓNICA en este extremo carece de sustento, correspondiendo dar por desvirtuados sus argumentos y proseguir con el presente PAS.

2.1.3 Sobre su solicitud de informe oral. –

A través de sus Descargos 2, 3 y 4, TELEFÓNICA solicitó audiencia de Informe Oral ante esta Instancia, debiendo señalarse al respecto que si bien los administrados ostentan el derecho de solicitar el uso de la palabra, cuando

²⁴ Emitido en el Expediente N° 00067-2016-GG-GFS/PAS





corresponda, es facultad de la autoridad competente determinar, si en un caso en particular, corresponde acoger tal solicitud.

En el presente caso, se ha verificado que, en el transcurso del PAS, TELEFÓNICA ha tenido la oportunidad de exponer por escrito sus argumentos, plantear su posición y presentar los medios probatorios que consideraba pertinentes; tal es el caso de sus Descargos 1, 2, 3 y 4.

De otro lado, acorde con lo previsto en la Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTEL, norma que modifica el RGIS, vigente desde el 29 de noviembre de 2021; los Órganos de Resolución pueden conceder Informe Oral al administrado que lo solicite, salvo que consideren -entre otros- que cuentan con los elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente, lo cual debe sustentarse en el acto que lo deniegue.

En virtud de lo expuesto, esta Gerencia General considera que al contar con todos los elementos necesarios sobre los hechos que son materia de análisis en el presente procedimiento, corresponde denegar la solicitud de Informe Oral presentado por la empresa operadora TELEFÓNICA a través de su Descargo 4.

Cabe indicar que la solicitud de informe oral efectuado por TELEFÓNICA a través de sus Descargos 2 y 3 ha sido denegada mediante carta C. 00240-GG/2022 notificada el 8 de abril de 2022.

2.2 RESPECTO DE LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXIMENTES DE SPONSABILIDAD. -

Determinada la comisión de la infracción tipificada en el artículo 6° del RGIS por parte de TELEFÓNICA, corresponde que esta Instancia evalúe si en el presente caso, se ha configurado las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG, así como en el artículo 5° del RGIS:

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento, se advierte que TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento al artículo 6° del RGIS, 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 TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento al artículo 6° del RGIS, se hayan producido como consecuencia del cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza este eximente, siendo que TELEFÓNICA es una persona jurídica no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad 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 TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento al artículo 6° del RGIS se produjeron por el 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 TELEFÓNICA no ha acreditado que el incumplimiento al artículo 6° del RGIS, se generaron por un 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 administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 257° del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello a efectos de determinar si se ha configurado dicha eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
 - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
 - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
 - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

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 corresponde al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto²⁵ –haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

Respecto al cese de la conducta infractora:

En este extremo del PAS, TELEFÓNICA alega que se habría producido el cese de la conducta infractora antes del inicio del PAS y de manera voluntaria, toda vez que su representada contaría con cobertura y estaría prestando el servicio de

²⁵ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.





PCS en el CCPP Ahuac desde el 13 de junio de 2019. Y, además a su entender, también prestaría dicho servicio en el CCPP Mariscal Cáceres.

Al respecto, tal como se señala en el punto 2.1.1 del presente pronunciamiento, de acuerdo a lo indicado en el INFORME 27 el CCPP Ahuac contaría con servicio de PCS con tecnología LTE desde el 13 de junio de 2019, esto es al tercer año de ejecución del PC de TELEFÓNICA (25 de julio de 2018 al 24 de julio de 2019). Si bien el MEMORANDO 24, señala que a la fecha de emitido el mismo estaría en trámite la supervisión del cumplimiento de la ejecución del PC en dicho año, lo cierto es que, a la fecha, la referida empresa incluso ha sido notificada²⁶ con un inicio de PAS recaído en el Expediente N° 32-2022-GG-DFI/PAS, por el incumplimiento de su PC en dicho periodo.

En cuanto al CCPP Mariscal Cáceres, de acuerdo a lo señalado en el numeral 2.1.2 del presente pronunciamiento, la empresa TELEFÓNICA no ha acreditado prestar el servicio de PCS en el centro poblado mencionado en la ejecución del segundo año de su PC- materia de evaluación en el presente PAS, además en el expediente en mención, también se le imputa haber incumplido su PC en dicho centro poblado en el tercer año.

Ahora bien, a efectos de analizar si se habría producido el cese de la conducta infractora, es pertinente invocar el pronunciamiento contenido en la Resolución N° 056-2018-CD/OSIPTEL²⁷, donde el Consejo Directivo estableció que el cese de la conducta infractora, así como la reversión de los efectos derivados de la infracción, deben verificarse respecto de todos los actos u omisiones por las que se atribuye responsabilidad a la empresa operadora.

En tal sentido, de lo actuado en el presente PAS, se advierte que TELEFÓNICA no ha presentado medios probatorios que acrediten el cese de la totalidad de los incumplimientos que constituyen la conducta infractora de presente PAS, ya que, si bien contaría con cobertura del servicio PCS con tecnología LTE en el CCPP Ahuac desde el 13 de junio de 2019, tal como se ha indicado de manera previa, seguiría sin cobertura y sin prestar dicho servicio y bajo tal tecnología en el centro poblado Mariscal Cáceres.

Tomando en cuenta ello, al no haberse configurado el cese de la infracción materia del presente PAS, no puede efectuarse el análisis de la reversión del efecto del incumplimiento advertido en el presente PAS.

Sin perjuicio de ello, con relación a la reversión de efectos, debemos precisar que, en línea con lo indicado por la DFI en el MEMORANDO 24, a consideración de esta Instancia no es posible revertir los mismos, toda vez que el incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas como tales en el Contrato de Concesión de TELEFÓNICA, se traduce como la no prestación del servicio PCS en los CCPP de Ahuac y Mariscal Cáceres durante el periodo del segundo año del PC, lo que implica que los potenciales usuarios de dichos centros poblados, no pudieron utilizar el servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz durante ese periodo de tiempo.

²⁶ A través de la carta N° 590-DFI/2022 notificada el 18 de marzo de 2022.

²⁷ Publicado en la página institucional del OSIPTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/articulo/res056-2018-cd>





En consecuencia, esta instancia considera que no procede la aplicación de la eximente de responsabilidad establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG en el presente PAS, como pretende TELEFÓNICA.

3. DETERMINACIÓN Y GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN. -

3.1. **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 artículo 30° de Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), así como el Principio de Razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impone sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Con relación a este principio, el artículo 248° del TUO de la LPAG establece, que 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; y que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios de graduación:

- (i) **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).

Este criterio está basado en la cuantificación del costo evitado que la empresa obtiene al postergar la inversión requerida para cumplir con su PC. Dicho beneficio está asociado al monto de la inversión no realizada y postergada por la empresa operadora a efectos de brindar el servicio móvil en un determinado centro poblado, bajo las tecnologías evaluadas.

En efecto, tales costos se encuentran representados por los costos involucrados en todas aquellas actividades (implementación de infraestructura, sistemas y/o procesos) que debió adoptar TELEFÓNICA, dirigidas a cumplir con el PC del Servicio de PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz de los centros poblados Mariscal Cáceres y Ahuac, en el segundo año de su PC.

Para determinar el tiempo de postergación, se calcula la diferencia entre la fecha en que se hizo efectiva la inversión, y en la que se debió haber realizado, con lo cual se logra identificar el monto total de intereses que se obtuvieron producto de dicha inversión postergada. En el presente caso, de acuerdo al INFORME 27, se ha considerado que la empresa operadora habría efectuado inversiones respecto al centro poblado Ahuac, al 13 de junio de 2019. Sin embargo, no habría realizado la inversión a la fecha del cálculo de la multa, respecto al CCPM Mariscal Cáceres.





El Beneficio Ilícito estimado es evaluado a valor presente y ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora.

(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 presente caso, la probabilidad de detección es muy alta que, en tanto 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.

(iii) 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, el incumplimiento que se atribuye a TELEFÓNICA incide directamente en una afectación a la prestación del servicio público que de manera indirecta efectúa la administración del Estado, toda vez que al no cumplirse con las condiciones esenciales establecidas como tales en el Contrato de Concesión de TELEFÓNICA y por ende, verse reflejado en el incumplimiento del PC del Servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz de Mariscal Cáceres y Ahuac, se traduce en una cantidad de potenciales usuarios que no contaron con dicho servicio en su localidad.

Se debe considerar que la concesión otorgada a TELEFÓNICA tiene como objeto fundamental la 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.

De conformidad con lo señalado en el artículo 6° del RGIS, TELEFÓNICA ha incurrido en infracción muy grave al no haber cumplido con una de las condiciones esenciales establecidas como tal en su Contrato de Concesión (no tener cobertura del servicio PCS en el CCPP de Mariscal Cáceres y Ahuac), haciéndose merecedor de una multa de entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) UIT, de conformidad con lo establecido en el artículo 25 de la LDFF.

(iv) 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 RGIS; sin embargo, se debe tener en cuenta que el incumplimiento de las condiciones esenciales del Contrato de Concesión de TELEFÓNICA, incide directamente sobre la cobertura del servicio PCS en los CCPP Mariscal





Cáceres y Ahuac, conforme el análisis descrito en los numerales que anteceden.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que el referido criterio no ha sido considerado en la graduación de la sanción.

(v) 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.

(vi) Circunstancias de la comisión de la infracción:

Cabe indicar 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 cuenta con un año desde la fecha en que inicia sus operaciones, para la implementación de la infraestructura necesaria para desplegar el servicio concesionado, en este caso, el servicio PCS con la tecnología LTE en los CCPP fijados en su Contrato de Concesión (dentro de los cuales se encontraba el CCPP de Mariscal Cáceres y Ahuac).

Es así que, en el presente caso, a pesar de dichas circunstancias, se advierte que TELEFÓNICA no fue diligente a pesar de contar con el tiempo y los medios suficientes, en ejecutar las coordinaciones oportunas y necesarias con los pobladores de los referidos CCPP Mariscal Cáceres y Ahuac, a fin de ejecutar el PC y así poder prestar el servicio PCS, siendo que la misma inició sus operaciones el 25 de julio de 2016²⁸, respecto al servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 700 MHz.

(vii) 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.

Por tanto, atendiendo los hechos acreditados en el presente PAS y el análisis de cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad (beneficio ilícito, gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido y probabilidad de detección) reconocidos en el TUO de la LPAG); se establece una multa base de **151 UIT** por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 6º del RGIS, por cuanto no habría cumplido con la obligación de ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año en los centros poblados Mariscal Cáceres y Ahuac.

Al respecto TELEFÓNICA manifiesta que a través de la Resoluciones N° 229-2021-CD/OSIPTEL, que aprueba la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (**ANEXO 20**²⁹); y, N° 118-2021-CD/OSIPTEL, que aprueba el Régimen de Calificación

²⁸ Según carta N° TP-AG-GTR-1807-16, recibida el 8 de agosto de 2016, TELEFONICA comunicó al OSIPTEL que la prestación del servicio PCS con tecnología LTE en el Bloque C de la Banda 698 -806 MHz (Banda 700 MHz) tuvo como fecha de inicio de operaciones el día 25 de julio de 2016.

²⁹ Anexo 1 de su Descargo 4





de Infracciones del OSIPTEL (**ANEXO 21**³⁰), vigentes desde enero de 2022, se habría modificado el régimen sustantivo que califica las infracciones y la metodología de cálculo de multa, revertiendo el orden del método anterior que se sustentaba en, primero, calificar a la infracción (leve, grave y muy grave), para luego, graduar la multa a imponer.

En dicho contexto, TELEFÓNICA manifiesta que, desde la vigencia de dichas normas, el OSIPTEL califica la infracción a partir del resultado del cálculo a imponer -que puede llevar a calificar una infracción que, a la luz del antiguo régimen, era grave, a que sea muy grave o leve-. Este nuevo escenario, a su entender, abre un espacio para la aplicación de la excepción a la irretroactividad benigna consagrado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Al respecto, la referida empresa señala que en materia administrativo sancionadora, el principio retroactividad benigna o favorable se fundamenta en la disminución de la valoración negativa de un determinado comportamiento en una sociedad. De ahí que, no sería coherente tratar de distinta manera a quienes han cometido la misma infracción, a pesar de que los comportamientos se hayan realizado en periodos diferentes.

Agrega TELEFÓNICA que, para identificar la norma jurídica más favorable, se requiere realizar una comparación de las dos situaciones jurídicas surgidas de la reforma posterior a la comisión del ilícito. Por ejemplo, debe diferenciarse si la modificación normativa ha ocasionado un cambio en el supuesto de hecho (infracción) o una variación de la consecuencia jurídica (multa, inhabilitación, etc.), tal como se habría pronunciado el Consejo Directivo en la Resolución N° 140-2021-CD/OSIPTEL (**ANEXO 22**)³¹ donde interpreta la aplicación de la retroactividad benigna.

En dicho escenario, sostiene TELEFÓNICA que la infracción imputada calificada como muy grave bajo el antiguo régimen infractor habría sufrido un desgravamen evidente, dado que, por el cálculo obtenido no pueden seguir siendo calificados como muy graves sino por otra calificación menos gravosa, lo cual se sustentaría en el hecho que el propio OSIPTEL viene iniciando PAS con esta metodología de calificar las conductas en función a la multa estimada resultante, tal como se apreciaría en el pantallazo de la carta N° C.0398-DFI/2022 (**ANEXO 23**)³² que adjunta a sus Descargos.

De ahí que, sostiene que el OSIPTEL debe graduar las posibles sanciones que resulten ser menos lesivas a la luz del nuevo régimen de infracciones y de su metodología, por corresponder la aplicación de la retroactividad benigna, tal como habría ocurrido mediante la Resolución N° 142-2015-CD/OSIPTEL (**ANEXO 24**)³³, donde el Consejo Directivo habría aplicado dicho principio, dado que la obligación imputada no se encontraba tipificada como infracción en el posterior reglamento; y, la Resolución N° 00173-2020-GG/OSIPTEL (**ANEXO 25**)³⁴, donde la Gerencia General analizó la aplicación del referido principio, en tanto la infracción imputada (no prestar el servicio de manera continua en el servicio de telefonía rural) contenida en el

³⁰ Anexo 2 de su Descargo 4

³¹ Anexo 3 de su Descargo 4

³² Anexo 4 de su Descargo 4

³³ Anexo 5 de su Descargo 4

³⁴ Anexo 6 de su Descargo 4





Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales (Reglamento Rural) fue derogado.

Por lo expuesto, TELEFÓNICA alega que en virtud del Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima debe admitirse como una afirmación válida y aplicable para todas las administraciones competentes en materia sancionadora que la modificación de una norma conlleva la pérdida de punición respecto de las conductas que se encontraban previstas dentro del cuerpo normativo modificado, por lo que debe tenerse presente los argumentos señalados y debe declararse el archivo del PAS en trámite.

Respecto a lo señalado por la referida empresa, es de indicar que tal como señala TELEFÓNICA, uno de los Principios que rige la potestad sancionadora en sede Administrativa es el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 248° del TUO de la LPAG, el cual establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados³⁵; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna.

Al respecto, la aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una nueva norma establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito. De acuerdo a la precitada disposición del TUO de la LPAG, las disposiciones sancionadoras serán retroactivas en caso favorezcan al infractor en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción, (ii) los plazos de prescripción o (iii) la sanción en sí.

Dicho lo anterior, tal como refiere la empresa TELEFÓNICA, mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL (**ANEXO 20**) publicada el 11 de diciembre de 2021, se aprobó la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (Metodología de Multas - 2021, la cual entró en vigencia el 1 de enero del 2022³⁶.

De igual manera, mediante Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL, se aprobó el Régimen de Calificación de Infracciones del OSIPTEL (**ANEXO 21**), vigente desde enero de 2022, mediante el cual se establece entre otro, que el OSIPTEL efectúa la calificación de la infracción, acorde a la escala prevista en el artículo 25 de la LDFF, al momento de notificar la imputación de cargos por el órgano competente, en función al nivel de multa estimado en aplicación de la Metodología para el Cálculo de Multas, según el tipo de sanción que corresponda³⁷.

³⁵ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

5.- Irretroactividad. - Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

³⁶ Véase la Primera Disposición Complementaria Final de la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

³⁷ Véase el artículo 3 de la Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL.





Ahora bien, respecto al análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas - 2021 con la Guía de Cálculo - 2019 el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 00065-2022-CD/OSIPTEL ha señalado que³⁸:

“(...) la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna”.

Considerando lo mencionado, en este caso se tiene que en virtud de los criterios contenidos en la Guía de Cálculo – 2019 en un primer momento se calculó la multa base de la infracción materia del presente PAS y luego se solicitó un nuevo cálculo a la DPRC con la Metodología de Multas – 2021, obteniéndose lo siguiente:

Norma Incumplida	Descripción	Metodología de Cálculo de Multas - 2022	Guía de Multas – 2019
6 RGIS	No habría cumplido con la obligación de ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año en los centros poblados (CCPP) de Mariscal Cáceres y Ahuac	350	151

Fuente: DPRC

Como puede apreciarse, del análisis de la favorabilidad de la aplicación de la Metodología de Guía de Multas 2019 y Metodología de Multas – 2021 se advierte que esta última no resulta más beneficiosa que la metodología anterior, ya que la multa a imponer resulta más gravosa, toda vez que implica un incremento de 151 UIT a 350³⁹ UIT, obteniéndose el quantum de la multa máxima contemplada para las infracciones muy graves, de acuerdo al artículo 25 de la LDFF.

En consecuencia, corresponde desestimar la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna alegada por la empresa operadora y en consecuencia carece de objeto analizar los argumentos y medios probatorios propuestos por TELEFÓNICA respecto a la aplicación del referido principio a través de los **ANEXOS 22⁴⁰, 23, 24 y 25⁴¹**,

³⁸ Emitida bajo el Expediente 0001-2021-GG-DFI/PAS, la cual puede ser encontrada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/u43k1pi/resol065-2022-cd.pdf>.

³⁹ Cabe indicar que, considerando que la multa calculada asciende al monto de 15684,5 UIT se reconduce al monto máximo establecido para las infracciones muy graves.

⁴⁰ Mediante Resolución N° 140-2021-CD/OSIPTEL (ANEXO 22), el Consejo Directivo resolvió declarar fundado en parte el recurso de apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C y revocar la sanción impuesta en su contra por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del T.U.O de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento del segundo párrafo del artículo 9 de la misma norma; en aplicación del principio de retroactividad Benigna, toda vez que la modificación a la citada norma era más beneficiosa que la regulación anterior.

⁴¹ A través de la Resolución N° 00173-2020-GG/OSIPTEL (ANEXO 25), se archivó el PAS iniciado en contra de TELEFÓNICA en el extremo del incumplimiento de la obligación tipificada en el Octavo Numeral del Anexo 7 del Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales, aprobado por Resolución N° 158-2013-CD/OSIPTEL, al haber incumplido lo establecido en el artículo 18° de la referida norma (no prestar el servicio de manera continua en el servicio de telefonía rural en el año





descartándose así cualquier vulneración al Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima.

Sin perjuicio de ello, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, se verifica que en la Resolución N° 142-2015-CD/OSIPTTEL (**ANEXO 24**) no se aplicó el Principio de retroactividad benigna en favor del apelante, sino que, se confirmó la Resolución N° 747-2015-GG/OSIPTTEL que le impuso una multa de cincuenta y un (51) UIT por la comisión de la infracción tipificada en el segundo párrafo del numeral (ii) del artículo 43° del Reglamento General de Tarifas.

En consecuencia, corresponde desestimar lo alegado por TELEFÓNICA en este extremo.

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

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)⁴² del artículo 18° del RGIS, 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.

a) Reconocimiento de responsabilidad. -

De lo actuado, se tiene que TELEFÓNICA no ha presentado reconocimiento expreso y por escrito sobre su responsabilidad por la comisión de la infracción detectada por la DFI, en esta etapa del presente PAS. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.

b) Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa. -

2016), durante el año 2016, en atención al Principio de Retroactividad Benigna, dado que dicho reglamento fue derogado.

⁴² Cabe indicar, que mediante Resolución N° 222-2021-CD/OSIPTTEL, publicada el 28 de noviembre de 2021, se modificó entre otros, este numeral del artículo 18° del RGIS, el cual elimina el factor de implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora como atenuante de responsabilidad; sin embargo, esta modificación no afecta el presente análisis, teniendo en cuenta la fecha de la comisión de las conductas infractoras, razón por la cual se ha evaluado y actuado los medios probatorios presentados por la empresa operadora, destinados a acreditar que habría acreditado la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.





Conforme al análisis efectuado en el presente informe, TELEFÓNICA no ha acreditado el cese de la totalidad de la conducta infractora. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.

c) Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa. -

Con relación a este atenuante, se reitera lo expuesto en los numerales precedentes del presente pronunciamiento. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.

d) Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. -

De lo actuado en el expediente, se tiene que TELEFÓNICA no ha presentado información al respecto. En tal sentido, no corresponde la aplicación del referido atenuante.

3.3. Capacidad económica del infractor:

Este criterio se encuentra previsto en el literal d) del artículo 30° de la LDFF.

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 2019 (considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2020).

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 151 UIT por la comisión de la **INFRACCIÓN MUY GRAVE**, tipificada en el artículo 6° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por cuanto habría incumplido con la condición esencial referida a ejecutar el Plan de Cobertura al segundo año en los centros poblados Ahuac y Mariscal Cáceres, correspondiente al Contrato de Concesión Única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque C de la Banda 700 MHz a nivel nacional, celebrado el 20 de julio de 2016.

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 General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo 3°. - Notificar la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. conjuntamente con el Memorando N° 00491-GG/2021 y el Memorando N° 00024-DFI/2022.

Artículo 4°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), así como en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: bB17h5417,U0@5