

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**Trabajo de Suficiencia Profesional para obtener el
Título Profesional de Abogado**

Informe sobre Resolución N° 032-2008-PD/OSIPTEL

Sandra Judith Fuentes Ñique

Código: 20131224

Revisor: Tommy Deza Sandoval

Lima, 2021

RESUMEN

Hablar de servicios públicos supone hablar de actividades consideradas esenciales para la sociedad. Dicha situación no es ajena a los servicios públicos de telecomunicaciones, siendo una clara evidencia de ello la experiencia actual durante el tiempo de pandemia, donde los servicios de telecomunicaciones ocupan el día a día de todos. Bajo ese contexto, es entendible que el regulador se preocupe por exigir a los operadores garantizar la “continuidad” en la provisión de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, ¿hasta donde llega dicha garantía? ¿podemos hablar de un servicio infalible? El propósito del presente trabajo es evidenciar que, aun cuando existe un interés a garantizar, es necesario no perder de vista los principios que componen el procedimiento administrativo sancionador, al punto de evaluar y/o replantear lo que se entiende por el deber de “continuidad” a cargo de los operadores de servicios de telecomunicaciones. En el presente trabajo abordaremos diversos conceptos (tipicidad, potestad de supervisión y deber de “continuidad”), concluyendo que OSIPTEL, en aras de “proteger a la sociedad”, puede llegar a perder de vista el alcance de cada uno de los conceptos analizados.



Índice Analítico

I. Introducción	5
II. Justificación de la elección de la Resolución	5
III. Hechos relevantes	6
IV. Identificación de los principales problemas jurídicos	11
V. Análisis y posición de sobre cada uno de los problemas jurídicos identificados	12
5.1. ¿Se vulneró el principio de tipicidad?	12
5.1.1. <i>Análisis de tipicidad</i>	12
a) Alcance del principio de tipicidad	12
b) Posición del Graduando frente al análisis de OSIPTEL	13
5.1.2. <i>Alcance del artículo 4 del RGIS</i>	15
a) Interpretación literal	15
b) Intención del legislador	17
c) Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 4 del RGIS	19
d) Posición del Graduando	21
5.1.3. <i>Existencia de interpretación extensiva o analogía</i>	24
a) Alcance de la interpretación extensiva o analogía	24
b) Interpretación extensiva o analogía en el caso concreto	25
c) Posición del Graduando	27
5.2. ¿Cuál es el alcance del deber de continuidad a cargo de proveedores de servicios de telecomunicaciones?	30
5.2.1. <i>Continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones</i>	31
a) Definición de interrupción del servicio	33
b) Excepciones al deber de continuidad a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones	33
5.2.2. <i>Deficiencias de la definición del deber de continuidad bajo el marco normativo peruano</i>	34
a) Dependencia tecnológica	35
b) Necesidad de un marco regulatorio coherente	35
c) Evaluación por desempeño vs. cada hecho	36
5.2.3. <i>Alcance del deber de continuidad durante el PAS contra Nextel</i>	37
a) Postura de OSIPTEL	37
b) Hechos analizados y alegados por OSIPTEL para sustentar el incumplimiento del deber de continuidad	38
c) Posición del Graduando	41
5.3. ¿Cuál es el alcance de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de supervisión?	42

5.3.1. Alcance de la potestad de supervisión	42
a) Potestad de supervisión	42
b) Facultades de supervisión	43
c) Diferencia entre potestad de supervisión y normativa	44
5.3.2. Alcance de la discrecionalidad	44
a) Discrecionalidad	44
b) Discrecionalidad en la potestad de supervisión	45
5.3.3. Análisis durante el PAS contra Nextel	47
a) Posición de OSIPTEL durante el PAS contra Nextel	47
b) Recomendaciones de la UIT no son vinculantes	48
c) Posición del Graduando	48
VI. Conclusiones	48
VII. Bibliografía	49



I. Introducción

El Perú “*es un país altamente sísmico y, por lo tanto, no estamos libres de ser afectados en algún momento por sismos*”¹. Todo desastre natural, además de pérdidas humanas, impacta en la prestación de diversos servicios públicos; ya que, la prestación de dichos servicios depende en su mayoría de infraestructura terrestre, tales como, postes, ductos, entre otros.

¿Quién asume la responsabilidad de dichas afectaciones? En el Perú, luego del sismo ocurrido en el año 2007, se sancionó a diversas empresas operadoras por los hechos ocurridos². En primera instancia, podemos estar conformes con dicha actuación en la medida que los servicios públicos de telecomunicaciones constituyen servicios de vital importancia en nuestros días, situación que se advierte con mayor intensidad en los tiempos actuales de cuarentena. Sin embargo, cabe recalcar la importancia de respetar los principios que rigen todo procedimiento administrativo sancionador.

En el presente informe, se analizan las principales características del principio de tipicidad, así como, del concepto de continuidad del servicio público a fin de tomar una posición sobre el caso tratado en la resolución No. 032-2008-PD/OSIPTEL, el cual trata sobre una disputa entre un concesionario de telecomunicaciones y el organismo regulador en determinar la aplicación de indicadores para sancionar el incumplimiento en la continuidad del servicio de telecomunicaciones.

II. Justificación de la elección de la Resolución

La Resolución fue escogida porque contiene temas cuyo análisis sigue siendo un aspecto vigente. En primer lugar, el caso se contextualiza en el sismo ocurrido el 15 de agosto del 2007 y la percepción de los usuarios frente a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones durante dicha fecha. Bajo ese contexto, el caso versa sobre la necesaria continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones y el consecuente deber a cargo de los proveedores de prestar dichos servicios sin interrupciones. Las interrupciones son y serán un tema recurrente; de hecho, sólo en el 2018, OSIPTEL detectó un aumento del 96% con relación al número de interrupciones del servicio en el 2017³. En ese sentido, en el presente informe analizaremos el deber de continuidad, respondiendo diversas preguntas; por ejemplo, (i) cuál es el alcance del deber de continuidad; y, (ii) si es necesario establecer indicadores técnicos y parámetros objetivos para evaluar el cumplimiento del deber de continuidad a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones.

Adicionalmente, el caso versa sobre el principio de tipicidad que rige todo procedimiento administrativo sancionador. Actualmente, existe diversa doctrina que ha determinado el

¹ Instituto Geofísico del Perú (2018). El Perú, un país altamente sísmico. En: <https://www.igp.gob.pe/version-anterior/peru-un-pais-altamente-sismico>

² Agencia Peruana de Noticias (2008). Osiptel ratificó sanción a operadores móviles por falta de continuidad del servicio. En: <https://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=163800>

³ Exitosa (2019). “En 2018 aumentaron las interrupciones en los servicios de telecomunicaciones”. En: <https://exitosanoticias.pe/v1/en-2018-aumentaron-las-interrupciones-en-los-servicios-de-telecomunicaciones/>

alcance y la forma de aplicación de dicho concepto. Sin embargo, durante los últimos años numerosas resoluciones o actos administrativos han sido cuestionados en sede judicial. De hecho, en el 2017, en más del 90% de las sentencias emitidas por las salas de la Corte Superior, en la especialidad contencioso-administrativo, se discutió la nulidad de resolución o acto administrativo.

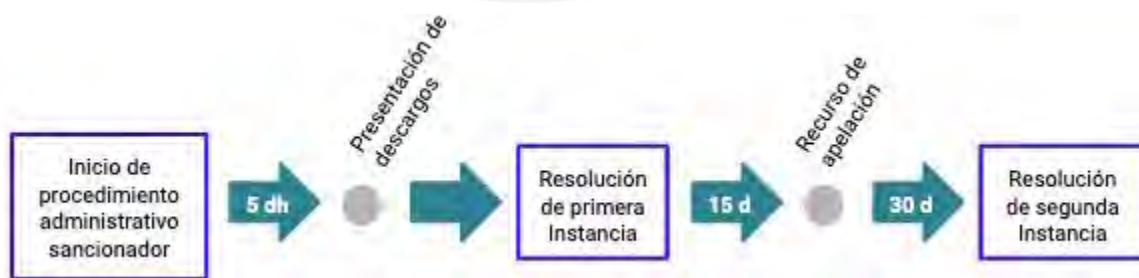
Dicha situación es similar en sede administrativa, donde en gran cantidad de recursos administrativos se ha sustentado la nulidad de resoluciones por vulnerar el principio de tipicidad. A manera de ejemplo, de la revisión de las resoluciones de consejo directivo publicadas en la página web de OSIPTEL⁴, podemos advertir lo siguiente: (i) durante el 2020 se presentaron 23 recursos administrativos, de los cuales en 13 de ellos se sustentó una vulneración al principio de tipicidad; y, (ii) durante el 2019 se presentaron 58 recursos administrativos, de los cuales en 21 de ellos se sustentó una vulneración al principio de tipicidad. Así, la evaluación y el análisis del cumplimiento del principio de tipicidad es un tema recurrente, siendo necesario advertir su alcance para asegurar la correcta aplicación de dicho concepto, tanto por parte de la entidad estatal como por parte del administrado.

En esa línea, en el presente informe analizaremos si en el caso concreto se respetó o no el principio de tipicidad. Dicho análisis nos permitirá abordar ciertas aristas relacionadas al principio de tipicidad; por ejemplo, incidir en el alcance del análisis de tipicidad, analizar la aplicación de la figura de nulidad ante el incumplimiento del principio de tipicidad, entre otros.

III. Hecho relevantes

1. Con fecha 15 de agosto de 2007, a la hora local 18h40m58seg ocurrió un sismo que se caracterizó por ser el de mayor intensidad en la región central del Perú, con una magnitud de 7,9Mw², y ser de larga duración, durando 210 segundos.

Inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador



Fuente: Elaboración propia

⁴ Repositorio de resoluciones emitidas por el consejo directivo de OSIPTEL. En: <https://www.osiptel.gob.pe/documentos/resoluciones-de-consejo-directivo>

2. Con fecha 18 de septiembre de 2007, mediante carta C.800-GFS/2007 ("**Notificación**") el OSIPTEL notificó a Nextel del Perú S.A. ("**Nextel**") el inicio de un procedimiento administrativo sancionador ("**PAS**") al presumirse que Nextel, entre otros, habría incumplido con el deber de continuidad asumido al suscribir su Contrato de Concesión, infracción tipificada en el artículo 4⁵ del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución No. 002-99-CD/OSIPTEL ("**RGIS**"), de acuerdo a lo siguiente:

"De conformidad con los Informes (i) No. 405-GFS/20-22/2007, del Expediente No. 00103-2007-GG-GFS/20-22, y (ii) No. 401-GFS/20-26/2007, del Expediente No. 00187-2007-GG-GFS/20-26 (...) se habría evidenciado que su representada habría vulnerado el deber de continuidad al que se encuentra sujeto, de acuerdo al detalle de hechos que se menciona a continuación:

1. Periodo anterior al 15 de agosto de 2007:

- *Presenta problemas en el servicio de conexión directa con el valor referencial del tres por ciento (3%) de la TINE para los meses de enero, abril, mayo y julio a diciembre del 2006, así como marzo, mayo y junio del 2007. En el caso, del servicio de interconexión telefónica sólo se superó dicho valor en setiembre del 2006.*
- *Presenta problemas de cumplimiento en el servicio de conexión directa con el valor referencial del dos por ciento (2%) del TLLI en los meses de diciembre de 2006, y de marzo a julio del 2007.*
- *Presenta problemas de cumplimiento con el valor referencial del dos por ciento (2%) del bloqueo de acceso a telefonía entre el 8 y 14 de agosto del 2007, en un 37% de las estaciones base.*
- *Respecto del tráfico cursado durante la hora de mayor carga se observa que (i) en las estaciones controladoras existe una pérdida de tráfico de mil seiscientos cuarenta (1,640) Erlangs por lo que podría deducirse que existe algún tipo de limitación o dificultad técnica que no permite o que dificulta cursar el tráfico demandado; (ii) de acuerdo a la información analizada a nivel de enlaces entre las estaciones controladoras de su representada y sus estaciones radio base, el 26.07% están operando por encima de los límites que permiten una adecuada atención de las llamadas de usuarios considerando un factor de bloqueo (GoS) de uno por ciento (1%).*

2. Periodo posterior al 15 de agosto de 2007:

- *En Lima arrendaron cuatro (4) generadores de emergencia adicionales a los tres (3) con los que cuentan, para solucionar el problema de la falta de fluido*

⁵ *"Artículo 4.- La empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave. Para efectos de la aplicación del párrafo anterior, la interconexión es considerada condición esencial de la concesión."*

eléctrico (...) Sin embargo, esta medida no fue suficiente ya que según los Logs de alarmas dejaron de funcionar veinticinco (25) estaciones base en Lima (...)

- *Los procesadores de la central no pudieron soportar la gran cantidad de llamadas entrantes a la red de su representada, por lo que se bloquearon y/o bloquearon el tráfico entrante.”*

Presentación de descargos

3. Con fecha 12 de octubre de 2007, mediante escrito EGR-333/07 Nextel presentó sus descargos, argumentando lo siguiente:

- a) Que, la Notificación adolece de nulidad parcial por:
 - i. *Falta de tipicidad de la conducta imputada*, en la medida que la obligación de continuidad no está calificada expresamente como condición esencial en el Contrato de Concesión,
 - ii. *Contenido incompatible con la situación de hecho prevista en las normas*, en la medida que al momento de sustentar que la obligación de continuidad es una condición esencial hace referencia a los Decretos de Urgencia No. 005-2004 y No. 006-2004, mediante los cuales se declara como servicio público y de interés nacional el servicio de transporte aéreo, servicio no relacionado al servicio de telecomunicaciones; y,
 - iii. *Ausencia de motivación*, en la medida que al no existir una relación entre los hechos y las normas legales aplicables, OSIPTEL no sustenta el inicio del PAS.
- b) Que, de la Cláusula 6.06 del Contrato de Concesión para la Prestación del Teleservicio Móvil de Canales Múltiples de Selección Automática (Servicio Público Troncalizado) no establece el deber de continuidad como condición esencial, tal y como se observa de lo transcrito a continuación:

“SEXTA.- OBLIGACIONES DE LA EMPRESA CONCESIONARIA

Son obligaciones de la EMPRESA CONCESIONARIA, además de las que se deriven del texto del presente contrato, las establecidas en el Artículo 129º del Reglamento General, las derivadas de la Ley de Telecomunicaciones, del Reglamento Específico, de las disposiciones que dicte OSIPTEL en materia de su competencia, y principalmente las siguientes:

6.06 PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO

(...)

(b) Continuidad de Servicio.- En ningún caso, LA EMPRESA CONCESIONARIA dejará de prestar o reducirá el SERVICIO CONCEDIDO, salvo en los casos a que se refiere el numeral siguiente.

6.07 INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO (...)”

- c) Que, OSIPTEL parece confundir el deber de continuidad con el deber de regularidad del servicio, pues el primero refiere a la prestación del servicio sin interrupción; mientras que, el segundo refiere a la prestación del servicio de conformidad a las condiciones preestablecidas.
- d) Que, la imputación contenida en la Notificación está referida a infracciones a la regularidad del servicio; en otras palabras, solamente al incumplimiento de indicadores de calidad, los mismos que tienen un carácter referencial y, por tanto, su incumplimiento no puede ser sancionado.
- e) Que, el cálculo de los parámetros referenciales de los indicadores de calidad en los que se basa la imputación no se ha realizado de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y, por tanto, ha sido calculado erróneamente.
- f) Que, los parámetros no son aplicables al servicio de Conexión Directa (radio troncalizado) dado que no cuentan con facilidades de tono de ocupado, casilla de voz o anuncios grabados fuera de servicio u otros.

VÍA ADMINISTRATIVA

Resolución de Primera Instancia

4. Con fecha 20 de diciembre de 2007, la Gerencia General de OSIPTEL emitió la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL ("**Resolución**") mediante la cual resolvió, entre otros, **SANCIONAR** a Nextel por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 4 del RFIS, en base a los siguientes argumentos:
 - a) Que, con relación al incumplimiento de tipicidad, el tipo legal establecido en el artículo 4 del RGIS se encuentra estrictamente predeterminado; por tanto, cumple la exigencia constitucional de taxatividad.
 - b) Que, la continuidad constituye una condición esencial del mismo, dado que el objeto de este contrato es la prestación de un servicio público y uno de los elementos esenciales e imprescindibles del mismo es la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.
 - c) Que, la Unión Internacional de Telecomunicaciones ("**UIT**") es un organismo internacional que prepara especificaciones técnicas y recomendaciones sobre el funcionamiento, el rendimiento y el mantenimiento de los sistemas, redes y servicios de telecomunicaciones.
 - d) Que, la Recomendación E 800 de la UIT desarrolla el concepto de servibilidad, término que hace alusión a la continuidad del servicio. De acuerdo a dicha recomendación, la servibilidad se determina evaluando problemas de establecimiento de llamadas (TNE) y evaluación de llamadas interrumpidas (TLI).

- e) Que, los cálculos referidos a los indicadores TLLI y TNE han sido realizados en función a las recomendaciones de la UIT. Así, Nextel ha superado los límites admisibles con relación a los indicadores TLLI y TNE.

Recurso de Apelación

- 5. Con fecha 22 de enero de 2008, Nextel interpuso el recurso de apelación concluyendo que, de conformidad a los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley 27444, la Resolución es nula de pleno derechos, bajo los siguientes argumentos:

Con relación a la infracción de lo establecido en el numeral 1 del artículo 10

- a) Que, de acuerdo al literal d, inciso 24, artículo 2 de la Constitución Política del Perú ("**Constitución**"), el principio de tipicidad exige que la conducta sancionable esté "*previamente calificada en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible*"; así, es imposible admitir las formas implícitas como criterio de tipificación porque contradice expresamente lo establecido por la Constitución.
- b) Que, de acuerdo al literal a, inciso 24, artículo 2 de la Constitución, Nextel no se encuentra obligado a tener un indicador de calidad TLLI por debajo del 2% de manera mensual, al no existir una norma que lo establezca.
- c) Que, de acuerdo al inciso 9 del artículo 139 de la Constitución, es principio de la función jurisdiccional, "*el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos*"; así, el artículo 4 del RGIS no puede ser interpretado por analogía, siendo exigible una interpretación restrictiva al ser una norma que restringe derechos.

Con relación a la infracción de lo establecido en el numeral 2 del artículo 10

- d) Que, OSIPTEL ha sancionado a Nextel mediante una cascada interpretativa y, por tanto, ha violado el principio de tipificación de manera arbitraria.
- e) Que, OSIPTEL se aleja del concepto de continuidad sin ninguna explicación que lo sustente; ya que, únicamente parte de un sobreentendido de que el concepto de "servibilidad" hace referencia al concepto de continuidad.
- f) Que, existe una incompatibilidad entre la decisión que contiene y la situación de hecho prevista en la norma, toda vez que OSIPTEL sanciona a Nextel por incumplir con su obligación de continuidad, pero la conducta que analiza se refiere a los indicadores de calidad del servicio.
- g) Que, existe un problema de motivación, toda vez que la resolución de primera instancia incurre en motivación insuficiente y motivación defectuosa, entre otros, al existir contradicciones entre el mismo texto de la resolución.

Resolución de Segunda Instancia

6. Con fecha 29 de febrero de 2008, se emitió la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTTEL mediante la cual se declaró **INFUNDADO** el recurso de apelación presentado por Nextel, bajo los siguientes argumentos:

a) Que, la apelación está dirigida a la nulidad del acto administrativo y no a cuestiones de puro derecho o de interpretación; por lo que, no cabe discutir sobre si la tipificación del artículo 4 del RGIS alcanza a obligaciones implícitas o explícitas y, en general, del contenido específico de la infracción.

Con relación a la infracción de lo establecido en el numeral 1 del artículo 10

a) Que, no se ha vulnerado el literal a, inciso 24, artículo 2 de la Constitución, toda vez que la calidad no es materia del procedimiento administrativo sancionador y la distinta interpretación del alcance de la obligación de continuidad no constituye causal de nulidad de acuerdo al ordenamiento jurídico actual.

b) Que, el Tribunal Constitucional ha reconocido que por tipicidad no se debe entender un concepto inflexible y cerrado.

c) Que, no se ha vulnerado el inciso 9 del artículo 139 de la Constitución; ya que, la prohibición de interpretación extensiva o analógica se refiere a la imposibilidad de crear infracciones por interpretación, pero no impide en modo alguno la facultad de la autoridad de dar contenido o determinar los alcances de las infracciones.

Con relación a la infracción de lo establecido en el numeral 2 del artículo 10

d) Que, la resolución de primera instancia establece una relación directa entre los hechos relevantes y los fundamentos jurídicos, sin emplear fórmulas generales o vacías para su fundamentación; por lo que, se cumple con motivar adecuadamente la conclusión conforme lo dispuesto en el artículo 6 de la LPAG.

e) Que, el inicio del procedimiento administrativo sancionador se realizó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 19 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 020-2007-MTC; por lo que, sí cumple con la finalidad pública.

IV. Identificación de los principales problemas jurídicos

a) ¿Se vulneró el principio de tipicidad?

b) ¿Cuál es el alcance del deber de continuidad a cargo de proveedores de servicios de telecomunicaciones?

- Deber de continuidad en las Condiciones de Uso

- Crítica al alcance del deber de continuidad en las Condiciones de Uso
- Alcance del deber de continuidad durante el PAS contra Nextel

c) **¿Cuál es el alcance de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de supervisión?**

- Alcance de la discrecionalidad
- Alcance de la potestad de supervisión
- Posición de OSIPTEL durante el PAS contra Nextel

V. Análisis de problemas jurídicos

5.1. ¿Se vulneró el principio de tipicidad?

5.1.1. Análisis de tipicidad

a. Alcance del principio de tipicidad

El artículo 230.4 de la LPAG consagra el principio de tipicidad, de acuerdo a lo siguiente:

“4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.” (Subrayado y negrita agregados)

Entonces, el principio de tipicidad supone el cumplimiento de tres aspectos: (i) descripción legal de las conductas sancionables, (ii) precisión suficiente en la descripción de las conductas; y, (iii) prohibición de interpretación extensiva o analogía. Los tres aspectos se encuentran orientados a un objetivo, garantizar la autonomía del administrado permitiéndole ejecutar sus actividades de manera informada y sin estar expuestos a una amplia discrecionalidad de la administración para determinar qué constituye una actividad o conducta sancionable⁶. Ahora bien, de lo descrito podemos clasificar dichas obligaciones en dos grupos, uno dirigido al responsable de pre-definir las conductas sancionables (numerales i y ii) y otro dirigido al responsable de evaluar y aplicar las sanciones (numeral iii). Así, autorizada doctrina señala lo siguiente:

“(…) Por eso es necesario recordar que el mandato de tipificación, que este principio conlleva, no solo se impone al legislador cuando redacta el ilícito,

⁶ Morón, Juan Carlos (2005). “Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana”. Advocatus. Lima, No. 13, pp. 8.

sino a la autoridad administrativa cuando instruye un procedimiento sancionador y debe realizar la subsunción de una conducta en los tipos legales existentes.⁷ (Subrayado y negrita agregados)

*“El proceso de tipificación, sin embargo, no termina aquí porque a continuación - **en la fase de aplicación de la norma - viene la exigencia de que el hecho concreto imputado al autor se corresponda exactamente con el descrito previamente en la norma.** Si tal correspondencia no existe, ordinariamente por ausencia de algún elemento esencial, se produce la indicada falta de tipificación de los hechos (de acuerdo con el principio de tipicidad en sentido estricto)⁸”.* (Subrayado y negrita agregados)

De lo descrito se puede advertir que el principio de tipicidad impone una obligación de no hacer a las entidades administrativas; esto es, no realizar interpretaciones extensivas o analogías. Es claro que dicha obligación sólo es susceptible de ser cumplida al momento de aplicar la norma que establece la conducta infractora; ya que, recién al analizar y realizar la subsunción del hecho se podrá evitar una interpretación extensiva o analogía. Así, al aplicar una sanción, las entidades administrativas no sólo deben asegurarse de que la norma tipo a ser aplicada sea precisa en cuanto a su descripción sino que, además, deben evitar en todo momento incurrir en una interpretación extensiva o analogía al momento de aplicar la norma tipo. En esa línea, a nivel jurisprudencial, diversas entidades administrativas⁹ han verificado tanto la precisión de la descripción de la infracción como la existencia de una interpretación extensiva o analogía.

Por tanto, es claro que el análisis de tipicidad no culmina con verificar y comprobar que la descripción del tipo es precisa, sino que, además, exige comprobar que la subsunción del hecho haya sido realizada sin incurrir en una interpretación extensiva o analogía.

⁷ Morón, Juan Carlos. (2017) Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444. Tomo 11. Decimosegunda edición. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 413.

⁸ Nieto, Alejandro (2011). Derecho administrativo sancionador. Quinta Edición. Madrid: Tecnos, p. 269.

⁹ Véase: Resolución No. 166-2019-OEFA/TFA-SMEPIM mediante la cual se declaró la nulidad de la resolución que sanciona a una empresa debido a que dicha resolución vulneraba el principio de tipicidad al verificarse que el hecho detectado no se subsumía en la norma tipificadora. En: https://www.oefa.gob.pe/?wpfb_dl=35162. Resolución No. 0064-2018-CG/TSRA-SEGUNDA SALA mediante la cual se confirmó la sanción impuesta tras analizarse y verificarse la subsunción de los hechos. En: <http://fweb.contraloria.gob.pe/BuscadorTSRA/DocView.aspx?dbid=0&id=4833925&page=38&cr=1> Resolución No. 174-2017-OS/TASTEM-S2 mediante la cual se confirma la resolución que sanciona a una empresa debido a que se confirmó que el hecho imputado se encontraba incluido dentro del supuesto de hecho de la norma. En: https://www.osinergmin.gob.pe/seccion/centro_documental/mineria/Apelacionesdesanciones/2017/174-2017-OS-TASTEM-S2.pdf

b. Posición del Graduando frente al análisis de OSIPTEL

Como hemos señalado líneas arriba, el principio de tipicidad exige una descripción precisa de la conducta infractora pero, además, prohíbe la aplicación de una interpretación extensiva o analogía al momento de subsumir la norma tipo. Veamos a continuación cuál fue el análisis de OSIPTEL durante el procedimiento administrativo sancionador seguido contra Nextel.

En el caso concreto, Nextel desde la presentación de sus descargos cuestionó el cumplimiento del principio de tipicidad alegando la existencia de una interpretación extensiva o analogía. En respuesta a dicho cuestionamiento, la primera instancia de OSIPTEL señaló lo siguiente:

“la discusión respecto al cumplimiento del Principio de Tipicidad por parte del órgano instructor al invocar el artículo 4º, se entiende agotada en la prescripción normativa contenida en dicho artículo, toda vez que en este caso, el tipo legal (“incumplimiento de la condición esencial”), se encuentra estrictamente predeterminado (tal y como ha sido dispuesto por el Tribunal Constitucional) y no admite discusión al limitar de manera suficiente su contenido, cumpliendo la exigencia constitucional de taxatividad”¹⁰.
(Subrayado y negrita agregados)

De lo descrito se puede advertir que la primera instancia de OSIPTEL consideró que el principio de tipicidad no fue vulnerado, toda vez que, el tipo legal (artículo 4 del RGIS) describía de manera precisa la conducta infractora. Si revisamos dicha resolución, podremos advertir que la primera instancia en ningún momento sustenta la inexistencia de una interpretación extensiva o analogía; de hecho, en la resolución no hay ninguna referencia o mención a la interpretación extensiva o analogía. Entonces, a pesar de lo alegado por Nextel, la primera instancia de OSIPTEL omitió evaluar si existía o no una interpretación extensiva o analogía del artículo 4 del RGIS que pudiera vulnerar lo dispuesto por el principio de tipicidad, limitando así el alcance del principio de tipicidad. Por tanto, a nuestro criterio, es claro que la primera instancia de OSIPTEL desconoció el alcance del principio de tipicidad y no realizó un análisis adecuado de la aplicación del mismo durante el procedimiento administrativo seguido contra Nextel, al no evaluar la existencia de una interpretación extensiva o analogía y, por tanto, al limitarse a verificar si la descripción de la norma tipo era precisa o no.

Distinto fue el escenario en la segunda instancia de OSIPTEL donde, en atención a lo alegado por Nextel y conforme a lo establecido en el artículo 230.4 de la LPAG, sí se procedió a evaluar la existencia de una interpretación extensiva o analogía, conforme se advierte de lo transcrito a continuación:

¹⁰ Punto 45 de la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL.

*“120. De otro lado, respecto a la prohibición de interpretación extensiva de la norma que tipifica una infracción, es preciso señalar que la LPAG en su artículo 230, numeral 4, establece que no se admiten interpretaciones extensivas respecto de las sanciones administrativas. En ese sentido, **cabe analizar en esta instancia si el órgano de primera instancia o la presente Resolución habrían realizado una interpretación extensiva que restrinja derechos, contraviniendo de esta manera las disposiciones constitucionales y legales vigentes.**”¹¹*
(Subrayado y negrita agregados)

Por tanto, a nuestro criterio y a diferencia de la primera instancia, la segunda instancia sí respetó el alcance del análisis de tipicidad. Sin embargo, si bien se analizó la existencia de una interpretación extensiva o analogía, ello no impidió que OSIPTEL incurriera en dicho escenario, contraviniendo con el principio de tipicidad, tal y como sustentamos a continuación.

5.1.2. Alcance del artículo 4 del RGIS

a. Interpretación literal

El artículo 4 del RGIS establecía literalmente lo siguiente:

*“**Artículo 4.-** La empresa que incumpla con las condiciones esenciales **establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión** incurrirá en infracción muy grave.
Para efectos de la aplicación del párrafo anterior, la interconexión es considerada condición esencial de la concesión.”* (Subrayado y negrita agregados)

De lo transcrito podemos advertir que el artículo 4 del RGIS expresamente refiere a condiciones esenciales “establecidas **como tales en el o los respectivos contratos de concesión**”. Así, el artículo 4 del RGIS no sanciona el incumplimiento de cualquier condición esencial sino únicamente aquellas establecidas como tales en el contrato de concesión. Entonces, es claro que el artículo 4 del RGIS remite únicamente al contrato de concesión para determinar si una condición califica como esencial o no, siendo innecesario e irrelevante recurrir a otra fuente de información. Sin embargo, en el caso concreto, OSIPTEL sustentó la aplicación del artículo 4 del RGIS en primera instancia alegando lo siguiente:

*“58. (...) Por tanto, independientemente que esté o no textualmente incorporado al texto del Contrato de Concesión, **la continuidad constituye una condición esencial del mismo, dado que el objeto de este contrato es la prestación de un servicio público**”¹².*

¹¹ Punto 120 de la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL.

¹² Punto 58 de la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL.

Adicionalmente, en segunda instancia, OSIPTEL señaló lo siguiente:

“82. Con relación a la continuidad como característica determinante que configura un servicio público, y por ende se constituye en condición esencial del contrato de concesión al formar parte de su objeto, ninguno de los argumentos del apelante, así como de los informes jurídicos adjuntos al recurso de apelación, han cuestionado que la continuidad sea la esencia y a la vez característica diferenciadora de un servicio público y otros servicios de carácter económico.

83. En consecuencia, esta instancia comparte lo señalado por la doctrina y aceptado por la resolución recurrida y la apelante de manera unánime, en cuanto a que la continuidad es entendida como la base que sustenta la prestación de un servicio público.¹³” (Subrayado y negrita agregados)

De lo transcrito, se puede advertir que, a consideración de OSIPTEL, el deber de continuidad califica como condición esencial del contrato de concesión, toda vez que el objeto del contrato de concesión es la prestación de servicios públicos y el deber de continuidad es una característica determinante o esencial de un servicio público, siendo esto último sustentado en base a diversa doctrina e, incluso, en base a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, tal y como se advierte a continuación:

“83. En consecuencia, esta instancia comparte lo señalado por la doctrina y aceptado por la resolución recurrida y la apelante de manera unánime, en cuanto a que la continuidad es entendida como la base que sustenta la prestación de un servicio público. (...)”

91. Lo señalado en el párrafo anterior, encuentra pleno respaldo en el reconocimiento efectuado por el Tribunal Constitucional Peruano, el cual ha señalado expresamente que la continuidad es uno de los elementos que permiten caracterizar a un servicio como público: (...)” (Subrayado y negrita agregados)

Por tanto, OSIPTEL sustentó la aplicación del artículo 4 del RGIS en el hecho de que la obligación de continuidad es una condición esencial de los servicios públicos, conforme lo ha establecido diversa doctrina e incluso el Tribunal Constitucional. Bajo ese contexto, el escenario descrito es el siguiente:

	Literalidad del artículo 4 del RGIS	Posición de OSIPTEL
Alcance del artículo 4 del	El artículo 4 del RGIS aplica a condiciones esenciales	El artículo 4 del RGIS aplica a condiciones esenciales de los

¹³ Puntos 82 y 83 de la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL.

RGIS	establecidas como tales <i>en el</i> contrato de concesión respectivo.	servicios públicos establecidas por la doctrina y jurisprudencia, con independencia de si son calificados como esenciales en el contrato de concesión.
Flujograma de calificación	<pre> graph LR A[Art. 4 del RGIS] --> B[Contrato de concesión] </pre>	<pre> graph LR A[Art. 4 del RGIS] --> B[Doctrina y jurisprudencia sobre servicios públicos] </pre>

Fuente: Elaboración propia

Reiteramos, el artículo 4 del RGIS no sanciona el incumplimiento de cualquier condición esencial sino únicamente aquellas establecidas como tales en el contrato de concesión. Por tanto, indicar que es la doctrina o el Tribunal Constitucional quienes establecen el carácter esencial de una condición que va en contra de lo literalmente establecido en la Tipificación; esto es, el artículo 4 del RGIS.

b. Intención del legislador

Cuando OSIPTEL inició el PAS a Nextel, el Reglamento General de Infracciones y Sanciones vigente era aquél aprobado bajo la Resolución de Consejo Directivo No. 002-99-CD-OSIPTEL - RGIS. Sin embargo, el RGIS tuvo un antecedente normativo, la Resolución de Consejo Directivo No. 001-96-CD-OSIPTEL. A continuación, detallaremos lo regulado por las normas antes señaladas a fin de determinar la intención del legislador al momento de establecer el artículo 4 del RGIS.

Norma	Infracción tipificada	Observación
-------	-----------------------	-------------

<p>Resolución de Consejo Directivo No. 001-96-CD-OSIPT EL</p>	<p>“Artículo 3.- La empresa prestadora de servicios públicos telecomunicaciones que incumpla con las <u>condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión</u> incurrirá en infracción muy grave y será sancionada con una multa equivalente a entre treinta (30) y cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).”</p> <p>“Artículo 4.- La empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que incumpla con otras <u>condiciones establecidas en la concesión no contempladas como esenciales</u> incurrirá en infracción leve y será sancionada con una multa equivalente a entre media (0.5) y diez (10) UIT.”</p>	<p>Se tipificó como infracción el incumplimiento de condiciones establecidas en los contratos de concesión diferenciando:</p> <p>. Aquellas contempladas como esenciales. De acuerdo al artículo 3 del cuerpo normativo, dicho incumplimiento configuraba una infracción muy grave y se calificó como condición esencial aquellas disposiciones referidas a (i) interconexión, (ii) principios fundamentales, (iii) condiciones de uso y calidad del servicio; y, (iv) derechos de exclusividad otorgados por el Estado.</p> <p>. Aquellas no contempladas como esenciales. De acuerdo al artículo 4 del cuerpo normativo, dicho incumplimiento configuraba una infracción leve.</p>
<p>Resolución de Consejo Directivo No. 002-99-CD-OSIPT EL</p>	<p>“Artículo 4.- La empresa que incumpla con las <u>condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión</u> incurrirá en infracción muy grave.”</p>	<p>Se tipificó como infracción únicamente el incumplimiento de condiciones esenciales establecidas como tales en los contratos de concesión.</p> <p>De acuerdo al artículo 4 del cuerpo normativo, dicho incumplimiento configuraba una infracción muy grave.</p>

Fuente: Elaboración propia

Como se puede advertir, antes del RGIS se encontraba vigente la Resolución de Consejo Directivo No. 001-96-CD-OSIPT EL. De acuerdo a dicha norma, se tipificó como infracción el incumplimiento de condiciones contempladas en los contratos de concesión, diferenciándose las condiciones esenciales de aquellas que no recibieron dicha calificación.

Sin embargo, podemos advertir que ello fue modificado a partir de la vigencia del RGIS. En efecto, el RGIS tipificó como infracción únicamente el incumplimiento de condiciones esenciales establecidas como tales en los contratos de concesión. La pregunta es ¿por qué se realizó dicho cambio? ¿por qué se omitió la tipificación de las

condiciones no contempladas como esenciales en el contrato de concesión? En la exposición de motivos del RGIS se mencionó lo siguiente:

*“De acuerdo a la estructura prevista, **los incumplimientos de las obligaciones establecidas en los contratos de concesión tienen, en principio, el siguiente régimen:** (i) los incumplimientos a obligaciones establecidas como condiciones esenciales -y a la interconexión- configurarán infracciones muy graves, (ii) **los incumplimientos a obligaciones que no se encuentren establecidas como esenciales configurarán infracciones administrativas sancionables de acuerdo al monto de la norma que la prevea,** y (iii) **los incumplimientos a las otras obligaciones serán sancionadas de acuerdo a lo previsto en los respectivos contratos de concesión.**” (Subrayado y negrita agregados)*

Claramente el RGIS aún mantenía la diferencia entre las condiciones calificadas como esenciales en el contrato de concesión y aquellas no calificadas como tales; sin embargo, fue intención del legislador que éstas últimas sean sancionadas en función a la norma que las preveía y no por el artículo 4 del RGIS. El artículo 4 del RGIS fue reservado exclusivamente para sancionar el incumplimiento de condiciones calificadas como esenciales en el contrato de concesión. Por tanto, era relevante para efectos de la aplicación del artículo 4 del RGIS distinguir qué condiciones calificaban como esenciales, siendo justamente en razón a ello que se delegó dicha responsabilidad al contrato de concesión respectivo.

c. Antecedentes jurisprudenciales sobre la aplicación del artículo 4 del RGIS

La resolución de primera instancia que sancionó a Nextel por incurrir en la infracción tipificada en el artículo 4 del RGIS fue emitida por la Gerencia General de OSIPTEL con fecha 20 de diciembre de 2007. Bajo ese contexto, veamos a continuación cuál fue el criterio de la Gerencia General con respecto al alcance y a la aplicación del artículo 4 del RGIS antes y después de emitir la resolución correspondiente al PAS seguido en contra de Nextel.

- ***Gilat To Home Perú S.A.***

Mediante Resolución de Gerencia General No. 209-2006-GG/OSIPTEL de fecha 28 de mayo de 2007, se sancionó a Gilat To Home Perú S.A. (***“Gilat”***) por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 4 del RGIS; es decir, por incumplir una condición esencial establecida como tal en el contrato de concesión correspondiente. OSIPTEL sustentó la infracción en la medida que Gilat había incumplido con el Plan Mínimo de Expansión (PME), de acuerdo a lo siguiente:

*“Cabe señalar que, **de conformidad con la cláusula 3.04 del Contrato de Concesión suscrito por GILAT**¹⁴, se considera que es condición esencial del **Contrato**, entre otros, el cumplimiento del PME (...).” (Subrayado y negrita agregados)*

- **Pedro Nicacio Sánchez Galiano**

Mediante Resolución de Gerencia General No. 611-2007-GG/OSIPTEL de fecha 28 de diciembre de 2007, se sancionó a Pedro Nicacio Sánchez Galiano (“**Pedro**”) por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 4 del RGIS; es decir, por incumplir una condición esencial establecida como tal en el contrato de concesión correspondiente. OSIPTEL sustentó la infracción en la medida que Pedro había incumplido con el Plan Mínimo de Expansión (PME), de acuerdo a lo siguiente:

*“**El cumplimiento del PME es considerado una condición esencial, tal como se establece en la cláusula tercera del contrato de concesión** que a continuación se transcribe:*

3.04 CONDICIONES ESENCIALES

Para todos los efectos, se considera que son condiciones esenciales del presente Contrato, las siguientes:

*(...) d. **El cumplimiento del Plan Mínimo de Expansión establecido en el Anexo 2**” (Subrayado y negrita agregados)*

De la jurisprudencia descrita, podemos advertir que la Gerencia General, tanto antes como después del PAS de Nextel, sustentaba la aplicación del artículo 4 del RGIS previa verificación del contrato de concesión. En otras palabras, el criterio de la Gerencia General fue sustentar la aplicación del artículo 4 del RGIS en el hecho de que la obligación incumplida había sido calificada expresamente como condición esencial en el contrato de concesión respectivo.

El mismo criterio fue seguido por el Consejo Directivo de OSIPTEL, quien al resolver la apelación de Gilat, mediante Resolución de Consejo Directivo No. 041-2007-CD/OSIPTEL de fecha 23 de julio de 2007, señaló lo siguiente:

“Sobre la comisión de la infracción, cabe señalar que la empresa GILAT inició la prestación del servicio concedido el 26 de enero del año 2000, en tal sentido, conforme al anexo 1 de su contrato de concesión, correspondía que

¹⁴ Contrato de Concesión para la prestación del Servicio Público Portador de Larga Distancia Nacional e Internacional suscrito por Gilat y Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción. En: https://portal.mtc.gob.pe/comunicaciones/concesiones/principales_contratos/GILAT%20HOME%20PERU%20S.A/PORTADOR%20DE%20LARGA%20DISTANCIA%20NACIONAL/2%20CONTRATO%20MEDIANTE%20RM%20025-99-MTC%2015.03/CONTRATO%20DE%20CONCESION%20FECHA%2004-02-1999%20RM%20025-99-MTC%2015.03.pdf

a más tardar el 26 de enero del año 2001 (fecha en que se cumplió el primer año de su obligación del PME para el servicio portador larga distancia nacional e internacional) inicie la prestación del servicio en las siguientes cinco ciudades: Lima, Tumbes, Piura, Cajamarca y Arequipa, por lo que al no haber cumplido a dicha fecha con brindar el servicio concedido en las ciudades de Piura y Cajamarca y, **habiéndose cumplido el PME -establecido en dicho anexo 1- considerado condición esencial de su contrato de concesión, se ha acreditado la comisión de la infracción tipificada en el artículo 4° del RGIS.**” (Subrayado y negrita agregados)

Entonces, es claro que OSIPTEL sustenta la aplicación del artículo 4 del RGIS en base a lo expresamente establecido en el contrato de concesión respectivo y, por tanto, considera que el artículo 4 del RGIS remite únicamente al contrato de concesión para determinar si una condición califica como esencial o no; en otras palabras, OSIPTEL considera que únicamente el contrato de concesión es aquel que califica y determina expresamente si una condición es o no esencial. Así, para OSIPTEL es irrelevante si la condición u obligación incumplida es una característica esencial o no de los servicios públicos o si se encuentra contemplada por la doctrina y la jurisprudencia; ya que, lo único relevante para determinar la aplicación del artículo 4 del RGIS es lo que el contrato de concesión expresamente establece.

d. Posición del Graduando

Como señala Rubio, “los métodos de interpretación son procedimientos metodológicos en base a los cuales podemos obtener conclusiones positivas frente al qué quiere decir la norma jurídica¹⁵”. De acuerdo a autorizada doctrina, entre los métodos de interpretación podemos encontrar: el método literal y el método histórico. Veamos la aplicación de dichos métodos de interpretación en el caso concreto.

	Concepto	Caso Concreto
Interpretación literal	“(…) consiste en averiguar lo que la norma denota mediante el uso de las reglas lingüísticas propias al entendimiento común del lenguaje escrito en el que se halla producida la norma (...)” ¹⁶	El artículo 4 del RGIS no sanciona el incumplimiento de cualquier condición esencial sino únicamente aquellas establecidas como tales en el contrato de concesión.
Método Histórico	“(…) la interpretación se hace	De acuerdo a lo antes

¹⁵ Rubio, Marcial (2009). El sistema jurídico. Introducción al Derecho. Décima edición, aumentada. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pág. 237. En: <http://www.osterlingfirm.com/Documentos/webma%20-%20copia/EL%20SISTEMA%20JUR%3%8DDICO%20Introduci%3%B3n%20al%20Derecho%20-%20Marcial%20Rubio%20Correa.pdf>

¹⁶ Rubio, Marcial (2009), pág. 238.

	<i>recurriendo a los contenidos que brindan los antecedentes jurídicos directamente vinculados a la norma (...) Este método se fundamenta en que el legislador siempre tiene una intención determinada al dar la norma jurídica, llamada intención del legislador, que debe contribuir decisivamente a explicarnos su sentido.</i> ¹⁷	descrito, fue intención del legislador que el artículo 4 del RGIS sancionara únicamente condiciones esenciales establecidas como tales en el contrato de concesión; de manera tal que, aquellas no calificadas como tales en el contrato de concesión, sean sancionadas conforme a las normas que las establecía.
--	--	---

Fuente: Elaboración propia

De lo descrito, a nuestro criterio, es claro que el artículo 4 del RGIS no alcanza a condiciones esenciales establecidas implícitamente; dado que, además de la literalidad de la norma, el legislador reservó la aplicación del artículo 4 del RGIS únicamente a aquellas condiciones esenciales establecidas como tales *en el* contrato de concesión. Dicha interpretación es confirmada por el mismo OSIPTEL, quien al aplicar el artículo 4 del RGIS a otros casos, verifica únicamente si en el contrato de concesión se estableció o no expresamente la condición como esencial. Muestra de ello, son los casos correspondientes a Gilat To Home S.A. y Pedro Nicacio Sánchez Galiano descritos líneas arriba. Sin embargo, dicho criterio varió únicamente en el caso correspondiente a Nextel, tal y como se observa a continuación:

	Casos Gilat y Pedro (28 de mayo y 28 de diciembre de 2007)	Caso Nextel (20 de diciembre de 2007)
Aplicación del artículo 4 del RGIS	OSIPTEL sustenta la aplicación del artículo 4 del RGIS en el hecho de que la obligación incumplida había sido calificada expresamente como condición esencial <i>en el</i> contrato de concesión respectivo.	OSIPTEL sustenta la aplicación del artículo 4 del RGIS en el hecho de que la obligación incumplida es condición esencial de los servicios públicos y, por tanto, califica implícitamente como condición esencial <i>del</i> contrato de concesión.

Fuente: Elaboración propia

Entonces, antes de resolver el caso de Nextel, OSIPTEL sustentaba la aplicación del artículo 4 del RGIS en la calificación expresa de esencialidad; sin embargo, al momento de resolver el caso Nextel varió su criterio sustentando la aplicación del artículo 4 del RGIS en una calificación implícita de esencialidad. Lo curioso es que, sólo ocho días después de emitirse la resolución de primera instancia correspondiente al caso Nextel, OSIPTEL retoma su criterio inicial. A nuestro criterio,

¹⁷ Rubio, Marcial (2009), pág. 248.

es claro que el artículo 4 del RGIS nunca admitió una calificación implícita; sin embargo, el contexto en el que se desarrolló el PAS contra Nextel forzó a OSIPTEL a realizar una interpretación extensiva o analogía del artículo 4 del RGIS, tal y como detallaremos y explicaremos en el siguiente punto del informe.

En ese sentido, consideramos importante tener en cuenta el objetivo del principio de tipicidad. En efecto, el fin de la tipicidad es brindar seguridad jurídica al administrado determinando de manera previa y precisa las conductas sujetas a sanción y, además, proscribiendo la interpretación extensiva o analogía. Así, no basta con listar las infracciones de manera precisa, sino que además, es necesario que la Administración se abstenga de interpretar de manera extensiva o analogía, eliminando así la posibilidad de que recién al momento de ejercer su potestad sancionadora la Administración determine qué constituye una conducta sancionable.

En esa línea, a fin de predeterminar el alcance de la infracción, el artículo 4 del RGIS precisa que la conducta infractora será cometida cuando se incumpla una condición esencial establecida como tal en el contrato de concesión; de manera tal que, si la condición no es establecida como esencial en el contrato de concesión, el artículo 4 del RGIS no será aplicable -lo que no implica que se mantenga impune. Así, a nuestro criterio, sustentar la aplicación del artículo 4 del RGIS en base a la calificación de la doctrina y otras normas legales no sólo contradice lo literalmente señalado en el artículo 4 del RGIS, tal y como ya hemos indicado, sino que además desnaturaliza y contradice el objetivo del principio de tipicidad, colocando al administrado en un estado de inseguridad jurídica. En efecto, admitir la calificación implícita que argumenta OSIPTEL supone incurrir en una interpretación extensiva o analogía prohibida por el principio de tipicidad, tal y como sustentamos en el siguiente punto del presente informe, pero sobretodo, conlleva a que, independientemente de lo establecido literalmente en el tipo, OSIPTEL pueda extender el alcance de la infracción bajo un argumento implícito, eliminando cualquier efecto limitativo que tenga la descripción del tipo.

Cabe recordar que los principios no son meros enunciados sino que su aplicación se justifica en la necesidad de evitar que la Administración ejerza sus potestades sancionadoras de manera irrestricta y sin parámetros. En esa línea, la LPAG concreta el respeto al principio de tipicidad sancionando con nulidad a los actos administrativos que infrinjan el principio de legalidad. Por tanto, la calificación expresa de la condición esencial en el contrato de concesión no sólo es una exigencia establecida de la literalidad del artículo 4 del RGIS sino que además es una garantía del administrado, toda vez que sólo bajo una calificación expresa de las condiciones esenciales el administrado gozará de seguridad jurídica conociendo de antemano las conductas sujetas a sanción.

Por tanto, considero que **la Tipificación no admitía una calificación implícita de esencialidad en la medida que (i) la literalidad del artículo 4 del RGIS se remite únicamente al contrato de concesión para determinar la calificación esencial de una condición, (ii) de los pronunciamientos de OSIPTEL se advierte que el artículo 4 del RGIS se aplica previa verificación del contrato de concesión, (iii) la intención del legislador fue aplicar el artículo 4 del RGIS para sancionar exclusivamente el incumplimiento de condiciones calificadas como esenciales en el contrato de concesión; y, (iv) la calificación expresa de esencialidad constituye una garantía de los administrados.**

5.1.3. Existencia de interpretación extensiva o analogía

a. Alcance de la interpretación extensiva o analogía

Como señalamos anteriormente, el análisis de tipicidad incluye verificar la correspondencia entre el tipo descrito y el hecho concreto; ya que, el principio de tipicidad, además de exigir precisión en la descripción de la infracción, proscribire la interpretación extensiva o analogía. Dicho ello, en el presente caso, cabe preguntarse ¿cuándo hay una interpretación extensiva o analogía? Al respecto, OSIPTEL ha señalado lo siguiente:

*“las entidades públicas no pueden efectuar interpretaciones extensivas o analógicas de las conductas y de las sanciones señaladas en la norma, **de tal manera que al calificar una infracción e imponer la sanción correspondiente, se deben ceñir a la tipificación prevista en la ley y no extender los efectos de dicha tipificación a conductas que no encajan en la descripción**¹⁸”* (Subrayado y negrita agregados)

Entonces, habrá una interpretación extensiva o analogía cuando la entidad administrativa extienda los efectos de la tipificación a conductas que no encajan en la descripción. A mayor ahondamiento, el Tribunal Constitucional de España ha señalado lo siguiente:

*“(…) **cabe hablar de aplicación analógica o extensiva** “in malam partem”, vulneradora de aquel principio de legalidad, **cuando dicha aplicación resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto**, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas¹⁹”* (Subrayado y negrita agregados)

¹⁸ Punto 4.1 de la Resolución de Consejo Directivo No. 016-2020-CD/OSIPTEL.

¹⁹ Fundamento 8 de la Sentencia del Tribunal Constitucional de España No. 38/2003, de 27 de febrero. En: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4813>

Por tanto, la entidad administrativa incurrirá en una interpretación extensiva o analogía vulneradora del principio de legalidad cuando: (i) se aparte del tenor literal del precepto, (ii) utilice pautas valorativas extravagantes; o, (iii) emplee modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica.

b. Interpretación extensiva o analogía en el caso concreto

Como indicamos previamente, habrá una interpretación extensiva o analogía vulneradora del principio de tipicidad cuando, entre otros, la entidad se aparte del tenor literal de la norma. Así las cosas, veamos si en el caso concreto OSIPTEL se apartó de la literalidad de la norma y, por tanto, incurrió en una interpretación extensiva o analogía prohibida.

En el caso concreto, OSIPTEL sancionó a Nextel por incurrir en la infracción tipificada en el artículo 4 del RGIS; esto es, incumplir las condiciones esenciales establecidas como tales en el contrato de concesión y alegó que la condición esencial incumplida fue la obligación de continuidad. Dicho ello, recordemos que la literalidad del artículo 4 del RGIS no sancionaba el incumplimiento de cualquier condición esencial sino únicamente aquellas establecidas como tales en el contrato de concesión. Entonces, ¿el contrato de concesión establecía la obligación de continuidad como condición esencial?

Como señalamos anteriormente, la Cláusula 6.06 del contrato de concesión evaluado establecía el deber de continuidad, pero no la calificaba como esencial; de manera tal que, la obligación de continuidad no era una condición esencial establecida como tal en el contrato de concesión respectivo. Sin embargo, OSIPTEL sustentó la aplicación del artículo 4 del RGIS en el hecho de que el deber de continuidad es una condición de los servicios públicos, con independencia de si se encontraba establecida expresamente como esencial en el contrato de concesión. Entonces, OSIPTEL hizo caso omiso al tenor literal del precepto normativo, apartándose de lo literalmente establecido en el artículo 4 del RGIS al momento de aplicar la norma. De hecho, como señalamos anteriormente, OSIPTEL tuvo que recurrir a la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional a fin de sustentar la condición esencial del deber de continuidad, cuando el texto del artículo 4 del RGIS expresamente remitía únicamente al contrato de concesión para determinar si una condición califica como esencial o no, siendo innecesario e irrelevante recurrir a otra fuente de información.

Por tanto, la interpretación de OSIPTEL califica como interpretación extensiva o analogía vulneradora del principio de tipicidad al apartarse de la literalidad del artículo 4 del RGIS. Dicho ello, cabe analizar el argumento señalado por OSIPTEL para considerar que su interpretación no califica como una interpretación extensiva.

OSIPTEL se basó en el significado del término “establecer” y señaló lo siguiente:

“123. Parte central del análisis de la interpretación realizada respecto del artículo 4 del RGIS, es la determinación de los alcances de la disposición “establecidas como tales en el contrato de concesión”. (...)

124. (...) cabe señalar que el término “establecer” según el Diccionario de la Real Academia Española se encuentra definido como el “Dejar demostrado y firme un principio, una teoría, una idea, etc.”. El mismo texto autorizado de la Real Academia Española define los términos “demostrar” y “firme”, de la siguiente manera:

“Demostrar”:

tr. Manifestar, declarar

tr. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración

tr. Fil. Mostrar, hacer ver que una verdad particular está comprendida en otra universal, de la que se tiene entera certeza

“Firme”:

adj. Estable, fuerte, que no se mueve ni vacila.

(...)

7. adv. m. Con firmeza (Cualidad de firme), con valor, con violencia.

125. Llevando dichas definiciones al caso que nos ocupa, **de la definición de “demostrado” (demostrar), se infiere que las condiciones esenciales pueden encontrarse manifestadas o declaradas como tales en el o los contratos de concesión, pero que también dichas condiciones esenciales pueden extraerse a partir de su comprobación mediante cualquier género de demostración** (Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración).

126. En este sentido, y atendiendo a que el término “establecidos como tales” (establecer) además de la “demostración” debe cumplir con la exigencia de “firmeza” (firme) a fin de no crear inseguridad jurídica ni exceso de discrecionalidad por parte de la Autoridad administrativa, esta instancia concluye que las condiciones esenciales no deben encontrarse necesariamente expresadas bajo la denominación de “condiciones esenciales” en los contratos de concesión, pero sí deben desprenderse de los mismos sin elucubraciones forzadas o interpretaciones extensivas o admitir analogía, como bien dispone el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

127. Por consiguiente, y tal como se ha concluido en el análisis antes efectuado, queda claro y no admite lugar a dudas que la continuidad es una condición esencial de la concesión de todo servicio público de telecomunicaciones. (...)

131. En atención a lo expresado anteriormente, esta instancia considera que la interpretación realizada por el órgano de primera instancia, así como la que es materia de la presente Resolución, no resulta extensiva ni ha sido realizada mediante el empleo de la analogía. En ese sentido, si bien la resolución recurrida indica que las condiciones esenciales pueden encontrarse “implícitamente” en el texto de los contratos de concesión, no debe concluirse por ello que se haya utilizado una interpretación analógica, por las razones antes indicadas.²⁰” (Subrayado y negrita agregados)

Entonces, a criterio de OSIPTEL, no existe una interpretación extensiva o analogía porque el artículo 4 del RGIS incluye el término “establecer” y dicho término significa “demostrar”; por lo que, a criterio de OSIPTEL, las condiciones esenciales pueden encontrarse declaradas como tales en el o los contratos de concesión o pueden extraerse mediante cualquier género de demostración. Sin embargo, OSIPTEL no toma en cuenta que el artículo 4 del RGIS no incluye el término “establecer” de manera aislada sino bajo un contexto o sentido determinado.

El texto del artículo 4 del RGIS refiere a “**las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión**”. El texto señala que las condiciones esenciales son establecidas como tales “en” el contrato de concesión; así, aún en el supuesto de que el término “establecer” signifique “demostrar”, las condiciones esenciales deben ser demostradas en el contrato de concesión y no en otra fuente de información. De hecho, el mismo OSIPTEL señala lo siguiente:

*“De otro lado, para que la interpretación realizada corresponda a los casos estrictamente previstos por el artículo 4°; **el contrato de concesión, y no otro cuerpo jurídico, deberá permitir inferir la condición esencial** por cuyo cumplimiento el órgano de primera instancia ha impuesto la sanción (...)”*
(Subrayado y negrita agregados)

Así, el significado del término “establecer” no habilita a OSIPTEL a apartarse de la literalidad del artículo 4 del RGIS para incluir supuestos no establecidos en la Tipificación. Por tanto, la interpretación de OSIPTEL califica como interpretación extensiva o analogía vulneradora del principio de tipicidad al apartarse de la literalidad del artículo 4 del RGIS.

c. Posición del Graduando

Como hemos detallado anteriormente, a nuestro criterio, OSIPTEL incurrió en interpretación extensiva o analogía por apartarse de la literalidad del artículo 4 del RGIS. Sin embargo, a criterio de OSIPTEL, éste únicamente realizó una mera interpretación, señalando en la resolución de segunda instancia lo siguiente:

²⁰ Puntos del 123 al 131 de la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL.

“La prohibición de interpretar extensiva o analógicamente, prevista en la LPAG, se refiere a la imposibilidad de crear infracciones por interpretación, pero no impide en modo alguno la facultad de la autoridad de dar contenido o determinar los alcances de las infracciones que se encuentran debidamente tipificadas en las normas pertinentes.”²¹”

“La misma cita de la sentencia del Tribunal Constitucional, emitida el 3 de enero de 2003, invocada en el informe jurídico, sirve para ilustrar que estamos ante un tema de interpretación”²² (...)”

La cita de la sentencia del Tribunal Constitucional mencionada señala lo siguiente:

“La analogía como integración normativa está proscrita en el Derecho Penal por mandato constitucional (artículo 139.º, inciso 9), Constitución). En cambio, sí se reconoce la legitimidad del razonamiento analógico en la interpretación (En este sentido, Hurtado Pozo: A propósito de la interpretación de la ley penal. En Derecho No. 46, PUCP, 1992, p. 89).”²³”

Sin embargo, OSIPTEL desconoce que el autor citado en la sentencia del Tribunal Constitucional considera lo siguiente:

“En la medida en que éste es utilizado para determinar -mediante el juicio de valor propio al razonamiento analógico- que el caso concreto reúne las características señaladas por el tipo legal, estamos ante aún en el campo de la “interpretación”. Por el contrario, se trata de “analogía” si la aplicación de la regla a un caso que escapa a su campo de aplicación se hace en base a la similitud de este caso con otro al que es aplicable la regla en cuestión”²⁴”.

Así, a consideración de Hurtado, estamos frente a una mera interpretación cuando se realiza un juicio de valor para verificar únicamente el cumplimiento de las características señaladas por el tipo legal, más no cuando se recurre a otras fuentes de información para aplicar a un caso determinado la regla establecida para otro caso. De hecho, el Tribunal Constitucional en la misma sentencia señala lo siguiente:

*“Para ello debe distinguirse dos supuestos diferentes: i) los casos de integración normativa, en los que (...) el juzgador, utilizando la analogía con otras normas similares, crea una norma jurídica; y, ii) aquellos casos de **interpretación jurídica en los que existe una norma, cuyo sentido literal***

²¹ Punto 35 de la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL.

²² Punto 38 de la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL.

²³ Fundamento 71 del Expediente No. 010-2002-AI/TC.

²⁴ Hurtado, José (1992). “A propósito de la interpretación de la ley penal”. Derecho PUCP, No. 46, pág. 89. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6175/6205>.

posible regula el caso concreto, y el juzgador se limita a delimitar su alcance.²⁵” (Subrayado y negrita agregados)

Entonces, la mera interpretación tiene lugar cuando se realiza un juicio de valor para verificar las características establecidas en el sentido literal posible. En la misma línea, Mir Puig es de la opinión de que **“mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su sentido literal posible, la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí comprendidos en el texto legal”**²⁶. Así, la analogía implica necesariamente una creación de derecho; ya que, como señalamos en el punto anterior, se aparta del sentido literal de la norma. De hecho, es justamente en razón a ello que la interpretación extensiva o analogía se encuentra proscrita por la LPAG, pues en la medida que dicho tipo de interpretación crea una nueva infracción no prevista en ley, dicha situación genera inseguridad jurídica al administrado contradiciendo el fin u objetivo del principio de tipicidad.

En esa línea, Cano señala que la analogía **“es un argumento productivo de Derecho: se usa no para fundamentar una elección interpretativa (...), sino para la creación jurisprudencial (o administrativa) de una nueva norma que no constituye el significado de una disposición preexistente”**²⁷. Dicha creación se realiza atribuyendo nuevos significados a los términos del texto o incluso recurriendo a sentidos implícitos, tal y como Martilla señala lo siguiente:

“c) la interpretación creativa, que consiste en atribuir a un texto un significado 'nuevo' (...) y/o en recabar del texto las normas, llamadas 'implícitas', a través de medios pseudo-lógicos (o sea mediante razonamientos no deductivos, y por lo tanto no concluyentes: por ejemplo, mediante el argumento analógico)”²⁸ (Subrayado y negrita agregados)

En el presente caso, el tenor literal del artículo 4 del RGIS definía el alcance de la norma únicamente a las condiciones esenciales establecidas como tales en el contrato de concesión; sin embargo, OSIPTEL extendió el alcance de la Tipificación a condiciones esenciales establecidas por la doctrina y la jurisprudencia, por tanto,

²⁵ Fundamento 70 del Expediente No. 010-2002-AI/TC.

²⁶ Mir Puig, Derecho Penal. Parte General, Barcelona 2002, pág. 120. Citado por Ramón Ribas, Eduardo (2014). “Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, n.º 12, págs. 111-164. En: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5010/Interpretacion_extensiva_analogia.pdf

²⁷ Cano, Tomás (2002). “La analogía en el Derecho administrativo sancionador”. Revista española de derecho administrativo, No. 113, pp. 60.

²⁸ Guastini, Riccardo, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, cit. (n. 4), p. 35. Citado por Mantilla Espinosa, Fabricio (2009). “Interpretar”: ¿aplicar o crear derecho? análisis desde la perspectiva del derecho privado”. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Chile. En: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512009000200015

condiciones esenciales no establecidas como tales en el contrato de concesión. A manera de ilustración, a continuación un cuadro comparativo.

	Literalidad de la norma	Interpretación de OSIPTEL
Alcance del artículo 4 del RGIS	Condiciones esenciales establecidas como tales en el contrato de concesión.	Condiciones esenciales establecidas como tales en el contrato de concesión o en otras fuentes de información.

Fuente: Elaboración propia

Así, es claro que OSIPTEL no realizó una interpretación dentro de los límites establecidos por la Tipificación sino que, por el contrario, creó una infracción adicional a través de la interpretación. En efecto, mientras que la intención del legislador era regular las condiciones esenciales no establecidas como tales en el contrato de concesión a través de la norma que las preveía, OSIPTEL a través de una interpretación extensiva o analogía creó una situación donde el incumplimiento de dichas condiciones calificaba como una infracción muy grave por el artículo 4 del RGIS y no por la norma que las preveía, creando así una situación no establecida legalmente. Por tanto, la interpretación de OSIPTEL no constituye una mera interpretación dentro de los límites del tipo legal establecido en el artículo 4 del RGIS, sino que crea derecho.

Por tanto, consideramos que **OSIPTEL incurrió en una interpretación extensiva o analogía porque (i) se apartó de la literalidad del artículo 4 del RGIS; y, (ii) extendió el alcance del artículo 4 del RGIS a supuestos no previstos expresamente creando derecho.**

5.2. ¿Cuál es el alcance del deber de continuidad a cargo de proveedores de servicios de telecomunicaciones?

El concepto de servicio público es un concepto en constante evolución cuyo alcance ha sido objeto de diversos pronunciamientos doctrinales. Sin perjuicio de ello, a nivel unánime se ha establecido que las actividades asociadas al concepto de servicio público son aquellas *“destinadas a satisfacer necesidades esenciales de los habitantes (... permitiendo) mantener e impulsar el bien común y el desarrollo económico - social de la persona humana”*²⁹. En virtud de dicha naturaleza especial o esencial, una de las principales consecuencias de la declaratoria de una actividad como servicio público es la sujeción a un determinado régimen de carácter público *“resumido en un conjunto de principios que disciplinan la gestión del servicio por los operadores y que (...) implica otorgar potestad al Estado para que ejerza las funciones públicas de regulación, control y supervisión de su cumplimiento.”*³⁰

²⁹ Huapaya, Ramón (2015). “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”. *Ius et Veritas*. No. 50, pp. 374.

³⁰ Danós, Jorge (2008). “El régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. *Themis*. No. 55, pp. 261.

¿Cuáles son los principios que componen el régimen especial? En Francia, los principios han sido agrupados o sistematizados por L. Rolland, rescatando los siguientes principios: (i) continuidad, (ii) igualdad; y, (iii) mutabilidad. En la misma línea, en el Perú el Tribunal Constitucional ha listado lo siguiente:

“(…) es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio como público (...). Éstos son:

- a) Su naturaleza esencial para la comunidad.*
- b) La necesaria continuidad de su prestación.***
- c) Su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un standard mínimo de calidad.***
- d) La necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad.*³¹ (Subrayado y negrita agregados)

A efectos del presente trabajo, únicamente nos enfocaremos en la continuidad del servicio, concepto que en doctrina ha sido entendido como *“la obligación de proporcionar el servicio sin interrupciones*³²*”*. Adicionalmente, Zegarra señala que la continuidad *“se funda en que (...) una actividad (...) se ponga a disposición de los ciudadanos - considerados usuarios - de forma permanente o regular para que pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir*³³*”*.

5.2.1. Continuidad de los servicios públicos de las telecomunicaciones

De lo hasta ahora mencionado, sabemos que los servicios públicos deben ser prestados respetando el régimen jurídico especial que se les impone. Dicho ello, ¿cómo se garantiza que los servicios públicos sean prestados de forma continua o sin interrupciones? Al respecto, Danós señala que *“las técnicas de protección de la continuidad son variadas y están consagradas en marcos legales incluso ajenos al específico de los servicios públicos: tal es el caso de las normas laborales, que prohíben la huelga en los servicios públicos, y de las penales*³⁴*”*. En la misma línea, Gordillo señala lo siguiente:

“La necesidad de asegurar el funcionamiento —y con ello, la continuidad— del servicio, determina además que 1º) la fuerza pública preste un apoyo especial a su prestación, 2º) el que presta el servicio puede pedir al Estado que expropie bienes

³¹ Considerando 40 del Expediente No. 034-2004-PI/TC. En: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00034-2004-AI.pdf>

³² Danós, Jorge (2008), pp. 260.

³³ Zegarra, Diego (2012). “Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico”. *Revista de Derecho Administrativo*. No. 12, pp. 24.

³⁴ Danós, Jorge (2008). Ídem, pág. 263 y 264.

útiles a su gestión, 3º) que puedan establecerse servidumbres y restricciones al dominio privado en razón de ese servicio —indemnizando, en el primer caso—(...)”³⁵”

Sin perjuicio de ello, en el marco normativo específico de las telecomunicaciones existe un deber de continuidad a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones. A continuación, un cuadro resumen de las normas que hacen referencia al deber de continuidad:

Norma	Artículo
<p>TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 020-2007-MTC (<u>“Reglamento de Telecomunicaciones”</u>)</p>	<p>“Artículo 130.- Obligaciones del concesionario</p> <p><i>Son obligaciones del concesionario principalmente las siguientes: (...) 2. Prestar el servicio en forma ininterrumpida, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditadas. (...)”</i></p>
<p>TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 138-2012-CD/OSIPTEL (<u>“Condiciones de Uso”</u>)</p>	<p>“Artículo 44.- Continuidad del servicio</p> <p><i>La empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida, sujetándose a lo establecido en la presente norma y en las disposiciones que para tal efecto emita el OSIPTEL.”</i></p>
<p>Contrato de Concesión Única para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones</p>	<p>“6.07 PRESTACIÓN DEL (DE LOS) SERVICIO(S) REGISTRADO(S)</p> <p><i>(...) b. <u>LA CONCESIONARIA deberá cumplir con la prestación del (de los) SERVICIO(S) REGISTRADO(S) de manera continua e ininterrumpida, salvo en los casos establecidos en el Reglamento General y en las CONDICIONES DE USO.</u> (...)”</i></p>

³⁵ Gordillo, Agustín (2013). “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”. Tomo VII. Teoría General del Derecho Administrativo. Capítulo XI. Servicios Públicos. Buenos Aires. Fundación de Derecho Administrativo, pp. 401 y 402. En: https://www.gordillo.com/pdf_tomo8/tomo8.pdf

Como se puede advertir del cuadro, el deber de continuidad a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra definido como la prestación del servicio de forma continua e ininterrumpida.

a. Definición de interrupción del servicio

¿Qué entendemos por interrupción del servicio? Si revisamos la definición del término “interrumpir” en el Diccionario de la Real Academia Española, encontraremos que dicho término se encuentra definido como: *“Cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo”*. Por su parte, la Unión Internacional en Telecomunicaciones - UIT, define la interrupción del servicio como: *“Incapacidad temporal de un servicio para ser prestado (...)”*. Así, la interrupción está ligado a un tiempo de duración, diferenciándose del corte o cese definitivo de la prestación del servicio. Por tanto, la existencia de una interrupción se encuentra ligado necesariamente a un periodo de tiempo, siendo inherente la identificación de un tiempo de inicio y fin de la interrupción.

Podemos estar de acuerdo o no con las definiciones antes descritas, pero lo cierto es que en el Perú existe una definición específica de interrupción. En efecto, las Condiciones de Uso definen la interrupción del servicio como: *“Incapacidad total o parcial que imposibilite o dificulte la prestación del servicio, caracterizada por un inadecuado funcionamiento de uno o más elementos de red³⁶”*.

Entonces, a criterio de OSIPTEL, existe una interrupción del servicio, y por ende un incumplimiento al deber de continuidad a cargo del proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones, cuando éste sea incapaz de prestar el servicio debido a un inadecuado funcionamiento de un elemento de red.

b. Situaciones de excepción

Recordemos que el deber de continuidad a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones se encuentra establecido en el Reglamento de Telecomunicaciones, las Condiciones de Uso y el Contrato de Concesión, cuyos textos señalan que el proveedor deberá cumplir con la prestación continua e ininterrumpida del servicio, salvo en determinados supuestos. Dichos supuestos se encuentran establecidos en las Condiciones de Uso y son tres: (i) cuando se realicen trabajos de mantenimiento, (ii) cuando ocurra un caso fortuito o fuerza mayor; y, (iii) cuando ocurra alguna circunstancia fuera del control de la empresa operadora (las **“Situaciones de Excepción”**).

³⁶ Anexo I - Glosario de Términos de las Condiciones de Uso, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 138-2012-CD/OSIPTEL.

De lo descrito, pareciera que en las Situaciones de Excepción no existe un deber de continuidad a cargo de los proveedores. Sin embargo, OSIPTEL al referirse sobre el tema ha señalado lo siguiente:

*“(…) el TUO de las Condiciones de Uso no asimila el concepto de continuidad en la prestación del servicio dentro de un esquema de “tolerancia cero” o “intolerancia absoluta”, conforme ha sido reafirmado en reiterativos pronunciamientos del OSIPTEL, **la normativa reconoce que se produzcan interrupciones eximentes de responsabilidad de manera excepcional por mantenimientos o mejoras tecnológicas y por caso fortuito, fuerza mayor y otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.**³⁷”*
(Subrayado y negrita agregados)

Entonces, a criterio de OSIPTEL, no se trata de que no existe un deber de continuidad sino que, cuando ocurran dichos supuestos, el proveedor u operador no será responsable por la interrupción ocurrida. En otras palabras, los supuestos antes descritos califican únicamente como excepciones de responsabilidad.

5.2.2. Deficiencias de la definición del deber de continuidad bajo el marco normativo peruano

Hasta aquí queda claro que, bajo el marco normativo actual de las telecomunicaciones, el deber de continuidad a cargo de los proveedores de los servicios de telecomunicaciones es definido como el deber de prestar los servicios; de manera tal, que no existan periodos en los que el proveedor no preste el servicio público de telecomunicaciones debido a un inadecuado funcionamiento de un elemento de red. Dicha definición causa sorpresa; ya que, parece definir el deber de continuidad como una obligación de infalibilidad. En otras palabras, tal y como se encuentra definido el deber de continuidad en las normas antes mencionadas, se advierte que el proveedor debe garantizar que su servicio nunca se vea interrumpido por un inadecuado funcionamiento de los elementos de red, salvo las Situaciones de Excepción antes mencionadas.

Dicho ello, cabe preguntarse ¿el Estado debe exigir al proveedor una prestación infalible? Consideramos que el deber de continuidad, bajo ninguna circunstancia, puede ser entendido como una obligación de infalibilidad; de manera tal, que debe existir al menos un parámetro temporal que ayude a precisar la definición del deber de continuidad y, sobretodo, el alcance de dicho deber a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones. Sustentamos dicha consideración en base a lo siguiente:

³⁷ Quinto párrafo de la sección “Sobre la continuidad del servicio” de la Resolución de Gerencia General No. 930-2014-GG/OSIPTEL.

a. Dependencia tecnológica

Los servicios de telecomunicaciones son actividades cuyo *“progreso técnico y eficiencia depende de la inversión en tecnología e infraestructura”*³⁸. Sin embargo, aún incluso con la mayor inversión posible, *“las redes de telecomunicaciones no son infalibles ni ajenas a situaciones de congestión o encolamiento de tráfico”*³⁹. Así, lo ha reconocido OSIPTEL quien, tras evaluar los comentarios de diversos operadores con respecto a la implementación de un indicador de calidad que evalúa las interrupciones del servicio, menciona que es una realidad o un hecho *“que las redes se encuentran expuestas a eventos, circunstancias, que las hacen no infalibles”*⁴⁰.

En la misma línea, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones ha indicado que *“la experiencia nacional e internacional demuestra que en casos de terremotos o desastres, las redes públicas de telecomunicaciones, como las redes fijas y móviles, dado que se soportan en redes terrestres, no son técnicamente infalibles ante este tipo de emergencias”*⁴¹. Por tanto, si es un hecho que las redes de telecomunicaciones no son técnicamente infalibles, cabe preguntarse ¿por qué se impone a los proveedores una obligación de infalibilidad?

b. Necesidad de un marco regulatorio coherente

Como hemos descrito hasta ahora, el deber de continuidad a cargo de los proveedores de los servicios de telecomunicaciones es recogido en distintos cuerpos normativos. Sin embargo, al revisar las normas sectoriales, advertimos que en el año 2014, el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (*“Reglamento de Calidad”*) contempló un marco sancionador adicional sobre el régimen de interrupciones a través de un indicador de calidad. En efecto, mediante el artículo 8 del Reglamento de Calidad se dispone la obligatoriedad de cumplir un nivel máximo de interrupciones durante el plazo de seis meses; de manera tal que, si el operador excede el nivel máximo se encuentra sujeto a una sanción por incurrir en una infracción grave.

Sin perjuicio de ello, nos llama la atención que el Reglamento de Calidad cuenta con una definición propia de interrupción; de manera tal, que se consideran únicamente las interrupciones con duración mayor o igual a diez (10) minutos. Así, encontramos

³⁸ Nallar, Daniel (2008). *La naturaleza de los actos emitidos por los entes reguladores y el alcance de sus competencias*. Tesis doctoral. Buenos Aires: Universidad Austral, Facultad de Derecho, pp. 240.

³⁹ OSIPTEL (2014). Comentarios al “Proyecto de Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, bajo Resolución de Consejo Directivo No. 164 -2013-CD/OSIPTEL. Comentario de Nextel del Perú S.A. En: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/MatrizComentarios_Res123-2014-CD.pdf

⁴⁰ OSIPTEL (2014). *Ibidem*, pp. 19.

⁴¹ Andina (2011). MTC recomienda usar mensajes de textos en situaciones de emergencia. En: <https://andina.pe/agencia/noticia-mtc-recomienda-usar-mensajes-textos-situaciones-emergencia-384178.aspx>

que, mientras las Condiciones de Uso define las interrupciones sin un límite temporal, el Reglamento de Calidad considera las interrupciones con una duración mínima de diez (10) minutos.

En este punto, cabe preguntarse si el Reglamento de Calidad ya admite un margen de interrupciones, con independencia del origen de las mismas, ¿por qué las Condiciones de Uso castiga toda interrupción atribuible al operador?. Cabe enfatizar que la inclusión del indicador de calidad y, por ende, la definición de interrupciones con un marco de temporalidad fue incluida con fecha posterior a las Condiciones de Uso, siendo que dicha problemática fue advertida en su momento tanto por los operadores como por OSIPTEL, quien señaló lo siguiente:

*“El OSIPTEL se encuentra evaluando el impacto normativo que conlleva la aprobación de la presente propuesta normativa. Sin perjuicio de ello se ha establecido el indicador de disponibilidad de servicio, buscando la eficiencia para su reporte, cálculo y mejora para el usuario final. **El Reglamento de Condiciones de Uso deberá modificarse para adaptarse a lo establecido en el presente Reglamento.**”⁴² (Subrayado y negrita agregados)*

c. Evaluación por desempeño vs. cada hecho

De acuerdo a las Condiciones de Uso, el incumplimiento del deber de continuidad está sujeto a una sanción administrativa. Bajo dicha consideración, cabe preguntarse si corresponde sancionar la falta de infalibilidad de un servicio como actualmente se encuentra establecido en las Condiciones de Uso.

La sanción administrativa se define como aquella imposición de una situación gravosa o perjudicial en el ámbito de la esfera del administrado, como consecuencias de la contravención al ordenamiento jurídico⁴³. Justamente, debido al carácter gravoso de la sanción, el Tribunal Constitucional enfatiza que las sanciones no son la única posibilidad para promover el cumplimiento normativo. Así, el Tribunal Constitucional señala que:

*“10. No debe ignorarse que toda política pública, más allá de los intereses o bienes que resguarde, debe cumplir una finalidad de suyo pedagógica. **Ello no se logra colocando sanciones como única posibilidad, sino fomentando comportamientos adecuados y estableciendo fórmulas intermedias que***

⁴² OSIPTEL. Matriz de comentarios al “Proyecto de Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo No. 164 -2013-CD/OSIPTEL, pp. 11. En: https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/ResolucionAltaDireccion/ConsejoDirectivo/MatrizComentarios_Res123-2014-CD.pdf

⁴³ Danós, Jorge y otros (2003). Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General. ARA Editores E.I.R.L. Primera edición, pp. 542.

sólo de ser desacatadas, es que puedan legitimar una actuación radical y definitiva.⁴⁴”.

En ese sentido, considero que la continuidad a cargo del proveedor de servicios públicos de telecomunicaciones no solo se puede proteger sancionando cada interrupción ocurrida sino, más bien, promoviendo y exigiendo mayores técnicas de prevención o de respaldo frente a emergencias.

5.2.3. Alcance del deber de continuidad durante el PAS contra Nextel

a. Postura de OSIPTEL

De acuerdo a la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG-OSIPTEL, resolución de primera instancia, a criterio de OSIPTEL el deber de continuidad se encuentra consagrado en el artículo 130 del Reglamento de Telecomunicaciones y en el artículo 37 del Texto Único Ordenado que regulan la entrega en concesión al sector privado de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, aprobado por Decreto Supremo No. 059-96-PCM, cuyos textos señalan expresamente lo siguiente:

“Artículo 130.- Son obligaciones del concesionario principalmente las siguientes:

(...)

*3. **Prestar el servicio en forma ininterrumpida**, salvo caso fortuito o fuerza mayor, en la que se dará preferencia a comunicaciones de emergencia. (...).”*
(Subrayado y negrita agregados).

“Artículo 37.- La etapa de explotación se sujetará al siguiente régimen: (...)

b) La prestación del servicio se hará en forma continua, debiendo el concesionario:

*(...) ii) **Prestarlo ininterrumpidamente, salvo situaciones excepcionales debidas a caso fortuito o fuerza mayor.**”* (Subrayado y negrita agregados).

Por su parte, de acuerdo a la Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL, resolución de segunda instancia, OSIPTEL señaló lo siguiente sobre el deber de continuidad:

⁴⁴ Fundamentos 8 y 10 del Pleno Jurisdiccional bajo Expedientes No. 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados).

En:

https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2015-AI.pdf?fbclid=IwAR3y_FJEkFOg_MoE7tPXhX2cbkIBnhlYtEKkt8VhhhpB8Lw4QISdGxBicJA

“139. Resulta importante señalar que la continuidad en la prestación del servicio puede verse afectado básicamente por dos razones: (i) fallas o problemas en alguno de los elementos de la red en evaluación, o porque, (ii) a pesar estar funcionando correctamente todos los elementos de la red de la operadora, el servicio se ve afectado por la discontinuidad en su prestación.

140. El primero de los casos se encuentra previsto por las vigentes Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N°116- 2003-CD/OSIPTTEL.

141. En el segundo supuesto, **en el que se encuentran los hechos que son materia de análisis en este procedimiento, el deber de continuidad ha sido incumplido a pesar de que todos los elementos de la red vienen funcionando correctamente sin haber sufrido desperfecto alguno.** La discontinuidad se ha visto reflejada en la incapacidad de los usuarios para establecer o retener las llamadas cuando así lo requieran.” (Subrayado y negrita agregados).

Por tanto, a consideración de OSIPTTEL, existe más de un supuesto de interrupción; sin embargo, no se ha referencia al sustento normativo de dicha consideración.

b. Hechos analizados y alegados por OSIPTTEL para sustentar el incumplimiento del deber de continuidad

Conforme a los antecedentes descritos en la sección II del presente informe, OSIPTTEL inició el procedimiento administrativo sancionador en base a los problemas detectados antes y después del 15 de agosto del 2007, según informes No. 405-GFS/20-22/2007 y No. 401-GFS/20-26/2007 (“**Informes de la GFS**”). A continuación, mayor detalle de los informes mencionados:

# Informe	Objeto	Conclusión
401-GFS/20-26/2007	Evaluar la afectación del servicio público móvil en la red de la empresa Nextel, debido al movimiento sísmico acontecido el 15 de agosto de 2007.	“Respecto a la calidad del Servicio 4. De acuerdo al comportamiento histórico del TINE para el servicio de radio troncalizado ha superado el valor referencial en los últimos meses. (...) Del mismo modo, del comportamiento histórico del servicio de “Conexión Directa”, se observa que el indicador TLLI superó el valor referencial “menor o igual a dos por ciento (<=2%)”, en el mes de diciembre del 2006 y de marzo a julio de 2007. (...)

		<p>5. Luego del sismo, Nextel puso en funcionamiento su plan en emergencia, entre las acciones realizadas, procedieron a realinear los enlaces de microondas de las estaciones base en Ica y Santiago (...)</p> <p>Para el caso de las estaciones que se quedaron sin fluido eléctrico comercial en la ciudad de Lima, Nextel empleó siete (7) generadores eléctricos móviles (...) Sin embargo, al evaluar el log de alarmas de las estaciones base, se ha podido constatar que las estaciones que dejaron de funcionar (...) son un total de veinticinco (25) . Lo que indica que no hubo una planificación adecuada para mantener la continuidad del servicio (...) ⁴⁵”</p>
<p>405-GFS/20-22/2007</p>		<p>“(...) considerando un factor de bloqueo (GoS) de 1%; por lo que, se concluye que éstos enlaces estaban operando sobre los límites que permiten una adecuada atención de las llamadas de usuarios.</p> <p>Del numeral III.B.4. del presente informe, se observa que en las estaciones controladoras hay una pérdida de tráfico de 1,640 Erlangs (...) ⁴⁶”.</p>

Fuente: Elaboración propia

Conforme a los problemas detectados, la Notificación, mediante la cual OSIPTEL informó a Nextel el inicio del procedimiento sancionador, estableció lo siguiente:

“(...) se habría evidenciado que su representada habría vulnerado el deber de continuidad al que se encuentra sujeto, de acuerdo al detalle de hechos que se menciona a continuación:

1. Periodo anterior al 15 de agosto de 2007:

- Presenta problemas en el servicio de conexión directa con el valor referencial del tres por ciento (3%) de la TINE para los meses de enero, abril, mayo y julio a diciembre del 2006, así como marzo, mayo y junio del 2007. En el caso, del servicio de interconexión telefónica sólo se superó dicho valor en setiembre del 2006.

⁴⁵ Gerencia de Fiscalización y Sanciones (2007). Supervisión de la afectación al servicio público de telefonía móvil, ocurrida en la red de la empresa Nextel del Perú S.A. debido al movimiento sísmico del 15 de agosto del 2007. Informe No. 401-GFS/20-26/2007, pág. 36 y 37.

⁴⁶ Gerencia de Fiscalización y Sanciones (2007). Supervisión de la afectación al servicio público de telefonía móvil, ocurrida en la red de la empresa Nextel del Perú S.A. debido al movimiento sísmico del 15 de agosto del 2007. Informe No. 405-GFS/20-22/2007, pág. 8.

- Presenta problemas de cumplimiento en el servicio de conexión directa con el valor referencial del dos por ciento (2%) del TLLI en los meses de diciembre de 2006, y de marzo a julio del 2007.
- Presenta problemas de cumplimiento con el valor referencial del dos por ciento (2%) del bloqueo de acceso a telefonía entre el 8 y 14 de agosto del 2007, en un 37% de las estaciones base.
- Respecto del tráfico cursado durante la hora de mayor carga se observa que (i) en las estaciones controladoras existe una pérdida de tráfico de mil seiscientos cuarenta (1,640) Erlangs por lo que podría deducirse que existe algún tipo de limitación o dificultad técnica que no permite o que dificulta cursar el tráfico demandado; (ii) de acuerdo a la información analizada a nivel de enlaces entre las estaciones controladoras de su representada y sus estaciones radio base, el 26.07% están operando por encima de los límites que permiten una adecuada atención de las llamadas de usuarios considerando un factor de bloqueo (GoS) de uno por ciento (1%).

2. Periodo posterior al 15 de agosto de 2007:

- En Lima arrendaron cuatro (4) generadores de emergencia adicionales a los tres (3) con los que cuentan, para solucionar el problema de la falta de fluido eléctrico (...) Sin embargo, esta medida no fue suficiente ya que según los Logs de alarmas dejaron de funcionar veinticinco (25) estaciones base en Lima (...)
- Los procesadores de la central no pudieron soportar la gran cantidad de llamadas entrantes a la red de su representada, por lo que se bloquearon y/o bloquearon el tráfico entrante.
(...) de conformidad con los hechos descrito, es posible afirmar que su representada no habría tomado las medidas necesarias y suficientes, en el periodo anterior y posterior del sismo, para cumplir con su obligación de continuidad (...)"

De acuerdo a lo antes descrito, podemos advertir que los hechos analizados para sustentar el incumplimiento del deber de continuidad fueron dos: (i) incumplimiento de los valores referenciales aplicables a los indicadores sobre llamadas interrumpidas (TLLI) y llamadas no establecidas (TNE); y, (ii) implementación de medidas necesarias y suficientes como mecanismos de respuesta frente a posibles contingencias. Sin embargo, la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL, resolución de primera instancia, únicamente se limitó a justificar la sanción por incumplimiento de los valores referenciales aplicables a los indicadores sobre llamadas interrumpidas (TLLI) y llamadas no establecidas (TNE), excluyendo los hechos detectado durante el periodo posterior al 15 de agosto de 2007, señalando lo siguiente:

"104. Respecto de la actuación (...) en el periodo posterior al sismo del 15 de agosto, es preciso indicar que (...) no deben ser considerados como

incumplimiento al deber de continuidad contenido en los Contratos de Concesión de NEXTEL, sino como hechos que pudieron haber originado interrupciones del servicio cuyo tratamiento se encuentra regulado por las disposiciones de la norma de Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y modificatorias).
105. En ese sentido, **se considera que se debe excluir del presente PAS los hechos acaecidos con posterioridad al 15 de agosto** y que han sido imputados a NEXTEL, lo cual será también tomado en cuenta al momento de determinar la sanción a imponer.⁴⁷” (Subrayado y negrita agregados)

Por tanto, el hecho analizado y alegado por OSIPTEL para sustentar el incumplimiento del deber de continuidad fue únicamente el incumplimiento de los valores referenciales aplicables a los indicadores sobre llamadas interrumpidas (TLLI) y llamadas no establecidas (TNE).

c. Posición del Graduando

A nuestro criterio, si bien la definición de interrupción establecida en el Reglamento de Calidad no se encontraba vigente durante los hechos del presente caso, consideramos que la obligación de continuidad a cargo de los proveedores, tal y como estuvo establecida en el marco normativo aplicable, no podía ser la causa de una sanción. Ello, toda vez que no existían parámetros objetivos que definieran el alcance de la obligación y, sobretodo, otorgaran de predictibilidad a los proveedores de servicios. Tan cierto es que se necesitan parámetros objetivos para determinar el alcance de la obligación de continuidad que, en el caso de análisis, OSIPTEL tuvo que alegar incumplimiento de los valores referenciales correspondientes a los indicadores TLLI y TNE para determinar el incumplimiento de la obligación de continuidad. Considero que una interpretación en contrario implicaría entender la obligación de continuidad como una obligación de infalibilidad en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, desconociendo la dependencia tecnológica y, sobretodo, el límite técnico que sufren las redes de telecomunicaciones.

Ahora bien, aun en el supuesto de que se considerase que la obligación de continuidad se encuentra perfectamente determinada, considero que existió una contradicción al momento que OSIPTEL determinó el incumplimiento del deber de continuidad.

⁴⁷ Fundamentos 104 y 105 de la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL.

En efecto, como detallamos anteriormente, fue el mismo OSIPTEL quien estableció una definición específica de lo que se entiende por interrupción del servicio, definiéndolo como la incapacidad de prestar el servicio debido a un inadecuado funcionamiento de un elemento de red. Sin embargo, durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador contra Nextel, desconoció su propia definición, alegando un supuesto adicional de interrupción.

Recordemos que, de acuerdo a las Condiciones de Uso, la interrupción, y por tanto el incumplimiento del deber de continuidad a cargo de los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, tiene lugar únicamente por un inadecuado funcionamiento de un elemento de red; sin embargo, OSIPTEL en el PAS contra Nextel sancionó en base a una alegada discontinuidad a pesar de estar funcionando correctamente todos los elementos de la red de la empresa. Así, OSIPTEL sancionó a Nextel bajo un concepto de interrupción no contemplado en el marco normativo aplicable.

5.3. ¿Cuál es el alcance de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad de supervisión?

5.3.1. Alcance de la potestad de supervisión

a. Potestad de Supervisión

La actividad de supervisión es una potestad otorgada a los organismos reguladores mediante la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley No. 27332 ("**Ley de Organismos Reguladores**"). Dicha potestad es denominada indistintamente como supervisión o fiscalización⁴⁸ y consiste en aquella actividad de las entidades administrativas "**para llevar a cabo funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente**, en su sentido más amplio, esto es, incluidas muy especialmente las condiciones y requisitos de orden técnico, consecuencia inherente de la imposición que a determinadas personas, actividades, instalaciones, objetos y productos, hacen ciertas normas jurídicas⁴⁹" (Subrayado y negrita agregados).

La doctrina⁵⁰ establece que lo que define a la actividad de fiscalización respecto de otras, se encuentra definida por ocho elementos indispensables: (i) carácter unilateral, (ii) carácter externo, (iii) carácter restrictivo, (iv) carácter técnico, (v) carácter inmediato, (vi) carácter singular y transitorio, (vii) carácter reglado; y, (viii)

⁴⁸ Ver el punto 2.1. del artículo titulado "La actividad de supervisión y fiscalización del Indecopi en el Marco de la Normativa de Protección de Datos Personales" del autor Diego Zegarra Valdivia. En: https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4222/649_822-825_ECP_PRAECEPTUM_n%c2%ba1.pdf?sequence=3&isAllowed=y

⁴⁹ Bermejo Vera, José (1998). "La Administración inspectora", en Revista de Administración Pública No. 147, Septiembre-Diciembre, 1998. Citado por Zegarra, Diego (2014). "La actividad de supervisión y fiscalización del INDECOPI en el marco de la normativa de protección de datos personales". PRAECEPTUM - INDECOPI. No. 1, pp. 107.

⁵⁰ Fernández Ramos, Severiano (2012). *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, p.52 y ss.

carácter instrumental. Cabe destacar que, debido al carácter restrictivo y gravoso de la actividad de fiscalización respecto a los derechos de los administrados⁵¹, entendido como la *“incidencia negativa en la libertad de los fiscalizados^{52”}*, la potestad de supervisión es una actividad reglada; es decir, *“la instancia fiscalizadora no puede creativamente inventar procedimientos de fiscalización, medidas correctivas, medidas cautelares^{53”}*.

b. Facultades de supervisión

De acuerdo a lo señalado en el literal anterior, el objetivo de la potestad de supervisión es comprobar o constatar el cumplimiento de la normativa vigente o, como se indica en la Consulta Jurídica No. 005-2017-JUS/DGDOJ, *“verificar el cabal cumplimiento de las obligaciones o prohibiciones exigidas al administrado a partir de una norma o contrato^{54”}*. Con miras a dicho objetivo, tanto la LPAG, la Ley de Organismos Reguladores como la Ley No. 27336 (*“Ley de OSIPTEL”*), reconocen ciertas facultades con las que la Administración Pública cuenta para el ejercicio de la potestad de supervisión. Por ejemplo, en el artículo 228-B de la LPAG, se establecen las siguientes facultades:

“1. Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación (...)

2. Interrogar a las personas materia de fiscalización (...)

3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización (...)

4. Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado (...)

5. Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.

6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios (...)

8. Las demás que establezcan las leyes especiales.”

⁵¹ Rebollo Puig, Manuel (2009). “La actividad de inspección”. Citado por CANO CAMPOS, Tomás (Coordinador).

“Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo”. Tomo III. Volumen II. Madrid: Iustel. pág. 53.

⁵² Fernández Ramos, Severiano (2012). Ídem.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (2017). Consulta Jurídica No. 005-2017-JUS/DGDOJ. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico, pp. 7.

Claramente el listado antes detallado no pretende ser un listado taxativo de las únicas facultades con las que cuenta la administración; sin embargo, de la lectura de las mismas se advierte claramente que cada una de las facultades se encuentra orientada a un mismo objetivo; esto es, recopilar medios probatorios para identificar o determinar el cumplimiento de la normativa vigente.

c. Diferencia entre potestad de supervisión y normativa

Adicionalmente a la potestad de supervisión, los organismos reguladores cuentan con potestad normativa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 3 de la Ley de Organismos Reguladores.

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

*(...) c) Función Normativa: comprende la **facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo**, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. (...)” (Subrayado y negrita agregados)*

Como se puede advertir del artículo precitado, la potestad normativa supone la facultad de dictar normas en el ámbito de su competencia. Así las cosas, **a comparación de la potestad de supervisión, la potestad normativa supone una innovación del ordenamiento jurídico; ya que, el organismo regulador puede incluso definir o establecer obligaciones específicas.** En efecto, mediante la potestad de supervisión, la administración se limita a verificar el cumplimiento de lo previamente establecido en una norma jurídica; por lo que, no añade, modifica o innova el ordenamiento jurídico. He aquí la principal diferencia entre las potestades, diferencia que considero es de vital importancia en el caso concreto de análisis.

5.3.2. Alcance de la discrecionalidad

a. Discrecionalidad

Toda actuación de la administración se rige en base al principio de legalidad, es decir, en base a lo que se encuentra establecido en la ley; sin embargo, dicho principio admite la existencia de cierta discrecionalidad. En efecto, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la discrecionalidad es *“una herramienta jurídica destinada a*

que el ente administrativo pueda realizar una gestión concordante con las necesidades de cada momento⁵⁵”.

Ahora bien, la discrecionalidad no sólo está permitida sino que, además, es una herramienta esencial “en cualquier sistema de toma de decisiones públicas, y por tanto no tienen por qué ser necesariamente arbitrarias ni ajenas al mundo del derecho⁵⁶”. Dicho ello, veamos cómo se aplica la discrecionalidad en la potestad de supervisión.

b. Discrecionalidad en la potestad de supervisión

Como señalamos en el numeral anterior, la potestad supervisora se caracteriza por su carácter reglado. Sin perjuicio de ello, autorizada doctrina reconoce que la potestad de supervisión también cuenta con un carácter discrecional, siendo que para diferenciar en qué momento la potestad supervisora es reglada y cuándo es discrecional, la doctrina diferencia hasta dos etapas “o momentos particularmente importantes en el ejercicio de la potestad inspectora de la Administración: un primer momento, de configuración de las condiciones necesarias para su ejercicio; un segundo momento, de ejecución individualizada de las potestades inspectoras⁵⁷”. En ese sentido, Tirado señala lo siguiente:

*“(…) **es discrecional en el momento en que se decide su iniciación o aplicación** (ya sea individualizada en un administrado específico o generalizada a través de los criterios fijados en un plan de inspección, por ejemplo), **lo que se justifica debido a la imposibilidad práctica de fiscalizar todas las actividades sometidas a control o verificación**; pero debemos considerarla como una potestad reglada en el momento de su ejecución debido a su carácter especialmente gravoso respecto de los derechos de los administrados así como de las consecuencias que de la labor inspectiva se puedan derivar. (...)”⁵⁸ (Subrayado y negrita agregados)*

Entonces, se reconoce que la potestad de supervisión puede ser discrecional; sin embargo, dicho carácter tendrá lugar única y exclusivamente al momento en que la administración, o en este caso OSIPTEL, decida cuándo ejercer su potestad de supervisión o quién supervisar. Como señala Tirado, existe una justificación detrás para otorgar un margen de discrecionalidad en dicho momento. En efecto, es conocido que “resulta materialmente imposible (...) que la Administración Pública pueda ejercer siempre y respecto de todos los sujetos sometidos a su competencia,

⁵⁵ Fundamento 8 de la sentencia recaída bajo Expediente No. 0090-2004-AA/TC.

⁵⁶ Vignolo, Orlando (2013). “Nociones acerca de la Discrecionalidad y Arbitrariedad practicadas por la Administración Pública”. *Foro Jurídico*. No. 12, pp. 434.

⁵⁷ Tirado, José (2011). “Reflexiones en torno a la potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública”. *Derecho & Sociedad*. No. 37, pp. 254.

⁵⁸ Ídem, pp. 255.

todos y cada uno de los poderes inherentes a la función de fiscalización⁵⁹; por lo que, otorgarle discrecionalidad a la administración le permitirá que ésta pueda organizar y planificar el ejercicio de su potestad.

Acorde con dicha interpretación o consideración se ha manifestado el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos a través de la “Guía Práctica sobre la actividad administrativa de fiscalización”, aprobado mediante Resolución Directoral No. 002-2017-JUS/DGDNCR. Mediante dicho documento, además de reconocer el carácter discrecional de la potestad de supervisión, se estableció que dicha discrecionalidad se encuentra sujeta a límites.

“(…) si bien la complejidad de la realidad y las insuficiencias organizativas hace materialmente imposible que la “potestad de gravamen” (que como hemos visto es comprensiva de la potestad fiscalizadora) sea ejercida en todos los casos posibles, no cabe que el ejercicio discrecional de esa potestad no esté sujeto a limitación alguna.

Esa es la razón por la cual se ha considerado como una necesidad que los órganos de la Administración implementen disposiciones internas de organización y procedimientos que les doten de mecanismos para asegurar la objetividad de sus decisiones, tales como planes de inspecciones a las que estén sujetos los fiscalizadores, a fin de que los riesgos que se derivan de un ejercicio discrecional de las funciones inspectoras sean “compensados a través del desarrollo reglamentario de los poderes de inspección (…)”
(Subrayado y negrita agregados)

Por tanto, aun cuando se reconoce cierto carácter discrecional durante el ejercicio de la potestad de inspección, se considera una necesidad la implementación de disposiciones internas o planes de inspección sobre el ejercicio de dicha potestad. Bajo ese contexto, el artículo 3 de la Ley de OSIPTEL establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Principios de la supervisión

Las acciones de supervisión, que realice OSIPTEL, se rigen por los siguientes principios:

(…) d. Discrecionalidad.- En virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada.”

Claramente la Ley de OSIPTEL reconoce la facultad de OSIPTEL de establecer planes y métodos de trabajo, lo cuales no son otra cosa que disposiciones internas de organización y procedimientos para el ejercicio de la potestad de supervisión.

⁵⁹ *Ibíd.*

5.3.3. Análisis durante el PAS contra Nextel

a. Posición de OSIPTEL durante el PAS contra Nextel

Como indicamos en la sección 6.2. anterior, OSIPTEL sustentó la infracción al deber de continuidad en base al incumplimiento de los valores referenciales aplicables a los indicadores sobre llamadas interrumpidas (TLLI) y llamadas no establecidas (TNE). Al respecto, Nextel en todo momento cuestionó la aplicación de dichos indicadores, señalando que a la fecha del procedimiento administrativo sancionador no existía normativa alguna que estableciera o exigiera el cumplimiento de valores objetivo o metas con respecto a los indicadores antes mencionados. Al atender dicho cuestionamiento, en la primera instancia OSIPTEL señaló lo siguiente:

*“86. (...) la UIT fija las directrices para el desarrollo de las metodologías con las que se evaluará, entre otras, el desempeño de la red. **Este Organismo ha asumido dichas directrices y en función a ellas ha desarrollado metodologías para ejercer su facultad supervisora, mediante las cuales ha verificado el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas de la entidad supervisada.** (...)”⁶⁰ (Subrayado y negrita agregados)*

De acuerdo al párrafo transcrito, OSIPTEL utilizó las directrices o metodologías establecidas por la UIT para verificar el cumplimiento del deber de continuidad. Al respecto, consideramos que dichas “directrices internacionales” no son normas vinculantes; sin embargo, dicho punto pasaremos a detallar en el siguiente punto. Por ahora, cabe preguntar ¿En base a qué sustento OSIPTEL utilizó dichas “directrices internacionales”? Al justificar el uso de las “directrices” de la UIT, OSIPTEL señala lo siguiente:

*“83. De conformidad con la Ley No. 27336, **uno de los principios que rige el ejercicio de la función supervisora es el discrecionalidad, el cual faculta al OSIPTEL fijar la metodología de supervisión más adecuada para la verificación del cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras.** (...)”*

*84. **De lo expuesto podemos concluir que el establecimiento de una metodología para la medición de la continuidad, es una potestad que este Organismo puede ejercer como parte de su facultad supervisora,** mediante la cual puede verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas de las entidades supervisadas.⁶¹ (Subrayado y negrita agregados)*

⁶⁰ Fundamento 86 de la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL.

⁶¹ Fundamentos 83 y 84 de la Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL.

En la misma línea, en segunda instancia, OSIPTEL reafirma su criterio y señala lo siguiente:

“Al respecto, cabe señalar que las mediciones cuestionadas han sido utilizadas por el órgano instructor como parte de la metodología desarrollada en ejercicio de su facultad supervisora, estando ésta regida por un principio de discrecionalidad.”⁶²

Por tanto, OSIPTEL no solo se basa en “directrices” internacionales para supervisar el cumplimiento de la obligación de continuidad sino que, además, OSIPTEL considera que cuenta con la facultad de fiscalizar en base a dichas “directrices” en virtud a la discrecionalidad con la que cuenta para ejercer su potestad de supervisión.

b. Recomendaciones de la UIT no son vinculantes

La Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT es el organismo especializado de las Naciones Unidas para las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) fundado en el año 1865 para facilitar la conectividad internacional de las redes de comunicaciones.

El Perú es Estado Miembro de la UIT desde el 11 de julio de 1915 y como tal, ha asumido una serie de derechos y obligaciones en materia de radiocomunicaciones, normalización y desarrollo de las telecomunicaciones. Ahora bien, la UIT emite diversos pronunciamientos, entre los cuales podemos encontrar las recomendaciones, que son normas que definen cómo funcionan las redes de telecomunicaciones. Sin embargo, como la misma UIT lo ha señalado, dichas recomendaciones “no tienen carácter vinculante hasta que son adoptadas en la legislación nacional”⁶³.

c. Posición del Graduando

A nuestro criterio, en el caso contra Nextel, OSIPTEL ejerció su potestad de supervisión de manera incorrecta. De hecho, considero que desnaturalizó lo que se entiende por potestad de inspección; toda vez que, al exigir el cumplimiento de indicadores internacionales, no se limitó a verificar el cumplimiento del marco normativo vigente sino que, además, modificó el marco normativo exigiendo nuevas obligaciones.

⁶² Fundamento 151 de la Resolución de Consejo Directivo No. 032-2008-PD/OSIPTEL.

⁶³ Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT). Publicaciones de la UIT: Sector de Normalización de las Telecomunicaciones (UIT-T). En: <https://www.itu.int/es/publications/ITU-T/Pages/default.aspx>

VI. Conclusiones

Con respecto al caso concreto podemos concluir que, Nextel no debió ser sancionado por incumplir el artículo 4 del RGIS toda vez que la obligación o el deber de continuidad no constituía una condición esencial, conforme se encuentra establecido en el artículo 4 del RGIS. Adicionalmente, advertimos los siguientes problemas:

- 6.1. OSIPTEL, en primera instancia, desconoció el alcance del principio de tipicidad al limitar su análisis a la verificación de la precisión en la descripción de la infracción, olvidando que el principio de tipicidad proscribe además la interpretación extensiva o analogía.
- 6.2. OSIPTEL realizó una interpretación extensiva o analogía del artículo 4 del RGIS vulneradora del principio de tipicidad al apartarse de la literalidad de la norma y pretender aplicar una consecuencia jurídica establecida para un supuesto distinto al establecido en el artículo 4 del RGIS.
- 6.3. OSIPTEL interpreta el deber de continuidad como un deber de infalibilidad al considerar como infracción toda interrupción pese a que los elementos de red del concesionario se encuentren funcionando correctamente.
- 6.4. OSIPTEL desnaturalizó los alcances de la potestad de supervisión, forzando su aplicación para imponer obligaciones que no estaban previstas en el marco normativo vigente.

VII. Bibliografía

AGENCIA PERUANA DE NOTICIAS - ANDINA

2008 "Osiptel ratificó sanción a operadores móviles por falta de continuidad del servicio".

Andina. Lima, 3 de marzo. Consulta:

<https://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=163800>

2011 "MTC recomienda usar mensajes de textos en situaciones de emergencia". *Andina*.

Lima, 28 de octubre. Consulta:

<https://andina.pe/agencia/noticia-mtc-recomienda-usar-mensajes-textos-situaciones-emergencia-384178.aspx>

CANO, Tomás

2002 "La analogía en el Derecho administrativo sancionador". *Revista española de derecho administrativo*, No. 113. Consulta:

<http://www.herrerapenalosa.com/images/biblioteca/Analogia-en-el-Derecho-Administrativo-sancionador.pdf>

s/f "Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo". Tomo III. Volumen II. Madrid: Iustel. pág. 53.

CASSAGNE, Juan Carlos

1996 "El sistema general de la invalidez administrativa". *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

CHILLÓN, José María

2004 *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*. República Dominicana: Escuela Nacional de la Judicatura. Consulta:
<http://www.poderjudicial.gob.do/consultas/biblioteca/bdigitalpdfNO-VA/001949DOC.pdf>

DANÓS, Jorge

2003 *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. ARA Editores E.I.R.L. Primera edición.

2008 “El Régimen de los servicios públicos en la Constitución Peruana”. *Themis*. Lima, No. 55. pp. 255 - 264.

s/f *Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444*. Lima: Palestra editores.

EXITOSA

2019 “En 2018 aumentaron las interrupciones en los servicios de telecomunicaciones”. Consulta:
<https://exitosanoticias.pe/v1/en-2018-aumentaron-las-interrupciones-en-los-servicios-de-telecomunicaciones/>

EUROPEAN TELECOMMUNICATIONS STANDARD INSTITUTE - ETSI

2005 “Speech Processing, Transmission and Quality Aspects (STQ); User related QoS parameter definitions and measurements; Part 3: QoS parameters specific to Public Land Mobile Networks (PLMN)”. ETSI EG 202 057-3 V1.1.1.

FERNÁNDEZ, Severiano

2012 *La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora*. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada.

GORDILLO, Agustín

2013 “Tratado de derecho administrativo y obras selectas”. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.

HUAPAYA, Ramón

2015 “Concepto y Régimen Jurídico del Servicio Público en el Ordenamiento Público Peruano”. *Ius et Veritas*. Lima, No. 50, pp. 368 - 397. Consulta:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827/15382>

HURTADO, José

1992 “A propósito de la interpretación de la ley penal”. *Derecho PUCP*. Lima, No. 46, pp. 63 - 99. Consulta:
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6175/6205>.

INSTITUTO GEOFÍSICO DEL PERÚ

2018 “El Perú, un país altamente sísmico”. *Instituto Geofísico del Perú*. Lima, 17 de mayo. Consulta:
<https://www.igp.gob.pe/version-anterior/peru-un-pais-altamente-sismico>

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS - MINJUS

2017 Consulta Jurídica No. 005-2017-JUS/DGDOJ. Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico

MORÓN, Juan Carlos

2005 "Los Principios Delimitadores de la Potestad Sancionadora de la Administración Pública en la Ley Peruana". *Advocatus*. Lima, No. 13, pp. 227 - 252.

2017 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444*. Tomo 11. Decimosegunda edición. Lima: Gaceta Jurídica

NALLAR, Daniel

2008 *La naturaleza de los actos emitidos por los entes reguladores y el alcance de sus competencias*. Tesis doctoral. Buenos Aires: Universidad Austral, Facultad de Derecho. Consulta:

https://www.austral.edu.ar/descargas/biblioteca/repositorio/Tesis_Doctoral-Nallar.pdf

NIETO, Alejandro

2011 *Derecho administrativo sancionador*. Quinta Edición. Madrid: Tecnos.

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL

2005 Resolución de Consejo Directivo No. 040-2005-CD-OSIPTEL. Consejo Directivo. Lima.

2007 Resolución de Gerencia General No. 209-2006-GG/OSIPTEL. Gerencia General. Lima, 28 de mayo de 2007.

2007 Resolución de Gerencia General No. 582-2007-GG/OSIPTEL. Gerencia General. Lima.

2007 Resolución de Gerencia General No. 611-2007-GG/OSIPTEL. Gerencia General. Lima, 28 de diciembre de 2007.

2007 Informe No. 401-GFS/20-26/2007. Lima.

2007 Informe No. 405-GFS/20-22/2007. Lima.

2008 Resolución de Presidencia No. 032-2008-PD/OSIPTEL. Presidencia del Consejo Directivo. Lima.

2012 Resolución de Consejo Directivo No. 138-2012-CD/OSIPTEL. Consejo Directivo. Lima.

2013 Resolución de Consejo Directivo No. 164 -2013-CD/OSIPTEL. Consejo Directivo. Lima.

2014 Resolución de Consejo Directivo No. 123-2014-CD/OSIPTEL. Consejo Directivo. Lima.

2014 Resolución de Gerencia General No. 930-2014-GG/OSIPTEL. Gerencia General. Lima, 19 de diciembre de 2014.

2018 Resolución de Gerencia General No. 00248-2018-GG/OSIPTEL. Gerencia General. Lima, 22 de octubre de 2018.

2020 Resolución de Consejo Directivo No. 016-2020-CD/OSIPTEL.

RAMÓN, Eduardo

2014 “Interpretación extensiva y analogía en el derecho penal”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 3.ª Época, nº. 12, págs. 111-164. Consulta:

http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5010/Interpretacion_extensiva_analogia.pdf

RUBIO, Marcial

2009 *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*. Décima edición, aumentada. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Consulta:

<http://www.osterlingfirm.com/Documentos/webma%20-%20copia/EL%20SISTEMA%20JUR%20C3%8DDICO%20Introduci%20C3%B3n%20al%20Derecho%20-%20Marcial%20Rubio%20Correa.pdf>

TIRADO, José

2011 “Reflexiones en torno a la potestad de Inspección o Fiscalización de la Administración Pública”. *Derecho & Sociedad*. No. 37, pp. 251 - 262.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ

2003 Expediente No. 010-2002-AI/TC. Sentencia: 3 de enero de 2003.

2004 Expediente No. 0090-2004-AA/TC. Sentencia: 5 de julio de 2004.

2005 Expediente No. 034-2004-PI/TC. Sentencia: 15 de febrero de 2005.

2020 Expedientes No. 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados). Sentencia: 12 de mayo de 2020.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA

2003 Sentencia 38/2003, de 27 de febrero. Consulta:

<http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/4813>

UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES - UIT

1988 “Calidad de servicio; conceptos, modelos, objetivos, planificación de la seguridad de funcionamiento - Términos y definiciones relativos a la calidad de los servicios de telecomunicación”. Recomendación UIT-T E.800. Ginebra.

2002 “Explotación General de la Red, Servicio Telefónico, Explotación del Servicio y Factores Humanos. Gestión de red – Comprobación de la calidad del servicio telefónico internacional”. Recomendación UIT-T E.425. Ginebra.

s/f Publicaciones de la UIT: Sector de Normalización de las Telecomunicaciones (UIT-T). Consulta:

<https://www.itu.int/es/publications/ITU-T/Pages/default.aspx>

VIGNOLO, Orlando

2013 “Nociones acerca de la Discrecionalidad y Arbitrariedad practicadas por la Administración Pública”. *Foro Jurídico*. No. 12, pp. 432 - 439.

ZEGARRA, Diego

2012 “Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico”. *Revista de Derecho Administrativo*. No. 12, pp. 13 -43.

2014 “La actividad de supervisión y fiscalización del INDECOPI en el marco de la normativa de protección de datos personales”. *PRAEPTUM - INDECOPI*. No. 1, 103-137.

Consulta:

https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/4222/649_822-825_EC_P_PRAEPTUM_n%c2%ba1.pdf?sequence=3&isAllowed=y



RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA N° 032-2008-PD/OSIPTEL

Lima, 29 de febrero de 2008

EXPEDIENTE N°	:	00031-2007-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	NEXTEL del Perú S.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación presentado por la empresa NEXTEL del Perú S.A. (en adelante Nextel) contra la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL de fecha 20 de diciembre de 2007, que resuelve sancionar a dicha empresa con una multa equivalente a ciento sesenta (160) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la Infracción Muy Grave tipificada en el artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL);

(ii) El Informe N° 055-GL/2008 de la Gerencia Legal del OSIPTEL, que contiene el proyecto de Resolución que resuelve el Recurso de Apelación presentado por la empresa NEXTEL del Perú, y;

(iii) El Expediente N° 00031-2007-GG-GFS/PAS que se tiene por acompañado.

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES:

1. OSIPTEL es un organismo de derecho público interno con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285, por la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de Inversión Privada en los Servicios Públicos y por la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.
2. La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, prevé la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.

3. La Ley N° 27336 desarrolla la facultad del OSIPTEL de imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones y le otorga la facultad de tipificación de hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas.
4. El artículo 25° de la citada Ley dispone que las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que el OSIPTEL haya emitido o emita. Para la infracción Muy Grave el límite mínimo previsto es de 151 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y el límite máximo es de 350 UIT.
5. El Consejo Directivo de OSIPTEL, mediante Resolución del Consejo Directivo N° 002-99-CD-OSIPTEL, aprobó el “Reglamento General de Infracciones y Sanciones”, en adelante RGIS, el mismo que en su artículo 4° establece:

“Artículo 4°.- La empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave.

Para efectos de la aplicación del párrafo anterior, la interconexión es considerada condición esencial de la concesión.”
6. El mismo RGIS establece en su artículo 56° que la Gerencia General es el órgano competente para imponer sanciones administrativas tratándose de infracciones muy graves, graves o leves.
7. Asimismo, conforme al artículo 57° de la citada norma, las sanciones impuestas por la Gerencia General, son recurribles por los interesados en vía de reconsideración o apelación. En caso de interponerse recurso de apelación, el órgano competente para pronunciarse es el Consejo Directivo del OSIPTEL.
8. Mediante Carta C N° 800-GFS/2007, notificada el 18 de setiembre de 2007, la Gerencia de Fiscalización puso en conocimiento de NEXTEL el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, al presumir que habría incumplido el deber de continuidad asumido al suscribir su Contrato de Concesión y por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 17° del RGIS.
9. En la misma comunicación, la Gerencia de Fiscalización le otorgó a NEXTEL el plazo de cinco (5) días hábiles para que formule sus descargos.
10. Mediante comunicación N° EGR-333/07, recibida el 12 de octubre de 2007, la empresa operadora presentó sus descargos.
11. Mediante Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL del Expediente Administrativo Sancionador N° 0031-2007/GG-GFS/PAS del 20 de diciembre de 2007, la Gerencia General resolvió sancionar a la empresa operadora con una multa equivalente a 160 UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4° del RGIS.
12. Con fecha 22 de enero de 2008 la empresa NEXTEL interpuso recurso de apelación contra la Resolución de Gerencia General N° 582-2007-GG/OSIPTEL del Expediente Administrativo Sancionador N° 00031-2007-GG-GFS/PAS.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

13. Los principales argumentos del Recurso de Apelación son los siguientes:

- 13.1) De conformidad con lo previsto en el artículo 11.1 de la Ley N° 27444 – LPAG, NEXTEL ha planteado la nulidad de la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL en su recurso de apelación, en el extremo que resuelve sancionarla por la comisión de una infracción muy grave¹. El fundamento legal de su pedido de nulidad es que la resolución apelada se encontraría en los supuestos 1 y 2 del artículo 10° de la LPAG².
- 13.2) La resolución apelada infringe el artículo 10° inciso 1 de la LPAG por cuanto se estaría vulnerando: el principio de legalidad, el principio de tipicidad, y la obligación de motivación como parte del debido proceso. Asimismo, alega el supuesto ejercicio ilegítimo del poder del Gerente General.
- 13.3) La resolución apelada infringe el artículo 10° inciso 2 de la LPAG por cuanto se habría incurrido en el defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo: la motivación y la finalidad pública.
- 13.4) El sustento de la nulidad deducida incluye los argumentos contenidos en los informes jurídicos presentados.

III. MATERIA CONTROVERTIDA

14. La cuestión en discusión en esta instancia será determinar si la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL:

- 14.1) Es nula por contravenir los numerales 1 y 2 del artículo 10° de la Ley 27444, en lo que se refiere al principio de legalidad, tipicidad y motivación.
- 14.2) Extiende la tipificación contenida en el artículo 4° del RGIS, para incluir obligaciones “implícitas”.
- 14.3) Crea un concepto de continuidad que corresponde al concepto de calidad
- 14.4) Utiliza los indicadores anuales de calidad para realizar mediciones mensuales que le permitan sostener que ha incumplido el deber de continuidad.
- 14.5) Considera un nuevo indicador: el Grado de Servicio (GoS) que no se encuentra previsto en la normativa nacional.

¹ Ley N° 27444: “**Artículo 11°.- Instancia Competente para declarar la nulidad** - 11.1.- Los administrados plantean la nulidad de los actos administrativos que les conciernan por medio de los recursos administrativos previstos en el Título III Capítulo II de la presente Ley (...).”

² Ley N° 27444: “**Artículo 10°.- Causales de nulidad** – Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes: 1.- La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias. 2.- El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14°.”

14.6) Empleo de la discrecionalidad por el OSIPTEL

IV. ANALISIS

15. De conformidad con lo establecido en el artículo 217º de la Ley N° 27444 al momento de resolver el recurso impugnativo se deberán estimar en todo o en parte las pretensiones formuladas en el mismo, por lo que corresponde analizar cada uno de los argumentos que sustentan la apelación.

a. Nula por contravenir los numerales 1 y 2 del artículo 10º de la Ley N° 27444, en lo que se refiere al principio de legalidad tipicidad y motivación.

15.1) Nulidad por la causal del inciso 1 del artículo 10º de la LPAG: Contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.-

16. La apelante sustenta su pedido de nulidad indicando que la resolución de primera instancia habría *“(...) vulnerado disposiciones de la Constitución y de la Ley N° 27444 que consagran el principio de legalidad, el principio de tipicidad y la obligación de motivación como parte del debido proceso. Además, mediante esta resolución, la Gerencia General del OSIPTEL ha excedido largamente los límites de sus facultades y competencias, haciendo un ejercicio ilegítimo del poder que también contraviene la Constitución”*. Por ello, corresponde analizar cada uno de estos supuestos.

i. Supuesta vulneración del principio de legalidad.-

17. En su recurso de apelación, NEXTEL argumenta que se habría vulnerado el principio de legalidad por cuanto el concepto de continuidad del servicio habría sido regulado en las cláusulas 6.06 y 6.07 de los contratos de concesión y, a su entender, esto implica que la obligación de **continuidad** *“(...) conlleva la obligación de no interrumpirlo o suspenderlo intencionalmente sin haberlo comunicado previamente al OSIPTEL y a los abonados”*. sustentándose en los informes jurídicos adjuntados.

18. Inmediatamente después, como si lo dicho precedentemente fuese el único contenido de la continuidad, argumenta que: *“Teniendo claro el concepto legal de continuidad, debemos destacar que el OSIPTEL no ha demostrado ni ha intentado siquiera demostrar que éste concepto haya sido vulnerado por NEXTEL (...), por lo tanto, es posible afirmar con absoluta certeza que NEXTEL no ha incumplido la obligación de continuidad establecida en sus contratos de concesión y en el marco legal”*.

19. Con relación a lo señalado por NEXTEL, esta instancia considera que ella recorta de manera indebida el concepto legal de continuidad, limitando las infracciones en las que puede incurrir a **las interrupciones intencionales del servicio**, lo cual no es correcto. Como se explicará más adelante el deber de continuidad en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones es de un contenido más amplio.

20. El literal b) del acápite 6.06 del Contrato de concesión establece que la obligación de continuidad es la regla general y el incumplimiento de dicha obligación, contenida en el acápite 6.7 es la excepción. De ello no se desprende que lo único prohibido para NEXTEL es la suspensión intencional, como indebidamente interpreta la apelante.
21. A continuación se cita literalmente lo señalado por el contrato de concesión: **“6.06. PRESTACIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO. (...) (b) Continuidad del Servicio.- En ningún caso, LA EMPRESA CONCESIONARIA dejará de prestar o reducirá el SERVICIO CONCEDIDO, salvo en los casos a que se refiere el numeral siguiente.”**
“6.07 INTERRUPCIÓN DEL SERVICIO CONCEDIDO. (a) Comunicación previa.- Excepto en los casos establecidos en el inciso (c) siguiente, LA EMPRESA CONCESIONARIA no podrá interrumpir intencionalmente el SERVICIO CONCEDIDO, sin haber comunicado con razonable anticipación al MINISTERIO, al OSIPTEL así como a los ABONADOS real o potencialmente afectados”;
22. El contrato de concesión contiene las siguientes reglas:
- Se debe prestar el servicio continuamente.
 - Se podrá dejar de prestarlo intencionalmente, en la medida que ello haya sido comunicado con razonable anticipación al Ministerio de Transportes y Comunicaciones, al OSIPTEL y a los abonados afectados real o potencialmente.
 - También es posible dejar de prestarlo intencionalmente, sin necesidad de notificarle a ministerio o al OSIPTEL, en caso el abonado no cumpla con las condiciones de uso. Por ejemplo, que no pague por el servicio.
 - También se podrá suspender el servicio en caso de emergencia, subsistiendo la obligación de notificar, de inmediato, tanto al Ministerio de Transportes y Comunicaciones como al OSIPTEL y a los abonados.
 - Las suspensiones que se generen por supuestos distintos a los referidos precedentemente, involucran una violación a la obligación de prestar continuamente el servicio. Recordemos que la cláusula 6.06 (b) comienza diciendo que **en ningún caso** se dejará de prestar o reducirá el servicio.
23. Entonces, la falta de prueba de la intencionalidad en la comisión de la infracción a la continuidad, que alega NEXTEL para sustentar que se estaría violando el principio de legalidad, no tiene correlato ni en el contrato ni en la legislación vigente; y, por tanto, no existe causal de nulidad alguna en este extremo de la apelación.
24. La interpretación de NEXTEL sobre el deber de continuidad es en todo caso, una interpretación diferente del contrato que aquella realiza con relación a lo señalado por la primera instancia, lo que no generaría nulidad alguna en la resolución apelada, desde que **la distinta interpretación de una cláusula contractual, no constituye causal de nulidad en nuestro ordenamiento jurídico.**
25. Por otro lado, la supuesta infracción al principio de legalidad y, por tanto, sustento de la nulidad, también es desarrollada en el punto 2.2. del recurso de apelación, indicando NEXTEL que ha cumplido con lo previsto en el Reglamento de Calidad y que, pese a ello, se pretendería aplicar un indicador de calidad distinto del recogido en dicho reglamento, violando de esta manera lo previsto en el artículo 24º inciso 2, literal a) de la Constitución.

26. Este argumento debe ser rechazado, desde que **la calidad en la prestación del servicio no ha sido materia del procedimiento administrativo sancionador**. En la Carta de Imputación de Cargos, con el que se inicia el presente procedimiento, se indica claramente que éste es por presumir que se había incumplido con el deber de continuidad y se había infringido lo dispuesto en el artículo 17 del RGIS. Por ello, respecto a este argumento, tampoco existe causal de nulidad alguna.
27. Como conclusión de esta parte se tiene que, en los aspectos señalados por NEXTEL, no se ha verificado violación alguna al principio de legalidad en la resolución de primera instancia.
28. En lo que se refiere a la supuesta vulneración al principio de legalidad por haberlo sancionado por la supuesta aplicación del Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, será analizado en los posteriores considerandos de la presente resolución.

ii. Supuesta vulneración del principio de Tipicidad.-

29. NEXTEL señala en su recurso de apelación que la resolución de primera instancia es nula por cuanto ha infringido el principio de tipicidad, al extender *“indebidamente la tipificación contenida en el artículo 4 del RGIS, que se refiere únicamente al incumplimiento de obligaciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de Concesión; y, decide incluir obligaciones que no son expresas sino implícitas.”*
30. Al respecto, se debe tener presente que en la parte resolutive de la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL se dispuso: **“Artículo 1º.- SANCIONAR a la empresa NEXTEL DEL PERÚ S.A. con una MULTA de CIENTO SESENTA (160) Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de la infracción Muy Grave tipificada en el artículo 4º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.”**
31. Es decir, la sanción impuesta a NEXTEL se sustenta en el hecho de haber cometido la infracción tipificada en el artículo 4º del RGIS vigente, que establece que **“La empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave”**.
32. El Principio de Tipicidad está recogido en nuestra legislación en el artículo 230º literal 4) de la LPAG de la siguiente manera: **“Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”**.
33. La infracción prevista en la norma legal es el incumplimiento de las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los contratos de concesión. La sanción impuesta es por

haber incumplido la condición esencial de continuidad que, en opinión de la primera instancia, se encuentra establecida como tal (de manera implícita) en los respectivos contratos de concesión. Por ello, no se ha violado el principio de tipicidad y, por tanto, la resolución apelada tampoco es nula en este extremo.

34. Los alcances de aquello que debe comprender **la frase “establecidos como tales en el o los respectivos contratos de concesión”** y si alcanza a obligaciones implícitas o sólo a las explícitas, constituye un tema de fondo que debió ser planteado como tal en el recurso de apelación. Sin embargo éste, tal y como se explicó precedentemente, sólo contiene un pedido de nulidad, por lo que sólo corresponde analizar la existencia o no de las causales de nulidad invocadas. Todo el análisis del recurso y sus anexos, se concentran en explicar una inexistente violación al principio de Tipicidad.
35. La prohibición de interpretar extensiva o analógicamente, prevista en la LPAG, se refiere a la imposibilidad de crear infracciones por interpretación, pero no impide en modo alguno la facultad de la autoridad de dar contenido o determinar los alcances de las infracciones que se encuentran debidamente tipificadas en las normas pertinentes.
36. La primera instancia ha dotado de un contenido específico a la infracción del artículo 4º del RGIS. Ello no implica que se haya infringido el principio de tipicidad. Si NEXTEL discrepaba de dicha interpretación, debió sustentar su apelación ya sea en una diferente interpretación de las pruebas producidas o en una cuestión de puro derecho, tal y como lo indica el artículo 209º de la LPAG y no en una nulidad fundamentada en la violación al principio de tipicidad. Sobre todo, **cuando la sanción que se le ha impuesto es por una infracción debidamente tipificada en nuestro ordenamiento jurídico.**
37. NEXTEL hace suyo un extenso análisis de la interpretación que ha adoptado la primera instancia, con respecto al contenido del artículo 4º del RGIS, referido en uno de los informes jurídicos presentados, pretendiendo sustentar que habría habido una interpretación prohibida por la Constitución y, por tanto, se estaría ante un supuesto de nulidad del acto administrativo.
38. Esta instancia considera que dicho razonamiento no es correcto. La misma cita de la sentencia del Tribunal Constitucional³, emitida el 3 de enero de 2003, invocada en el informe jurídico, sirve para ilustrar que **estamos ante un tema de interpretación y no de nulidad de acto administrativo por alguna inconstitucionalidad manifiesta**; y, por tanto, la vía idónea para impugnarlo era un recurso de apelación sustentado en cuestiones de puro derecho y no en una nulidad que, como ya se ha visto, es inexistente.
39. La sentencia antes referida, establece en su fundamento jurídico N° 6 lo siguiente: *“En definitiva, **la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos** y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional. (FERNANDEZ SEGADO, Francisco: *El Sistema Constitucional Español*, Dykinson, Madrid, 1992, pag.257) (...)”*

³ Expediente 0010-2002-AI-TC sobre Acción de Inconstitucionalidad seguida por ciudadanos con firmas contra los Decretos Leyes Nos. 25475, 25659, 25708 y 25880, citada en la pag. 11 del Informe del Dr. Rubio, anexo al recurso de apelación de NEXTEL.

40. El referido informe jurídico concluye citando otra sentencia del Tribunal Constitucional, que señala que: “(...) nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina **‘conceptos jurídicos indeterminados’**, los cuales no son otra cosa que aquellos conceptos o expresiones utilizados por las normas en que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos y que, sin embargo, resultan compatibles con el principio de legalidad **mientras puedan concretarse utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia**”.⁴
41. Como puede apreciarse, el Tribunal Constitucional en el Perú ha reconocido que por tipicidad no se debe entender un concepto inflexible y cerrado, tal y como pretende la apelante.

iii. Supuesta vulneración de la obligación de motivación como parte del debido proceso.-

42. Según lo expuesto por NEXTEL, existirían diversas circunstancias por las que se habría vulnerado la obligación de motivación en la resolución impugnada, dado que según ella la motivación es insuficiente y defectuosa.
43. Al respecto, hay que precisar que los alcances de lo que constituye una debida motivación para un acto administrativo no están sujetos a lo que la doctrina pueda entender. Al respecto, el artículo 6º de la LPAG desarrolla en forma clara y expresa lo que se debe entender como motivación del acto administrativo.
44. El artículo 6º de la LPAG, establece respecto a la motivación del acto administrativo lo siguiente:
- “Artículo 6º.- Motivación del acto administrativo.-*
- 6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.*
- (...)*
- 6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.*
- (...)”*
45. Se ha podido observar que la resolución de primera instancia establece una relación directa entre los hechos relevantes y los fundamentos jurídicos contenidos en ella. Asimismo, realiza una exposición de razones, jurídicas, normativas y técnicas por lo que los argumentos de la apelante no son acogidos. De otro lado, no se presentan en dicha resolución formulas generales o vacías para su fundamentación.
46. En el escrito de apelación presentado por NEXTEL se está tergiversando el contenido de la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTEL, ya que se afirma lo que no se ha dicho. En ningún párrafo o considerando de la resolución impugnada se menciona que el principio

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida el 6 de diciembre de 2002 en el expediente N° 1198-2002-AA-TC, sobre acción de amparo interpuesta por la empresa Rama Fibra del Perú S.A. contra la SUNAT, citada por Marcial Rubio en el informe anexo al recurso de apelación de NEXTEL.

de Tipicidad no está expresamente recogido en la Constitución, tal y como se afirma en el informe del Doctor Rubio.

47. La resolución impugnada recoge una cita autorizada, de un especialista en Derecho Administrativo, profesor de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, quien habla de ***“la exigencia de Tipicidad de las infracciones administrativas”*** y no de Tipicidad penal, por lo que los considerandos 30 y 31 de la resolución impugnada son perfectamente compatibles y coherentes entre sí, no existiendo en este extremo causa alguna para considerar que la motivación del acto es insuficiente.
48. Por otro lado, se argumenta también un aspecto de motivación defectuosa entre los considerandos 58 y 60 – 61, ya que se afirma que en el 58 se ***“ha sostenido que no se puede dar una definición de continuidad y en los párrafos 60 y 61 ha pretendido dar una”***. Esto tampoco es cierto. En el considerando 58 se indica que lo que no resulta posible es ***“la definición previa y taxativa del contenido del deber de continuidad”***, en tanto en los considerandos 60 y 61 lo único que se hace es remitirse a la definición dada por la Unión Internacional de Telecomunicaciones – UIT, por mandato expreso del artículo 5º de Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que en este extremo tampoco existe causa alguna para considerar que la motivación es defectuosa.
49. Entonces, no ha existido violación de norma constitucional alguna por parte de la resolución apelada y, por tanto, no corresponde declarar la nulidad de la misma, dado que la resolución apelada se encuentra debidamente motivada de acuerdo a Ley.

iv. Supuesto ejercicio ilegítimo del poder del Gerente General.-

50. En el recurso de apelación se menciona que la gerencia general habría hecho un uso ilegítimo del poder al haber *“(...) desarrollado una insólita argumentación, plagada de gruesos errores e ilegalidades, construida a partir del artículo 4º del RGIS”*.
51. Tal y como se ha demostrado precedentemente, los argumentos utilizados en primera instancia podrán no ser compartidos por el operador, más aún cuando en base a dichos argumentos se la ha impuesto una sanción, pero ello no implica que estos argumentos sean ilegales. El hecho que no se esté de acuerdo con lo resuelto por algún órgano de la administración pública, no convierte a éste en alguien que haga un uso ilegítimo del poder que le ha sido conferido. Por ello, este argumento deberá también desestimarse.

a.2. Nulidad por la causal del inciso 2) del artículo 10º de la LPAG: El defecto o la omisión de alguno de los requisitos de validez del acto administrativo.-

52. NEXTEL indica en su recurso de apelación que la Resolución N° 582-2007-GG/OSIPTTEL *“(...) resulta también nula por la aplicación del numeral 2 del mismo artículo 10º de la Ley 27444, debido a que no cumple con dos de los requisitos para su validez: la motivación y la finalidad pública (...)”*. Por ello, corresponde analizar cada uno de estos supuestos.

i. Supuesta falta de motivación.-

53. Lo referido a la supuesta falta de motivación, ya ha sido analizado en los numerales 42 y siguientes de la presente resolución.

ii. Supuesta falta de finalidad pública.-

54. En uno de los informes presentados por NEXTEL se señala que la finalidad del procedimiento administrativo sancionador habría sido sancionar a dicha empresa y que, por tanto, se habría omitido la “Finalidad Pública” establecida como uno de los requisitos de validez del acto administrativo.

55. Ello no es correcto, el OSIPTEL inició el procedimiento en estricto cumplimiento del mandato contenido en el artículo 19º del Reglamento de la Ley General de Telecomunicaciones, el mismo que indica que: “*Dentro del marco del objetivo general, son objetivos específicos del OSIPTEL: c) **Garantizar la calidad y la continuidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones***”

56. El hecho que la empresa recurrente no comparta los criterios desarrollados por la primera instancia, no convierte al acto administrativo emitido en nulo y mucho menos permite colegir que se ha tenido la finalidad de sancionarlo.

b. Extiende la tipificación contenida en el artículo 4º del RGIS, para incluir obligaciones “implícitas”.

57. Con relación a la supuesta trasgresión al Principio de Legalidad y Tipicidad, debemos señalar que al ser esta última un corolario o exigencia derivada del primero, la discusión sobre una posible afectación debe centrarse inicialmente en la determinación del tipo que sustenta la infracción que se imputa a la apelante, pues es a partir de la concreción detallada y precisa del mismo que resultará posible enlazar a éste la correspondiente consecuencia jurídica.

58. Esta instancia comparte plenamente lo señalado en la Resolución apelada en el aspecto referido a la manera mediante la cual se conforman los tipos en el Derecho Administrativo Sancionador. Al respecto la Resolución de primera instancia administrativa, ha indicado que los mecanismos y técnicas de conformación de tipos empleados por el Derecho Penal, no pueden ser trasladados de idéntica manera al Derecho Administrativo Sancionador, que es el campo que nos ocupa. Ello encuentra amplio reconocimiento en la doctrina extranjera y nacional más especializada.

59. Así como lo señala el reconocido profesor español NIETO⁵:

“Forzoso es reconocer, sin embargo, que en este punto se encuentra todavía el Derecho Administrativo Sancionador en una fase muy poco desarrollada y los comentaristas se contentan con admitir –siguiendo los esquemas del Derecho Penal- tanto los elementos tipificadores descriptivos como los normativos y de recomendar el uso de los tipos cerrados (o autosuficientes) pero sin rechazar los abiertos (los que necesitan que otra norma los complete).”

⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tercera edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2002. P. 297.

(...) aún admitiendo no deben pasarse por alto las consecuencias indeseables que puede producir una actitud rigurosa a tal respecto y que obligan una vez más, a tener en cuenta las 'matizaciones' que son inevitables en este campo”.

60. En ese mismo sentido CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ⁶, sostienen lo siguiente:

“La tipicidad penal y la administrativa son algo distintas. La reserva de Ley es más estricta en la primera, tanto por razones de modelo de distribución constitucional de las potestades públicas como por el carácter abierto de la potestad reglamentaria y por razones de oportunidad territorial o material.”

61. Dentro de esa misma línea, en doctrina nacional MORÓN⁷ ha destacado dentro de las particularidades de la tipificación administrativa lo siguiente:

“En aspectos administrativos, no es aconsejable llevar a extremos el mandato de tipificación, pues estaríamos frente a casuismos inconvenientes. Los riesgos evidentes son dos extremos perniciosos: la sobre inclusión (incluir dentro de la tipificación supuestos específicos que no participan de la necesidad de sanción), pero en el otro extremo tenemos la infra inclusión (excluir supuestos que sí deberían ser sancionables) (...) Cuando se acuden a fórmulas más específicas y detalladas se asume el riesgo de reprochar menos supuestos de los debidos, pero igualmente indebidos (...) Para aminorar estos problemas en la tipificación administrativa se [admite] el empleo de la tipificación indirecta (...) [la cual] fue advertida ya por Nieto cuando daba cuenta que la tipificación administrativa, a diferencia de la penal, se concreta generalmente a través de tres preceptos: i) Un primer elemento del tipo que establece un mandato o una prohibición determinada para el administrado (la que indica 'Queda prohibido X'), ii) Un segundo elemento del tipo que advierte que este incumplimiento constituye una infracción sancionable ('Constituye infracción el incumplimiento de X'); y, finalmente un tercer elemento (la sanción aplicable al caso). Como estos tres elementos por lo general no se presentan en una misma norma, sino disgregados en normas distintas, e incluso en cuerpos normativos separados, hablamos de tipificación indirecta del ilícito administrativo, a diferencia del tipo legal penal, único” (Subrayado agregado).

62. Las citas transcritas no son sino una muestra apretada del reconocimiento de la imposibilidad material de predecir de manera anticipada la totalidad de conductas que constituyen un desvalor, y que, por ello son objeto de reproche por parte de la Administración Pública. Precisamente en aras de hacer frente a dicha imposibilidad material, una de las técnicas más frecuentemente empleadas es la denominada “tipificación indirecta”, en la cual, a través del empleo de una remisión, una norma sancionadora hace suyo o legítima el contenido de un precepto, mandato o disposición contenido en un instrumento o norma distinta (supuesto), estableciendo de manera expresa que el incumplimiento de aquéllos, constituirá una infracción administrativa a la cual podrá ser aparejada la correspondiente sanción.

63. Ello ha sido reconocido por CASSAGNE⁸ para quien:

“Las infracciones e incumplimientos de las leyes y reglamentos así como de los contratos de concesión o licencia se encuentran regulados de distinto modo conforme al tipo de cada sanción.

⁶ CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Derecho Administrativo Sancionador. Editorial Revista de Derecho Privado – EDERSA. 1992. P. 130-131.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los Principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la ley peruana. En *Advocatus*. N° 13, diciembre de 2005. P. 233-234.

⁸ CASAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo – Tomo II. Séptima edición actualizada. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2002. P. 416.

Cuando las sanciones, por su carácter preventivo o represivo, poseen naturaleza penal administrativa se aplican todos los principios propios del derecho penal sustantivo (v.gr. legalidad, tipicidad, culpabilidad, irretroactividad, non bis in idem, etc.)

Ahora bien, en los marcos regulatorios no se ha tipificado sanciones específicas para los prestadores de los referidos servicios, lo que implica una remisión a los contratos de concesión o licencia efectuada expresamente en algunos casos y en otros en forma implícita (...)” (Subrayado agregado).

64. Haciendo referencia al grado de precisión tipificante en este tipo de técnica, la Resolución apelada ha señalado que en el empleo de la “tipificación indirecta”:

“(…) el denominado Principio de Tipicidad, se satisface mediante una remisión de la norma primaria a la norma secundaria, a efectos de conformar entre ambas un solo bloque, de modo tal que la tipificación resulte de la conjunción entre la disposición contenida en el instrumento o la norma que establezca el mandato o prohibición concreto (sub tipo primario) y una norma distinta (sub tipo secundario) que declara genéricamente que su violación constituye infracción administrativa”.

65. Sobre este aspecto, esta instancia considera que el párrafo transcrito constituye la exigencia esencial que justifica y da validez al empleo de esta técnica tipificadora, esto es, que de la conjunción de los preceptos, mandatos o disposiciones contenidos en un instrumento o norma remitida, con una norma jurídica remitente que califica el incumplimiento de aquéllos como infracción administrativa, se conforme “un solo bloque” del cual sea posible inferir de manera inequívoca el supuesto de hecho, la consecuencia y el elemento que permita conectar una con otra, de modo que no admita lugar a dudas su aplicación en el caso concreto.

66. Así lo ha señalado de manera categórica NIETO¹⁰ para el cual:

“El tipo, (...) no se realiza a través de una descripción directa sino que surge de la conjunción de dos normas: la que manda o prohíbe y la que advierte que el incumplimiento es infracción”.

67. Para esta instancia, es precisamente este aspecto el que no ha sido suficientemente desarrollado en la Resolución de primera instancia administrativa, al señalar con relación a la exigencia de tipicidad en el precepto que se imputa lo siguiente:

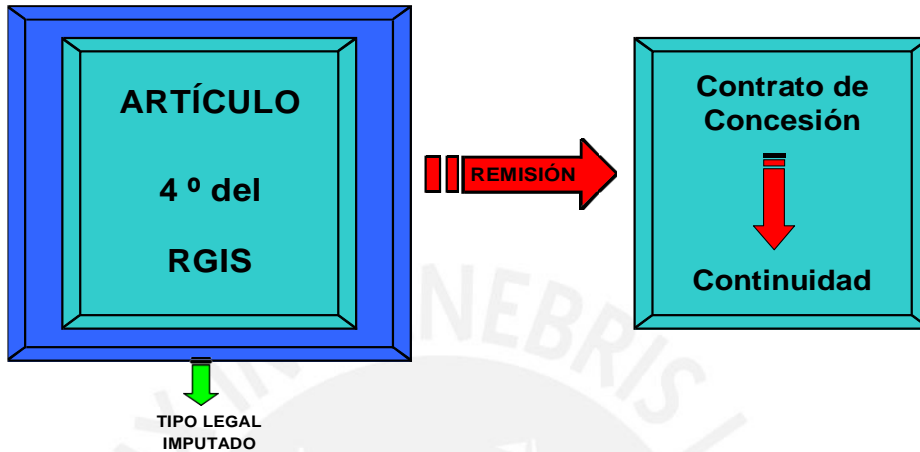
“(…) la observancia de la taxatividad no requiere que el artículo 4º del RGIS defina de manera anticipada qué considera como “condición esencial” del Contrato de Concesión, pues dicha tarea se determinará a partir del análisis de dicho Contrato. De ello se desprende que la determinación sobre si un elemento o característica pueda ser considerado como “condición esencial” del Contrato de Concesión, es un momento posterior al análisis de la tipicidad del artículo 4º, no conformando parte de aquél, toda vez que debe extraerse de dicho Contrato (contrato para la prestación de servicio público de telecomunicaciones), una vez admitido que la invocación del mencionado artículo 4º satisface la exigencia del Principio de Tipicidad”.

68. El esquema de argumentación de la Resolución impugnado se aprecia en el gráfico que se muestra a continuación:

⁹ Ello corresponde a la estructura básica de toda norma jurídica, lo cual tiene tres elementos que conforman su estructura interna: el supuesto (S) que es aquella hipótesis que, de ocurrir, desencadena la consecuencia; la consecuencia (C) que es el efecto atribuido por el Derecho a la verificación del supuesto en la realidad; y, el nexos lógico-jurídico que es el elemento lógico vinculante entre el supuesto y la consecuencia (RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico - Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Octava Edición, reimpresión de 2004. P. 85-86.

¹⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Cuarta edición totalmente reformada. Editorial Tecnos. Madrid, 2005. P. 315.

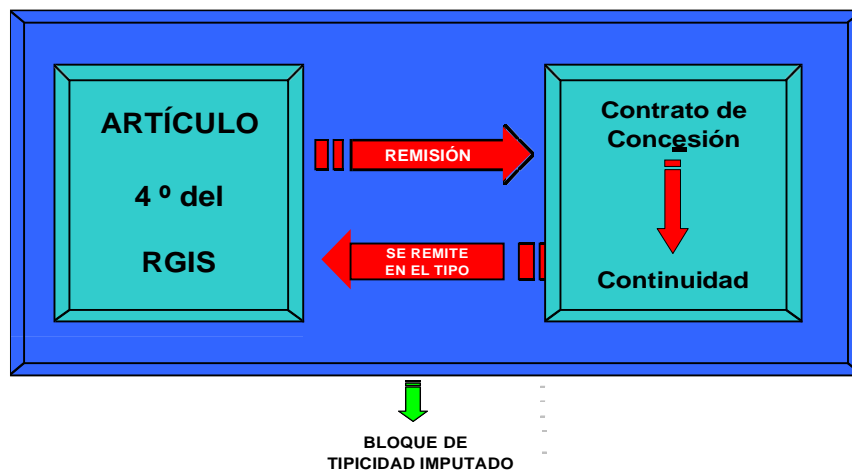
ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN SEGUIDO POR
LA PRIMERA INSTANCIA ADMINISTRATIVA



69. Como se aprecia del párrafo transcrito, la afirmación de que “*la determinación sobre si un elemento o característica pueda ser considerado como ‘condición esencial’ del Contrato de Concesión, es un momento posterior al análisis de la tipicidad del artículo 4º, no conformando parte de aquél*” no se condice con la exigencia de conformación de “un solo bloque” a que se ha hecho referencia anteriormente, toda vez que precisamente la función de la remisión efectuada es completar la consecuencia jurídica contenida en el artículo 4 del RGIS a través de la identificación del elemento o característica que constituye el supuesto de hecho y que además se constituye como condición esencial del mismo. De acuerdo a ello, a efectos de satisfacer la exigencia de tipicidad no resulta posible afirmar, como ha hecho la resolución impugnada que “*la determinación de qué se entiende por “condición esencial” se realizará en un momento posterior*” puesto que ello contradeciría los postulados que subyacen a dicha exigencia, referidos a brindar al administrado la mayor información que resulte posible en torno al comportamiento esperado.

70. Lo señalado por esta instancia administrativa se muestra en el siguiente cuadro:

ESQUEMA DE ARGUMENTACIÓN SEGUIDO POR
LA SEGUNDA INSTANCIA ADMINISTRATIVA



71. Por tanto, la concreción de la exigencia de tipicidad (*lex certa*) del precepto sancionador, deberá comprender una combinación del precepto, mandato o disposición remitido por el remitente. Dicha concreción deberá encontrarse presente incluso en escenarios que se encuentran sujetos a intensa regulación administrativa¹¹, como es el caso de los concesionarios de servicios públicos¹², en los cuales, la libertad de actuación de los particulares esta predeterminada al cumplimiento de deberes específicos emanados de sus particulares relaciones contractuales o del marco normativos que les es aplicable. Así, si bien en estos casos puede permitirse una atenuación en el cumplimiento estricto de determinados mandatos (legalidad, tipicidad, *non bis in idem*), ello no implica que se desconozca la aplicación de los mismos.

72. Sobre este aspecto CARRETERO PÉREZ y CARRETERO SÁNCHEZ¹³ han sido enfáticos al señalar que:

“(…) en Derecho Administrativo hay problemas de tipicidad, pero no puede prescindirse de la tipicidad. Los enunciados completamente atípicos no se han admitido por la jurisprudencia, que indica que las Leyes han de interpretarse buscando una tipicidad mínima, que puede ser más rigurosa que en el Derecho Penal, dado el fondo de disciplina interna y la exigencia de una moral provisional propias del Derecho Administrativo. Lo que no se tolera es la completa atipicidad del Derecho Sancionador.”

73. Corresponde en este momento del análisis realizado por esta instancia, aclarar un aspecto mencionado en la Resolución recurrida, en lo referido a la inclusión del denominado Principio de Tipicidad en el precepto contenido en el inciso d) del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú. Sobre este punto, la indicada Resolución ha señalado lo siguiente:

“El inciso d) del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, no contiene una referencia directa al denominado Principio de Tipicidad, sino al Principio de Legalidad, a partir del cual, corresponde se derive la exigencia de la tipicidad en la determinación de las infracciones administrativas como una manifestación del mismo o subprincipio consecuencia de aquél”.

74. La afirmación transcrita debe ser contrastada con el texto del inciso d) del numeral 24, del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, el cual señala lo siguiente:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(…)

A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

(…)

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

¹¹ Denominados relaciones de sujeción general, como contrapartida a las relaciones de sujeción especial (Véase al respecto MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2001. P. 508-509.

¹² Además de los presidiarios de establecimientos penales, miembros colegios profesionales, militares y estudiantes, tantas veces citados por la doctrina

¹³ CARRETERO PÉREZ, Adolfo y CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo. Ob. Cit. P. 133.

75. Del mencionado inciso se advierte que, si bien el mismo, hace una referencia primaria a los denominados Principios de Legalidad (“*ni sancionado con pena no prevista en la ley*”) e Irretroactividad (“*Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley*”) consagrados en la Ley del Procedimiento Administrativo General, de una lectura atenta a dicho mandato constitucional, puede determinarse que éste también incluye al denominado Principio de Tipicidad, toda vez que determina que el tipo de la pena debe estar calificado en la ley “*de manera expresa e inequívoca*”. Por tanto, resulta posible concluir que dicho precepto constitucional incluye el mandato de tipicidad, al hacer referencia expresa a la necesaria descripción de un supuesto de hecho, el cual debe encontrarse determinado de manera estricta, de modo tal que el particular pueda inferir de manera inequívoca o con un grado de certeza razonable (*lex certa*) cuál es la conducta prohibida, con la finalidad de evitar una eventual imputación de responsabilidad como consecuencia de su inobservancia.
76. Partiendo de la consagración del mandato de tipicidad en la Constitución Política del Perú, la determinación de qué elemento o elementos pueden ser considerados como condición esencial del o los contratos de concesión, debe determinarse teniendo en cuenta la exigencia referida en el párrafo anterior¹⁴, es decir que, en el presente caso el “bloque de tipicidad” que surja de la tipificación indirecta esté configurado “*de manera expresa e inequívoca*”. Sobre el primer aspecto (constar “*de manera expresa*”), la exigencia del mandato constitucional se concreta en el momento en el que, como producto de la aplicación de la tipificación indirecta, se entiende completa la remisión efectuada, es decir cuando se conecta el supuesto de hecho con la correspondiente consecuencia, de modo tal que ambos conformen “un solo bloque”, de la manera como se ha venido haciendo referencia¹⁵.
77. Para este primer aspecto, dado que se trata de un tipo que surge como consecuencia de una remisión, resultaría inadmisibles (por imposibilidad) que la exigencia de constar de manera “*expresa*” se acredite en un momento anterior aquél en el que se completa la remisión, puesto que, será recién a partir del momento en el que el “bloque de tipicidad” se complete (como consecuencia de la remisión), que podrá verificarse si su contenido satisface plenamente los postulados que subyacen a la exigencia del denominado Principio de Tipicidad, en el aspecto que concierne a la delimitación “*expresa*” de la conducta que es objeto de reproche.
78. En ese orden de ideas, con relación al segundo aspecto derivado del mandato constitucional, (constar “*de manera inequívoca*”), dado que en el presente caso nos encontramos frente a un tipo que se construye a partir de una remisión, la exigencia de ser “*inequívoco*” debe ser analizado desde un doble punto de vista: (i) para efectos de

14 La aplicación de principios del Derecho Penal al Derecho Administrativo Sancionador se realiza porque los principios contenidos en el Derecho Penal son derivados a su vez de principios constitucionales. Es desde la Constitución y no desde el Derecho Penal de donde se deriva su aplicación. Lo señalado encuentra asidero en la doctrina. Así según Quintero: “*Cuando se trata de la identidad de garantías en realidad se está haciendo mención a aquéllas que el derecho penal debe someterse para satisfacer los postulados del Estado de Derecho, que son principios derivados de los declarados en la Constitución como fundamentales*”. (QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. La Autotutela, los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal. En: Revista de Administración Pública (RAP). N° 126. Setiembre-diciembre de 1991. p. 262).

15 Diametralmente distinta sería la conclusión a la que se llegaría si se tratara de un esquema clásico de tipificación (tipificación directa). En este caso, la verificación del cumplimiento de la exigencia de constar “*de manera expresa*” podrá ser realizada de manera inmediata, toda vez que en estos casos, el tipo no requiere aguardar el resultado de una remisión para completarse (bloque de tipicidad), contemplando desde un inicio el supuesto de hecho aparejado a la correspondiente consecuencia.

orientar la remisión a ser efectuada; y, (ii) para efectos de la concreción del bloque de tipicidad. Con relación al punto (i), la exigencia de constar “*de manera inequívoca*” es un criterio que permite advertir hacia qué instrumento o dispositivo legal deberá remitirse el administrado u operador jurídico para completar el “bloque de tipicidad” y que debe realizarse en un primer momento, puesto que corresponde saber de antemano cual o cuáles serán los instrumentos o normas jurídicas que deberán emplearse para completar el tipo, de modo que ello resulte claramente previsible y no constituya una construcción artificiosa a discrecionalidad del operador jurídico durante el desarrollo del procedimiento administrativo sancionador.

79. De otro lado, con relación al punto (ii) la exigencia de constar “*de manera inequívoca*” determina que la fijación de los preceptos, mandatos o disposiciones del instrumento o norma hacia el cual se efectuará la remisión (también predeterminada) deberá realizarse de modo tal, que no admita duda y permita “predecir con suficiente grado de certeza”¹⁶ su adecuación al tipo, puesto que, una vez determinado pasará a conformar parte del aquél como un solo “bloque de tipicidad”.
80. Con relación a la exigencia de constar “*de manera expresa*”, del análisis del artículo 4° del RGIS es posible advertir que éste contiene literalmente en su propio texto, una remisión a otro instrumento jurídico (contrato de concesión). De la conjunción de los preceptos, mandatos o disposiciones contenidos en el instrumento, y la consecuencia a que hace referencia el mencionado artículo 4°, se completa “el bloque de tipicidad”. El respectivo análisis será debidamente realizado en los párrafos subsiguientes de la presente Resolución, una vez que se determine “*de manera inequívoca*” el supuesto de hecho que es objeto de imputación por el artículo 4°. Por tanto, corresponde en un primer momento a esta instancia determinar el carácter inequívoco de la remisión efectuada en la resolución impugnada.
81. Sobre el particular, de una lectura estricta del artículo 4 del RGIS, se advierte que éste determina de manera inequívoca la remisión a ser realizada, en el sentido que ésta deberá efectuarse hacia el o los contratos de concesión con los que cuente el apelante. En consecuencia, esta instancia considera que únicamente a partir de éstos deberá verificarse si resulta válido inferir, de una manera tal que no admita dudas, la existencia de la condición esencial de continuidad, y la consiguiente imputación de responsabilidad efectuada por el órgano de primera instancia.
82. Con relación a la continuidad como característica determinante que configura un servicio público, y por ende se constituye en condición esencial del contrato de concesión al formar parte de su objeto, ninguno de los argumentos del apelante, así como de los informes jurídicos adjuntos al recurso de apelación, han cuestionado que la continuidad sea la esencia y a la vez característica diferenciadora de un servicio público y otros servicios de carácter económico.
83. En consecuencia, esta instancia comparte lo señalado por la doctrina y aceptado por la resolución recurrida y la apelante de manera unánime, en cuanto a que la continuidad es entendida como la base que sustenta la prestación de un servicio público. Al ser encomendada dicha actividad por el Estado a los privados mediante el mecanismo de la

¹⁶ Fundamento 8 de la Sentencia de l Tribunal Constitucional peruano de fecha 16 de abril de 2003 (Exp. N° 2050-2002-AA/TC).

concesión, se considera que la actividad concesionada debe procurar brindar al público en general un servicio que se encuentre disponible de manera permanente, a efectos de satisfacer las necesidades ciudadanas que el Estado ha considerado como relevantes al extremo de buscar la satisfacción de este interés público por sobre otras necesidades que pudiera tener el ciudadano.

84. En la línea de lo señalado, FIORINI¹⁷ señala que:

“(…) la continuidad regulada para satisfacer la necesidad pública es dato indestructible para cualquier clase de actividad que pretenda responder a un servicio público. No es el servicio el que la impone; es el carácter de apatencia urgente y permanente que presenta la necesidad pública el que la establece. No es la asunción del servicio administrativo lo que hace nacer el principio de la continuidad, sino la presencia de la necesidad pública la que impone esta ley natural, pues la asunción del servicio por la administración, sólo garantiza jurídicamente su vigencia (…)”

85. Por su parte, DIEZ¹⁸ sostiene lo siguiente con relación a la continuidad como carácter esencial del servicio público:

“(…) ya que hace a la existencia del mismo y ello quiere decir que la prestación no puede interrumpirse ni paralizarse, ya que se ha establecido en beneficio de toda la colectividad. La paralización de los servicios públicos puede acarrear graves daños a la colectividad y por ello debe sancionarse severamente todo acto tendiente a su interrupción total o parcial (…)”

86. Asimismo, para CASSAGNE¹⁹:

“Si la causa que legitima la existencia de un servicio público es por una necesidad colectiva tal entidad que no puede satisfacerse de otra manera que mediante la técnica de esta institución, el modo de asegurar que la prestación se haga efectiva es, precisamente, la regla de la continuidad”.

87. Sobre este aspecto, es importante precisar que si bien para el citado autor, la continuidad del servicio público se protege por dos medios (la posibilidad de que la Administración proceda a la ejecución directa del servicio, y la proscripción al derecho de huelga), esta instancia considera que ello no debe llevar a la limitada conclusión que la protección de la continuidad deba realizarse únicamente a través de estos dos mecanismos, pues dicha afirmación no consta en el texto del autor citado.

88. Abonando a lo señalado en el párrafo anterior, ARIÑO²⁰ ha sostenido de forma expresa que la protección de la continuidad puede ser realizada de diversas maneras. Así:

“En cualquier caso la continuidad y regularidad del servicio constituye una nota esencial del concepto, determinante de muchas de sus peculiaridades del régimen jurídico. Entre otras, citemos ahora el régimen de protección especial de sus bienes afectos con múltiples manifestaciones; la especial regulación de sus huelgas (que se ha manifestado frecuentemente en los últimos tiempos al dictar normas de servicios mínimos); la especial protección penal (art. 222 del Código); un régimen especial de quiebras y suspensiones de pagos (Ley de 12 de noviembre de 1869), Código de Comercio, arts. 930 y ss., y la legislación complementaria), así como el régimen de intervención o incautación temporal de la Compañía cuando ésta atraviese por una situación de incapacidad para prestar el servicio en las condiciones mínimamente exigibles, tal como ocurrió en el Metropolitano de Madrid (Decreto-Ley de 7 de junio de 1978)”. (Subrayado agregado).

¹⁷ FIORINI, Bartolomé A. Manual de Derecho Administrativo. Segunda parte. Editorial La Ley. Buenos Aires, 1968, P. 832.

¹⁸ DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo, Tomo III. Segunda Edición. Editorial Plus Ultra. Buenos Aires, 1979. P. 356.

¹⁹ CASAGNE, Juan Carlos. Ob. Cit. P. 303.

²⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Primera Edición. ARA Editores. Lima, 2004. P. 588- 589.

89. Dentro del Derecho nacional, la continuidad como elemento del servicio público ha sido reconocido por la Ley de Telecomunicaciones, dentro de la misma definición de lo que debe entenderse por servicio público.

“Artículo 40º.- Serán considerados como servicios públicos de telecomunicaciones a aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello fuese necesario”.

90. Sobre este aspecto, esta instancia considera que si bien del artículo transcrito puede inferirse que para ser considerado servicio público, éste debe encontrarse “a disposición del público en general” y en consecuencia estar disponible de manera constante para el usuario (continuidad), de ello no se desprende que dicha exigencia tenga un origen legal, puesto que su reconocimiento como tal recoge la propia naturaleza del carácter esencial que tiene todo servicio público para la colectividad. Una interpretación distinta, según la cual pudiera resultar admisible la existencia de un servicio público prestado de manera discontinua, resultaría contrario a los intereses generales y afectaría el interés público.

91. Lo señalado en el párrafo anterior, encuentra pleno respaldo en el reconocimiento efectuado por el Tribunal Constitucional Peruano²¹, el cual ha señalado expresamente que la continuidad es uno de los elementos que permiten caracterizar a un servicio como público:

“40. Ahora bien, para el Tribunal Constitucional, lo sustancial al evaluar la intervención del Estado en materia económica no es solo identificar las causales habilitantes, sino también evaluar los grados de intensidad de esta intervención. De esta manera, es importante tomar en cuenta que existen una serie de elementos que en conjunto permiten caracterizar, en grandes rasgos, a un servicio público y en atención a los cuales, resulta razonable su protección como bien constitucional de primer orden y actividades económicas de especial promoción para el desarrollo del país. Estos son:

- 91.1)** *Su naturaleza esencial para la comunidad*
- 91.2)** *La necesaria continuidad de su prestación en el tiempo.*
- 91.3)** *Su naturaleza regular, es decir, mantener un estándar mínimo de calidad*
- 91.4)** *La necesidad de que su acceso se de en condiciones de igualdad” (El resaltado y subrayado es nuestro).*

92. En atención a lo expuesto, esta instancia concluye que la consideración de continuidad que ha realizado el órgano de primera instancia se encuentra ajustado al requisito constitucional de constar “de manera inequívoca”.

93. Efectuado el análisis y la determinación respecto a que la continuidad es una condición esencial del contrato de concesión, corresponde determinar el contenido del término “continuidad”, para efectos de verificar el sustento legal y técnico del valor exigible que el órgano de primera instancia, ha adoptado para señalar que se ha configurado una infracción administrativa en el presente procedimiento.

²¹ Sentencia correspondiente al Expediente N° 0034-2004-AI.

94. Al respecto, la primera instancia ha señalado que los alcances del término “continuidad” se refieren a servibilidad, entendida ésta como la *“Aptitud de un servicio para ser obtenido cuando lo solicite el usuario y para continuar siendo prestado sin degradaciones excesivas y con la duración deseada, dentro de las tolerancias y demás condiciones especificadas”*. (Recomendación ITU-T E 800).

95. En primer término, cabe recordar que tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo Sancionador, resulta coincidente que para ambos casos las descripciones de delitos e infracciones, respectivamente, que comprenden el elemento de tipicidad, deben ser claros y precisos. En ese sentido, el escenario ideal en el cual el término “continuidad” tendría un contenido claro y preciso, sería aquél en el que existiera una definición para el Derecho nacional de lo que debe entenderse por “continuidad”. Sin embargo, el referido término no ha sido definido por una norma positiva, no obstante que en normas legislativas y reglamentarias, contratos de concesión de las empresas operadoras de servicios públicos, así como el propio Tribunal Constitucional, han utilizado el concepto para hacer referencia a una característica esencial, un derecho y una obligación, dentro del ámbito de la prestación de todo servicio público.

96. Ante un grado de indeterminación conceptual como el mencionado en el párrafo precedente, la única posibilidad existente para que el término continuidad pueda ser utilizado a efectos de la imposición de una sanción, debe corresponder a la categoría jurídica que el Tribunal Constitucional y la doctrina han denominado como “Conceptos Jurídicos Indeterminados”.

97. Así, para la administrativista ALONSO²²:

*“Los conceptos jurídicos indeterminados son todas aquellas nociones expresadas en normas jurídicas que tienen, a priori, un cierto margen de imprecisión, margen que se denomina halo del concepto (...) con el concepto jurídico indeterminado la ley refiere a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado; no obstante, es claro que intenta delimitar un supuesto concreto (...)
La utilización de estos conceptos (...) puede darse tanto en el presupuesto de hecho como en la consecuencia jurídica.”*

98. En ese sentido, nuestro Tribunal Constitucional²³ ha definido a los conceptos jurídicos indeterminados de la siguiente manera:

“(...) nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina ‘conceptos jurídicos indeterminados’, los cuales no son otra cosa que aquellos conceptos o expresiones utilizados por las normas en que los límites y términos del enunciado no aparecen perfectamente definidos y que, sin embargo, resultan compatibles con el principio de legalidad mientras puedan concretarse utilizando criterios lógicos, técnicos o de experiencia”. (Subrayado agregado).

99. El pronunciamiento anterior del Tribunal Constitucional antes señalado, debe entenderse en concordancia con el que se cita a continuación²⁴, también emitido por el máximo ente de interpretación normativa constitucional:

²² ALONSO MAS, María José. La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 1998. P. 274-275.

²³ Sentencia correspondiente al expediente N° 1198-2002-AA/TC.

²⁴ Sentencia correspondiente al expediente N° 010-2002-AI/TC.

“Que no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso.

(...)

En definitiva, la certeza de la ley es perfectamente compatible, en ocasiones, con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos y así, en efecto, se ha entendido por la doctrina constitucional.”

(...)

“en la jurisprudencia constitucional comparada, se ha legitimado la existencia de esta indeterminación típica con relación a los elementos o conceptos normativos, los mismos que pueden tener un cierto carácter de indeterminación (pues bajo el término concepto jurídico indeterminado se incluyen multitud de supuestos) pero debe tenerse en cuenta que no vulnere la exigencia de lex certa (...) la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos y de experiencia, y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.” (Subrayado agregado).

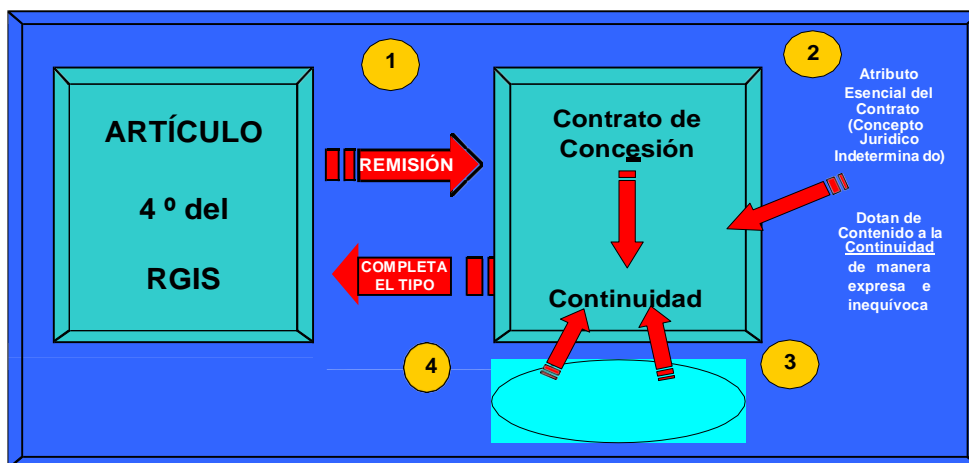
100. A modo de referencia, cabe señalar que en sentido similar a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional nacional, se ha manifestado en reiteradas ocasiones el Tribunal Constitucional español²⁵.
101. Ante la poca delimitación de los alcances del concepto continuidad materia de análisis, cabe identificar si existe alguna fuente que permita determinar su contenido y extensión, de modo que sea posible definir qué se debe entender como continuidad para la evaluación de las conductas infractoras.
102. En ese sentido, cabe reiterar que el órgano de primera instancia ha adoptado la definición de servibilidad de la UIT como base del concepto de continuidad con el cual han sido evaluados los incumplimientos del apelante. Por consiguiente, esta instancia debe analizar si los criterios empleados por el órgano de primera instancia ha sido tales que permitan inferir con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada.
103. Como primer punto, esta instancia debe ser enfática en señalar que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados no puede ser arbitraria ni irracional, ya que la indeterminación de éstos no debe impedir que los administrados puedan conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos, toda vez que lo contrario se traduciría en indefensión para los mismos.

²⁵ STC 69/1989 de 20 de Abril reiterada en la 219/1989 de 21 de diciembre: *“Si bien los preceptos legales o reglamentarios que tipifiquen infracciones deberán definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de lex certa que incorpora el artículo 25.1 de la constitución en la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever por consiguiente con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones (...) dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos”.* (En: NIETO, Alejandro. Ob. Cit. P. 296).

104. El órgano de primera instancia ha recurrido a las recomendaciones de la UIT y de la ETSI (European Telecommunications Standards Institute), para determinar los alcances del deber de continuidad del servicio y los valores por cuya trasgresión se ha impuesto la sanción al apelante.
105. Si bien las recomendaciones de la UIT y de la ETSI no son normas jurídicas vigentes en el Perú, no puede dejar de reconocerse que el bloque normativo de tipicidad que resulta como consecuencia de la aplicación del artículo 4° del RGIS y la continuidad como elemento esencial de el o los contratos de concesión, se completa recurriendo a las definiciones y elementos proporcionadas por normas técnicas que constituyen el estándar global de las telecomunicaciones.
106. En ese sentido, la UIT emite estudios técnicos cuyos resultados son recogidos en documentos denominados “Recomendaciones ITU-T”. Tales recomendaciones son empleadas por las empresas que brindan servicios de telecomunicaciones en el mercado global, del cual es parte la empresa apelante. Se advierte entonces que el órgano de primera instancia no ha utilizado criterios carentes de una base técnica que no haya podido ser conocible y previsible para el apelante.
107. Cabe hacer notar que, esta instancia considera una situación arbitraria y contraria a la exigencia de constar “*de manera expresa e inequívoca*”, la hipótesis en la cual la decisión de la primera instancia se hubiera basado exclusivamente en criterios propios y por ende ajenos a los estándares globales de telecomunicaciones vigentes.
108. Abona al uso de las recomendaciones internacionales, el hecho que éstas consideran la innovación constante y el desarrollo vertiginoso de tecnologías de a información en el ámbito de las telecomunicaciones. El Derecho positivo, muchas veces, no puede seguir el ritmo de los cambios tecnológicos que se producen día a día, por lo cual en estos casos y siempre con arreglo a las normas constitucionales, el ordenamiento jurídico debe dejar abierta la posibilidad de aceptar la remisión hacia dichos estándares técnicos y la concretización del tipo sancionador haciendo uso de ellos.
109. Lo señalado por esta instancia ha sido reconocido por la doctrina en la cual ESTEVE²⁶, con relación al empleo de estándares técnicos para la concretización de los conceptos jurídicos indeterminados, señala que la función de éstos será:
- “(…) la de construir un elemento de concreción del ordenamiento allí donde éste recurre a los conceptos jurídicos indeterminados que se expresan en la cláusula técnica (…) aportan así los criterios cualificados de los expertos técnicos y éste es su principal activo. (...)”*
110. El esquema de argumentación empleado en esta instancia puede apreciarse del siguiente cuadro:

²⁶ ESTEVE PARDO, J. Técnica, riesgo y Derecho. En: TARRÉS VIVES, Marc. Las normas técnicas en el Derecho Administrativo. Documentación Administrativa N° 265 – 266 (enero – agosto 2003). P. 181.

ESQUEMA DE BLOQUE DE TIPICIDAD IMPUTADO



111. Es en esta etapa del análisis, se puede concluir que en un ámbito tan especializado como el de las telecomunicaciones, se justifica la remisión de la norma jurídica a los estándares o “normas” técnicas²⁷.
112. En ese orden de ideas, esta instancia concluye que el concepto jurídico indeterminado continuidad, y por ende la conformación “expresa e inequívoca” del bloque de tipicidad, puede concretarse válidamente mediante el empleo de los estándares técnicos como los contenidos en la resolución impugnada. Ello estará permitido, siempre que dichos estándares sean previos, conocibles y gocen de aceptación por los administrados que participan del sector para el cual son elaboradas las recomendaciones técnicas (aún cuando pudiera no resultar claro o inequívoco para quienes se encuentran fuera de dicho sector), de modo tal que su determinación le ofrezca la “suficiente seguridad” conforme requiere el marco constitucional vigente (“*lex certa*”).
113. A modo de respaldo de lo anterior, el profesor TARRÉS ha señalado de manera categórica que:

“(...) la concreción de los conceptos jurídicos indeterminados constituye un mecanismo que permite residenciar la última decisión técnica dentro de los márgenes del Estado de Derecho al posibilitar cierta flexibilidad con relación a la determinación de lo que debe entenderse por ‘estado de la técnica’ o ‘reglas conocidas de la técnica’”.

114. Una vez determinado que es posible dotar de contenido al concepto jurídico indeterminado “continuidad” mediante el empleo de los estándares técnicos, esta instancia considera tarea ineludible, evaluar si los extremos de la resolución recurrida que han sido reconocidos por este órgano, así como las consideraciones efectuadas en los párrafos anterior, pueden constituir alguna indebida actividad de integración normativa por analogía, o una interpretación extensiva del tipo cuya infracción ha sido imputada al apelante.

²⁷ TARRÉS VIVES, Marc. Ob. Cit. P. 171

115. Al respecto, es incuestionable que la Constitución Política y el sistema normativo nacional han establecido el principio de inaplicabilidad por analogía de las normas que restrinjan derechos. En la doctrina nacional, RUBIO²⁸ ha definido la analogía de la siguiente manera:

“La analogía es un método de integración jurídica mediante el cual la consecuencia de una norma jurídica se aplica a un hecho distinto de aquel que considera el supuesto de dicha norma, pero que le es semejante en sustancia.”⁽⁴⁾

(...)

Es así que a partir de la norma jurídica:

‘Si (A, B, C, D), entonces ‘X’

el agente ha integrado (creado por el procedimiento analógico una nueva norma jurídica que dice:

‘Si (A, B, C, E), entonces ‘X’”

116. El precepto del artículo 4° del RGIS establece que la empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión, incurrirá en infracción muy grave. En ese sentido, para descartar el empleo de la analogía, deben analizarse dos elementos: (i) si en el contrato de concesión del apelante se estableció la continuidad del servicio como condición esencial, y (ii) si la referida condición esencial se imputa respecto de un supuesto de hecho distinto al contenido en el “bloque de tipicidad”.

117. Al respecto, se aprecia que la consecuencia del “bloque de tipicidad” se ha aplicado a un hecho comprendido en el supuesto de dicho bloque (ya determinado “*de manera expresa e inequívoca*” en los párrafos anteriores), sin advertirse, por el contrario, que el hecho materia del presente procedimiento sancionador sea distinto al previsto por la norma cuyo incumplimiento se imputa. De lo indicado, es posible concluir que no se observa aplicación analógica en la aplicación del artículo 4 de la resolución impugnada y en el desarrollo que realiza esta instancia.

118. La aplicación analógica se hubiere presentado si, por ejemplo, el órgano de primera instancia hubiera sancionado al apelante con la infracción prevista por el artículo 4 del RGIS, al incumplimiento de una condición esencial establecida en el título que le asigna el uso de radiofrecuencias, bajo el argumento de que el mismo ha sido cometido por (i) una empresa bajo el ámbito de aplicación del RGIS, (ii) la existencia de un título análogo al contrato de concesión mediante el cual el concesionario del servicio de radio troncalizado puede hacer efectivos los derechos con los que cuenta, precisamente, por su condición de concesionario del servicio público que requiere del uso de radiofrecuencias para que el objeto de su contrato sea realizable, y (iii) la existencia de condiciones esenciales en el título que asigna el uso de la radiofrecuencia.

119. Sin embargo, es claro que una situación similar a la descrita en el párrafo precedente, no se ha presentado durante la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador. Según se ha advertido, la sanción ha sido impuesta por el órgano de primera instancia debido al incumplimiento detectado a las condiciones esenciales del

²⁸ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. P. 289-290.

⁽⁴⁾ Citado por RUBIO CORREA como nota a pie de página: “Esta definición corresponde, como veremos luego, al argumento a parí. También la analogía funciona aplicando al supuesto de la norma una consecuencia distinta de la prevista, en función a que guarda con ésta una determinada proporción. Es lo que se llama el argumento a fortiori con sus variedades ab minoris ad maius y ab maioris ad minus. También los tratamos posteriormente.” (En: RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. P. 289-290)

contrato de concesión del apelante, al haberse verificado el incumplimiento de (i) una empresa bajo el ámbito de aplicación del RGIS, (ii) la existencia de un contrato de concesión y no otro cuerpo jurídico que completa el bloque de tipicidad, y (iii) la existencia de la condición esencial de continuidad en el contrato de concesión del apelante.

120. De otro lado, respecto a la prohibición de interpretación extensiva de la norma que tipifica una infracción, es preciso señalar que la LPAG en su artículo 230, numeral 4, establece que no se admiten interpretaciones extensivas respecto de las sanciones administrativas. En ese sentido, cabe analizar en esta instancia si el órgano de primera instancia o la presente Resolución habrían realizado una interpretación extensiva que restrinja derechos, contraviniendo de esta manera las disposiciones constitucionales y legales vigentes.

121. Respecto de la interpretación extensiva, RUBIO²⁹, señala lo siguiente:

“La interpretación es extensiva cuando la conclusión interpretativa final es aquella en la que la norma interpretada se aplica a más casos que los que su tenor literal estricto parecería sugerir. La interpretación extensiva no implica integración jurídica, sino sólo una extensión interpretativa de la frontera fáctica a la cual se aplica el supuesto de la norma para permitir que se produzca la necesidad lógico-jurídica de la consecuencia. Caso típico en el que se reclama la interpretación extensiva es en la protección de los derechos constitucionales de la persona. El método literal es el único que no puede producir este tipo de interpretación por sí mismo.”

122. Con relación a lo indicado por la doctrina citada, cabe analizar si la sanción impuesta por el órgano de primera instancia arribó a una conclusión interpretativa final en la cual se aplicó el artículo 4 del RGIS a más casos que los que su tenor literal estricto parecía sugerir. En ese sentido, cabe recordar que el citado artículo establece que la empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión, incurre en infracción muy grave.

123. Parte central del análisis de la interpretación realizada respecto del artículo 4 del RGIS, es la determinación de los alcances de la disposición *“establecidas como tales en el contrato de concesión”*. La posición acogida por el apelante, está dada por considerar que la o las condiciones esenciales incumplidas deben estar literal y expresamente calificadas y especificadas como condiciones esenciales en el o los contratos de concesión. Sin embargo, un segundo supuesto distinto a la posición de el apelante, está dado por considerar que la o las condiciones esenciales son aquellas establecidas en el o los contratos de concesión, sin que para ello resulte menester estar expresadas y calificadas literalmente como *“condiciones esenciales”* en los mismos.

124. En primer lugar, cabe señalar que el término *“establecer”* según el Diccionario de la Real Academia Española³⁰ se encuentra definido como el *“Dejar demostrado y firme un principio, una teoría, una idea, etc.”* El mismo texto autorizado de la Real Academia Española define los términos *“demostrar”* y *“firme”*, de la siguiente manera:

“Demostrar”:
tr. Manifestar, declarar

²⁹ RUBIO CORREA, Marcial. Ob. Cit. Pág. 280.

³⁰ Diccionario de la Real Academia Española, Vigésima segunda edición, publicada en www.rae.es.

tr. Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración

tr. Fil. Mostrar, hacer ver que una verdad particular está comprendida en otra universal, de la que se tiene entera certeza

“Firme”:

adj. Estable, fuerte, que no se mueve ni vacila.

(...)

7. adv. m. Con firmeza (Cualidad de firme), con valor, con violencia.

125. Llevando dichas definiciones al caso que nos ocupa, de la definición de “demostrado” (demostrar), se infiere que las condiciones esenciales pueden encontrarse manifestadas o declaradas como tales en el o los contratos de concesión, pero que también dichas condiciones esenciales pueden extraerse a partir de su comprobación mediante cualquier género de demostración (Probar, sirviéndose de cualquier género de demostración).
126. En este sentido, y atendiendo a que el término “establecidos como tales” (establecer) además de la “demostración” debe cumplir con la exigencia de “firmeza” (firme) a fin de no crear inseguridad jurídica ni exceso de discrecionalidad por parte de la Autoridad administrativa, esta instancia concluye que las condiciones esenciales no deben encontrarse necesariamente expresadas bajo la denominación de “condiciones esenciales” en los contratos de concesión, pero sí deben desprenderse de los mismos sin elucubraciones forzadas o interpretaciones extensivas o admitir analogía, como bien dispone el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
127. Por consiguiente, y tal como se ha concluido en el análisis antes efectuado, queda claro y no admite lugar a dudas que la continuidad es una condición esencial de la concesión de todo servicio público de telecomunicaciones. Retirar de un contrato de concesión la obligación de brindar un servicio continuo a los usuarios, implicaría indubitablemente la desnaturalización del referido contrato.
128. En ese orden de ideas, de acogerse la posición planteada por el apelante en el sentido de considerar que la o las condiciones esenciales incumplidas son aquellas literal y expresamente calificadas y especificadas como condiciones esenciales en el o los contratos de concesión, en el caso bajo análisis, podría llegarse al absurdo de considerar que en aquellos contratos de concesión en los que no existiera la continuidad como parte de las expresiones literales referidas a “condiciones esenciales”, no se podría exigir al concesionario de un servicio público el cumplimiento de la prestación de dicho servicio de manera continua a sus usuarios.
129. Más aún, de adoptarse el argumento de que algunos concesionarios tuviesen en sus contratos condiciones declaradas de manera expresa como “condiciones esenciales” mientras que otros no, o el contenido de tales condiciones esenciales fuera distinto al considerado por esta instancia, ello podría degenerar en un tratamiento discriminatorio por parte de la Autoridad administrativa, que en algunos casos sancionaría el incumplimiento de condiciones esenciales del contrato de concesión con el máximo reproche (muy grave) y en otros, se encontraría supeditada al reproche que se hubiere establecido en el contrato de concesión, lo cual se encontraría sujeto a la determinación de las partes. La hipótesis mencionada, desarrollada en el contexto de imposición de la sanción administrativa de mayor gravedad posible, se traduciría en inseguridad jurídica y

una eventual arbitrariedad para los administrados, alejándose de la finalidad pública que todo contrato de concesión busca satisfacer³¹.

130. De otro lado, para que la interpretación realizada corresponda a los casos estrictamente previstos por el artículo 4º; el contrato de concesión, y no otro cuerpo jurídico, deberá permitir inferir la condición esencial por cuyo cumplimiento el órgano de primera instancia ha impuesto la sanción, que es o que, como se ha señalado ocurre en el presente caso.
131. En atención a lo expresado anteriormente, esta instancia considera que la interpretación realizada por el órgano de primera instancia, así como la que es materia de la presente Resolución, no resulta extensiva ni ha sido realizada mediante el empleo de la analogía. En ese sentido, si bien la resolución recurrida indica que las condiciones esenciales pueden encontrarse “*implícitamente*” en el texto de los contratos de concesión, no debe concluirse por ello que se haya utilizado una interpretación analógica, por las razones antes indicadas.

c. Crea un concepto de continuidad que corresponde al concepto de calidad.

132. Al respecto, se debe precisar que la prestación del servicio público se sustenta en que éste debe estar a disposición de los usuarios en forma permanente, de tal manera que éstos estén en aptitud de satisfacer sus necesidades cuando así lo consideren conveniente. Por ende, la continuidad constituye un elemento intrínseco de la prestación de un servicio público pues sin su cumplimiento dicho servicio deviene en inefectivo.³²
133. Conforme ha señalado NEXTEL, la tasa de llamadas completadas, en adelante TLLI, están contempladas como indicador de la calidad en la prestación del servicio público de telefonía móvil y su aplicación está regulada a través del Reglamento de Calidad de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
134. Sin embargo, se ha observado que el OSIPTEL no ha iniciado el presente procedimiento sancionador ni ha dispuesto sanción alguna por el incumplimiento de dichos indicadores sino por incumplimiento del deber de continuidad en la prestación del servicio.
135. Para sustentar ello, es necesario determinar el contenido del deber de continuidad para lo cual se debe recurrir a los criterios técnicos desarrollados por Unión Internacional de

³¹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. “Concesión administrativa e iniciativa privada”. Themis Revista de Derecho N 39, P. 104. “El contenido esencial de la concesión está en que en ella prevalece el interés colectivo, de acuerdo con lo cual, según Zanobini, el servicio público es sometido a un régimen en el cual la finalidad pública de utilidad social y de interés general prevalece completamente sobre la especulación privada o de utilidad individual”.

³² SORACE, Domenico. Estado y servicios públicos. La perspectiva europea. Lima, 2006. Pág. 34, 35. “Los servicios públicos corresponden a actividades que satisfacen necesidades de carácter general, permanente y continuo (...).

Para que una actividad merezca ser tratada como servicio público, debe hacer referencia a una prestación de carácter general. Esto implica a todos los miembros que integran una sociedad y debe hacerse con el fin de satisfacer necesidades que se prologan en el tiempo, es decir, permanentes y que normalmente, no se satisfacen de una vez sino que son de tratos sucesivos o continuos.

Telecomunicaciones (en adelante UIT). La UIT es la organización más importante de las Naciones Unidas en lo que concierne a las tecnologías de la información y la comunicación. En su calidad de coordinador mundial de gobiernos y sector privado, la función de la UIT abarca tres sectores fundamentales: radiocomunicaciones, normalización y desarrollo.

136. La función de normalización de la UIT consiste en proveer standards globales de telecomunicaciones a través de estudios técnicos, cuyos resultados son publicados como la Recomendaciones ITU-T, que constituyen los cimientos de las actuales tecnologías de la información y las comunicaciones. Éstas son elaboradas por Comisiones de Estudio constituidas por expertos de los sectores público y privado, las Recomendaciones del UIT-T contribuyen a orientar a la sociedad mundial de la información, permitiendo así el desarrollo social y económico en todo el mundo³³.
137. En su Recomendación ITU-T E 800, este organismo internacional desarrolla los términos y definiciones relativos a la calidad de servicio y a la calidad de funcionamiento de red.
138. Particularmente, la UIT ha desarrollado el concepto servibilidad por medio del cual hace alusión a la continuidad del servicio. La servibilidad o continuidad es uno de los elementos que el usuario tiene en cuenta para determinar su grado de satisfacción con respecto al servicio que se le presta³⁴ y ha sido definido en la antes referida Recomendación ITU-T E 800, definición que el OSIPTEL hace suya. En ese sentido, se debe entender por continuidad a la:

“Aptitud de un servicio para ser obtenido cuando lo solicite el usuario y para continuar siendo prestado sin degradaciones excesivas y con la duración deseada, dentro de las tolerancias y demás condiciones especificadas”.
139. Resulta importante señalar que la continuidad en la prestación del servicio puede verse afectado básicamente por dos razones: (i) fallas o problemas en alguno de los elementos de la red en evaluación, o porque, (ii) a pesar estar funcionando correctamente todos los elementos de la red de la operadora, el servicio se ve afectado por la discontinuidad en su prestación.
140. El primero de los casos se encuentra previsto por las vigentes Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL.
141. En el segundo supuesto, en el que se encuentran los hechos que son materia de análisis en este procedimiento, el deber de continuidad ha sido incumplido a pesar de

³³ www.itu.int

³⁴ Recomendación ITU-T E 800

En la utilización de un servicio, el usuario solo suele identificar al proveedor del servicio, El grado de satisfacción del usuario con el servicio prestado depende de la percepción por el mismo de los siguientes elementos de calidad del funcionamiento del servicio:

- logística
- la facilidad de utilización,
- la servibilidad,
- la seguridad

que todos los elementos de la red vienen funcionando correctamente sin haber sufrido desperfecto alguno. La discontinuidad se ha visto reflejada en la incapacidad de los usuarios para establecer o retener las llamadas cuando así lo requieran.

142. En ese sentido, como es de conocimiento de las propias empresas operadoras, para cumplir con el deber de continuidad éstas no solo deben procurar que todos sus elementos de red se encuentren operando idóneamente, sino que además, deben contar con la capacidad e infraestructura adecuadas para prestar los servicios que ofrecen de forma continua y eficiente.
143. Negar la posibilidad de evaluar el cumplimiento del deber de continuidad analizando los elementos o características intrínsecas de este deber (accesibilidad y retenibilidad) implicaría sostener que el cumplimiento del deber de continuidad no podría ser supervisado y, de ser el caso, sancionado; interpretación que está fuera del marco legal antes citado. En dicho supuesto nos enfrentaríamos a una situación en que las obligaciones del regulador y de la empresa operadora con respecto a la continuidad serían meramente declarativas y, por ende, ineficaces.

d. Utiliza los indicadores anuales de calidad para realizar mediciones mensuales que le permitan sostener que ha incumplido el deber de continuidad.

144. La apelante ha señalado, adicionalmente que el OSIPTEL ha fabricado una metodología de medición del TINE y TLLI para permitir el establecimiento de la sanción en forma contraria a lo establecido por el Reglamento de Calidad.
145. Al respecto, el OSIPTEL no ha fabricado una metodología de medición que sea sancionable, como señala la apelante. Como se viene explicando, el realizar mediciones de los elementos característicos del concepto continuidad o servibilidad no constituye la creación de mediciones sino es simplemente analizar el nivel de cumplimiento del deber en sí mismo.
146. De otro lado, los resultados del cumplimiento de indicadores de calidad a los que hace referencia Nextel no son materia de discusión en este procedimiento administrativo, pues como ya se ha señalado anteriormente no es objeto de éste el sancionar el incumplimiento de indicadores de calidad sino del deber de continuidad.
147. Con base a lo expuesto, para determinar el cumplimiento del deber de continuidad, en primera instancia, no se han utilizado los indicadores de calidad TINE y TLLI con los que se evalúan la calidad en la prestación del servicio de telefonía móvil, sino que se ha evaluado el cumplimiento del deber de continuidad, a través de mediciones de las características intrínsecas de este deber: accesibilidad y retenibilidad en la prestación del servicio.
148. Al respecto, reiteramos que el contenido del deber de continuidad está establecido en los criterios técnicos desarrollados por la UIT, quien ha desarrollado el concepto servibilidad por medio del cual hace alusión a la continuidad del servicio. Como ya se ha señalado, la sevibilidad o continuidad es uno de los elementos que el usuario tiene en

cuenta para determinar su grado de satisfacción con respecto al servicio que se le presta³⁵ y ha sido definido en la antes referida Recomendación ITU-T E 800, definición que el OSIPTEL hace suya.

149. En ese contexto, la falta de aptitud de la red para el establecimiento de llamadas se reflejará en base a los intentos de llamadas que no pueden establecerse con éxito debido a la propia red. En ese mismo sentido, la falta de aptitud para la retenibilidad de las llamadas en curso se evidenciará con las interrupciones que sufren dichas llamadas debido a la propia red.
150. La conclusión a la que llega la apelante es consecuencia de haber partido de la premisa de que los conceptos accesibilidad y retenibilidad de llamadas solo pueden ser utilizados para efectos de la aplicación del Reglamento de Calidad de Servicios Públicos. Dicha afirmación no es exacta pues su uso no es privativo para la aplicación de dicha norma.

e. Considera un nuevo indicador: el Grado de Servicio (GoS) que no se encuentra previsto en la normativa nacional.

151. Respecto de la utilización de las mediciones de Grado de Servicio (GoS), NEXTEL sostiene que la misma no se encuentra prevista en la normativa nacional. Al respecto, cabe señalar que las mediciones cuestionadas han sido utilizadas por el órgano instructor como parte de la metodología desarrollada en ejercicio de su facultad supervisora, estando ésta regida por un principio de discrecionalidad. Cabe recordar que la Ley N° 27336 establece en su artículo 3° la siguiente disposición:

“Artículo 3°.- Principios de la Supervisión

*Las acciones de supervisión, que realice OSIPTEL, se rigen por los siguientes principios:
(...)*

D. Discrecionalidad.- En virtud del cual el detalle de los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el órgano supervisor y podrán tener el carácter de reservados frente a la empresa supervisada”.

152. En ese sentido, la primera instancia reconoce haber utilizado los resultados de mediciones de intentos no establecidos, llamadas interrumpidas, pérdida de tráfico, así como el grado de servicio, siendo este último precisamente el resultado provisto por la medición GoS. Por consiguiente, al haber utilizado las mediciones del GoS como parte de su facultad supervisora (facultad administrativa de inspección), esta instancia considera que no es necesario que la medición utilizada deba estar en una norma legal, como señala NEXTEL.

³⁵ Recomendación ITU-T E 800

En la utilización de un servicio, el usuario solo suele identificar al proveedor del servicio, El grado de satisfacción del usuario con el servicio prestado depende de la percepción por el mismo de los siguientes elementos de calidad del funcionamiento del servicio:

- logística
- la facilidad de utilización,
- la servibilidad,
- la seguridad

f. Empleo de la discrecionalidad por el OSIPTEL.

153. La empresa apelante ha expresado que en la resolución de primera instancia "(...) se alega que la facultad supervisora de OSIPTEL le confiere discrecionalidad para establecer metodologías que le permitan sancionar a los administrados cuando obtenga mediciones que a su criterio configuren incumplimientos; como si la discrecionalidad pudiera ser trasladada al ámbito de su función sancionadora".
154. Al respecto, esta instancia debe señalar que, en efecto, la discrecionalidad es un principio de la facultad supervisora que no debe ser extendido al ejercicio de la facultad sancionadora. Del análisis de la resolución recurrida, no se advierte que el órgano de primera instancia haya aplicado un criterio discrecional en la imposición de la sanción, toda vez que la determinación de un concepto jurídico indeterminado como es la continuidad, no puede resultar en ningún caso discrecional debido a que la administración pública se encuentra sometida al principio de legalidad en sus actuaciones.
155. Sobre este aspecto es importante señalar que si bien en un primer momento el concepto jurídico indeterminado pueda hacer referencia a una esfera de la realidad cuyos límites no aparecen precisados en el enunciado del tipo, resulta claro que en un segundo momento delimitará un supuesto concreto, toda vez que dentro de un conjunto de varias posibles soluciones, escogerá la solución justa empleando para ello criterios expresos e inequívocos, tales como los contenidos en las recomendaciones técnicas de la UIT y la ETSI.
156. Cabe reiterar lo indicado en el acápite sobre el principio de tipicidad, respecto a que el Tribunal Constitucional ha considerado que la tipificación mediante el empleo de un concepto jurídico indeterminado puede admitir un cierto grado de indeterminación inicial, el mismo que será llenado de contenido mediante el empleo de criterios técnicos, lógicos o de la experiencia que ofrezcan la suficiente seguridad al administrado.
157. Por tanto, esta instancia considera que no ha existido discrecionalidad en la imposición de la sanción, debido a que la determinación del contenido de la continuidad, ha sido efectuada sobre la base de las recomendaciones impartidas por organismos que emiten estándares aceptados y empleados por la industria global de las telecomunicaciones.

Sobre el pedido de resolución del presente recurso por el Consejo Directivo del OSIPTEL

158. NEXTEL ha expresado su opinión respecto a que el recurso de apelación debe ser resuelto por el Consejo Directivo. No obstante, cabe destacar que a la fecha no resulta atendible lo solicitado al no haber designado el Poder Ejecutivo a los demás miembros del Consejo Directivo hasta el momento de expedirse la presente resolución.

159. Sobre el particular, debemos señalar que el Presidente del Consejo Directivo se encuentra facultado, al amparo de lo previsto en el inciso j) del artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, para dictar medidas de emergencia cuando el Consejo Directivo no pueda sesionar válidamente, dando a conocer de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo.
160. En este sentido, debe entenderse como medidas dentro del supuesto antes descrito aquellas que pudieran afectar el normal desenvolvimiento del mercado de telecomunicaciones o los derechos de los usuarios como es el caso de tener que ejercer la facultad en su calidad de Presidente al no haberse designado a los demás miembros del Consejo Directivo.
161. Resulta evidente que en supuestos como los descritos en el acápite anterior, concurren situaciones que habilitan al Presidente a hacer uso de la facultad a que se contrae el literal j) del artículo 86° del Reglamento.

V. PUBLICACIÓN

162. El artículo 33° de la Ley N° 27336 señala “Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el diario oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo”, por lo que corresponde publicar la presente resolución.
163. En aplicación de las funciones previstas en el literal j) del artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N°008-2001-PCM;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el Recurso de Apelación presentado por NEXTEL el 22 de enero de 2008 contra la Resolución N° 582 –2007-GG/OSIPTEL del 20 de diciembre de 2007 emitida por la Gerencia General del OSIPTEL en el expediente N° 00031-2007-GG-GFS/PAS, en base a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

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

Artículo 3°.- Ordenar la publicación en el diario oficial El Peruano de la Resolución N° 582-2007-GG/SIPTTEL emitida por la Gerencia General en el expediente N° 00031-2007-GG-GFS/PAS y de la presente resolución.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente resolución a la empresa apelante, con conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLEMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo

