



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 146 -2019-CD/OSIPTEL**

Lima, 07 de noviembre de 2019

EXPEDIENTE N°	:	Expediente N° 00050-2017-GG-GSF/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 201-2019-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	Gilat To Home Perú S.A.

**VISTOS:**

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Gilat To Home Perú S.A. (en adelante, GILAT), contra la Resolución N° 201-2019-GG/OSIPTEL, mediante la cual se declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 102-2018-GG/OSIPTEL, y en consecuencia, se dispuso confirmar las sanciones impuestas a doce (12) multas que ascienden a CATORCE CON 20/100 (14.20) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en numeral 5 del Anexo 7 del Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la prestación del servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales (en adelante, REGLAMENTO), aprobado por Resolución N° 158-2013-CD/OSIPTEL, al haberse detectado que, durante el año 2016, en doce (12) locales de atención se incumplió el horario de atención del servicio de telefonía de uso público, que establece el numeral 15.3 del artículo 15 de la citada norma.
- (ii) El Informe N° 238-GAL/2019 del 28 de octubre de 2019, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación, y
- (iii) El Expediente N° 00050-2017-GG-GFS/PAS, el Expediente de Supervisión N° 00064-2016-GG-GFS y el Expediente N° 0089-2015-GG-GFS/PAS.

**CONSIDERANDO:**

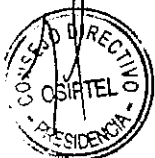
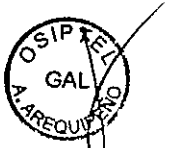
**I. ANTECEDENTES:**

1. La Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, GSF) mediante carta N° 1263-GSF/2017, notificada el 21 de noviembre de 2017, comunicó a GILAT el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que en trece (13) locales de atención ubicados en trece (13) centros poblados de los departamentos de Amazonas, Cajamarca, Apurímac, Cusco, Junín y Huancavelica, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016, la indicada empresa habría incumplido:

Obligación		Conducta	Tipificación y calificación de la infracción	
Norma Incumplida	Artículo		Tipificación	Calificación
Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales	Numeral 15.3 del artículo 15	Incumplimiento del horario de atención en trece (13) locales de atención	Ítem 5 del Anexo 7	Leve

Cabe precisar que, en dicha oportunidad, la GSF otorgó a GILAT un plazo de quince (15) días hábiles para que formule sus descargos.

2. Mediante carta N° GL-657-2017, recibida el 4 de diciembre de 2017, GILAT solicitó una ampliación de quince (15) días hábiles adicionales para la presentación de sus



descargos; la misma que fue atendida mediante carta N° 1424-GSF/2017, notificada el 11 de diciembre de 2017.

3. Mediante carta N° GL-004-2018, recibida el 5 de enero de 2018, GILAT presentó sus descargos y solicitó se le conceda una audiencia de informe oral, a fin de exponer los fundamentos que sustentan su posición; la misma que se llevó a cabo con fecha 5 de marzo de 2018, en las instalaciones del OSIPTEL.
4. Mediante Resolución N° 102-2018-GG/OSIPTEL, notificada el 28 de mayo de 2018<sup>1</sup>, la Gerencia General resolvió, entre otros aspectos, sancionar a la GILAT con doce (12)<sup>2</sup> multas cuyo valor total es de catorce con 20/100 (14.20) UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 5 del Anexo 7 del REGLAMENTO.
5. El 18 de junio de 2018, GILAT interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 102-2018-GG/OSIPTEL.
6. Mediante Resolución N° 201-2019-GG/OSIPTEL, notificada el 10 de setiembre del 2019<sup>3</sup>, la Gerencia General declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 102-2018-GG/OSIPTEL; y, en consecuencia, confirmó todos sus extremos.
7. El 1 de octubre de 2019, GILAT interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 201-2019-GG/OSIPTEL; y, a su vez, solicitó se le conceda una audiencia de informe oral.
8. El 7 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de informe oral.

## II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones<sup>4</sup> (en adelante, RFIS) y los artículos 218.2 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>5</sup>, (en adelante, TUO de la LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por GILAT, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

## III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales argumentos de GILAT son los siguientes:

- 3.1 Se habría vulnerado el Principio de Culpabilidad, en tanto ha actuado con diligencia de manera ex ante, durante y ex post a la ocurrencia de los hechos detectados por la GSF, por lo que no resultaría procedente atribuirle responsabilidad administrativa.
- 3.2 La Gerencia General no se habría pronunciado respecto de cada argumento señalado en el Recurso de Reconsideración, y tampoco habría valorado los medios probatorios.
- 3.3 Mediante Resolución N° 288-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó la publicación para comentarios del proyecto de norma que modifica, entre otros, el artículo 15 del REGLAMENTO, en donde reconocería que existe una problemática en la telefonía rural y, propone que el incumplimiento del horario de atención de los teléfonos de uso público (en adelante, TUP) no constituya una conducta infractora.

<sup>1</sup> A través de la carta N° 00376-GG/2018 emitida por la Gerencia General.

<sup>2</sup> Cabe precisar que, respecto al TUP 76811196 instalado en el Centro Poblado de San Pedro perteneciente al departamento de Cajamarca, la Gerencia General decidió dar por concluido el PAS sobre dicho extremo, en la medida que, la respectiva acta de supervisión no cumple con las condiciones previstas en el artículo 27 del Reglamento General de Supervisión

<sup>3</sup> A través de la carta N° 00428-GCC/2019 emitida por la Gerencia de Comunicación Corporativa.

<sup>4</sup> Aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

<sup>5</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS y sus modificatorias.

- 3.4 Se ha solicitado la reducción del horario de atención a seis (6) horas diarias para ciento setenta y siete (177) TUP, que incluye a doce (12) locales de atención sancionados en el presente PAS.
- 3.5 La Gerencia General no aplicó el eximente de responsabilidad al haberse subsanado la conducta con anterioridad al inicio del PAS.
- 3.6 Conforme al Test de Razonabilidad, la Gerencia General no ha evaluado correctamente la posibilidad de imponer otras medidas menos gravosas.
- 3.7 La Gerencia General infringe el literal a) del numeral ii) del artículo 18 del RFIS, dado que no se configura el supuesto de reincidencia en la conducta imputada.
- 3.8 La Gerencia General no ha cumplido con motivar la determinación de las multas diferenciadas por cada centro poblado.

#### IV. ANÁLISIS:

Respecto a los argumentos de GILAT, este Colegiado considera lo siguiente:

##### 4.1 Sobre la presunta vulneración al Principio de Culpabilidad

GILAT precisa que debió evaluarse si actuó de manera dolosa o por lo menos culposa que amerite el quebrantamiento del Principio de Culpabilidad de la potestad sancionadora. Además, sostiene que en virtud al referido Principio no es posible atribuir responsabilidad subjetiva respecto a hechos que se encuentran fuera de la esfera de control; caso contrario, la Administración estaría exigiendo un cumplimiento de diligencia máxima o de deberes que resultan imposibles de cumplir.

Asimismo, precisa que la obligación contenida en el artículo 15 del REGLAMENTO no es cumplida directamente por GILAT sino por terceras personas con quienes no se tiene un vínculo laboral; por ende, el cumplimiento estricto del horario de atención no depende de un accionar de GILAT sino de los encargados de atender los TUP.

De otra parte, GILAT sostiene que no es posible que la Gerencia General atribuya responsabilidad administrativa sobre la comisión de la infracción, puesto que se ha actuado con el deber de diligencia de manera ex ante, durante y ex post a la ocurrencia de los hechos detectados por la GSF; incluso, agrega que, ha actuado de manera diligente, en tanto, desarrolló un procedimiento interno a fin de verificar posibles incumplimientos del horario de atención de los teléfonos de uso público, el cual consiste en realizar llamadas para contactar con el concesionario.

Finalmente, GILAT solicita que OSIPTEL aplique una regulación responsiva, flexible y ajustada a la realidad, que tome en cuenta las circunstancias en las que se brinda el servicio de telefonía pública rural.

En primer lugar, resulta oportuno indicar que, en el presente PAS, la Gerencia General ha sancionado a GILAT por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 5 del Anexo 7 del REGLAMENTO, al haber incumplido lo establecido en el numeral 15.3 del artículo 15<sup>6</sup> de la citada norma, respecto de doce (12) locales de atención, ubicados en doce (12) centros poblados a nivel nacional.

Cabe indicar que, la importancia del establecimiento de un horario de atención, se refleja en la necesidad de que los usuarios puedan tener la seguridad del acceso al TUP en un horario mínimo predeterminado y que debe ser de su conocimiento de manera previa.

<sup>6</sup> "Artículo 15. HORARIO DE ATENCIÓN

(...)

15.3. Se considera incumplimiento del horario de atención cuando, durante el horario comunicado al OSIPTEL, los usuarios no pueden acceder al servicio instalado en el local, con independencia de la operatividad del servicio. (...)"

(Subrayado agregado)

En atención a dicha obligación, durante el año 2016, la GSF supervisó un total de doscientos sesenta y ocho (268) centros poblados rurales, verificando que en trece (13) locales de atención ubicados en trece (13) centros poblados, GILAT no cumplió con el horario de atención, razón por la cual se inició el presente PAS.

Sin embargo, la Gerencia General determinó que en doce (12) locales de atención ubicados en doce (12) centros poblados rurales, GILAT no cumplió con brindar atención al público en el horario informado<sup>7</sup>; en esa medida, resulta pertinente indicar que, respecto al TUP 76811196 instalado en el Centro Poblado de San Pedro perteneciente al departamento de Cajamarca, la Gerencia General decidió dar por concluido el PAS sobre dicho extremo, dado que, la respectiva acta de supervisión no cumple con las condiciones previstas en el artículo 27 del Reglamento General de Supervisión<sup>8</sup>.

Así, resulta relevante destacar que, en su Recurso de Apelación, GILAT no ha negado dichos incumplimientos, por el contrario ha señalado que han sido hechos excepcionales, en tanto se encuentran vinculados a actividades económicas o actividades personales de los encargados del servicio.

Teniendo en cuenta lo señalado, conforme a la información contenida en las Actas de Supervisión correspondientes a los doce (12) locales de atención por los que la Gerencia General sancionó a GILAT, este Colegiado advierte que ha quedado acreditado lo previsto en el numeral 15.3 del artículo 15 del REGLAMENTO, toda vez que se verifica que, en las supervisiones efectuadas, dentro del horario de atención informado por GILAT, a través de la carta N° GL-62-2014.

Ahora bien, es importante señalar que para que se configure la infracción es suficiente la falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación, lo cual equivale a una infracción al deber de cuidado exigible y cuyo resultado puede preverse.

En efecto, la diligencia debida es exigida a los administrados -en este caso a GILAT- respecto al cumplimiento de lo dispuesto mediante una norma. Es decir, dicho deber de cuidado está directamente relacionado con las acciones a cargo de los administrados a efectos de evitar algún posible incumplimiento, máxime cuando se trata de disposiciones normativas cuyo conocimiento, y por ende, debida observancia, resulta exigible. Además, no debe obviarse que GILAT no es un lego en el sector de las telecomunicaciones, y por ello el nivel de diligencia exigido a dicha empresa debe ser alto; entonces, este elemento debe tomarse en cuenta para evaluar la responsabilidad de la empresa.

Ahora bien, respecto a los argumentos sostenidos por GILAT, corresponde indicar que la responsabilidad de la prestación del servicio de telefonía pública en áreas rurales, recae en GILAT, en virtud de las obligaciones asumidas en sus contratos de concesión, para una efectiva y permanente prestación de dicho servicio.

Por ende, es importante señalar que si bien es posible que GILAT preste el servicio a través de terceros -arrendatarios, por ejemplo- es su obligación establecer los mecanismos necesarios para velar por el cabal cumplimiento de las obligaciones contenidas en el REGLAMENTO y/o su contrato de concesión.

Finalmente, respecto al argumento sostenido por GILAT respecto a la flexibilidad en el tratamiento de la obligación de cumplir con el horario de atención de los teléfonos de uso público que regula el numeral 15.3 del artículo 15 del REGLAMENTO, se aprecia



<sup>7</sup> Conforme a la carta N° GL-62-2014, recibida el 5 de febrero de 2014, GILAT comunicó al OSIPTEL el horario de atención de los teléfonos de uso público.

<sup>8</sup> Aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

que constituye un argumento que directamente cuestiona el diseño del precitado instrumento jurídico; cuyo análisis no corresponde ser realizado en el presente PAS.

Por lo expuesto, GILAT es responsable por el incumplimiento del horario de atención de los TUP, correspondiendo desestimar los argumentos de la citada empresa sobre el presente extremo.

#### 4.2 Sobre la valoración de los medios probatorios

GILAT manifiesta que la Gerencia General solo se ha pronunciado sobre un argumento dejando de lado los otros argumentos formulados en su Recurso de Reconsideración.

Asimismo, GILAT cuestiona la evaluación y valoración que la Gerencia General ha efectuado a los medios probatorios presentados; toda vez que, a su entender, éstos demostrarían indefectiblemente que las situaciones que en su momento fueron detectadas por los supervisores en campo, constituyen hechos que encuentran justificación en la propia dinámica de los centros poblados rurales, pues obedecen a situaciones excepcionales vinculadas a actividades económicas o actividades personales de los encargados del servicio.

En ese sentido, conforme a lo sostenido por GILAT, las constancias suscritas por los concesionarios y/o encargados de los servicios, así como la suscrita por las autoridades demuestran que la ausencia de los concesionarios, constituyen situaciones aisladas durante breves momentos del día debido a sus actividades agrícolas, económicas o situaciones personales excepcionales.

En esa línea, precisa que a través de las grabaciones de llamadas realizadas periódicamente a los encargados de los teléfonos de uso público en los que se les recuerda sus obligaciones y se recoge el compromiso de cumplir con el horario de atención, quedaría acreditada su conducta diligente para dar cumplimiento a la referida obligación.

Finalmente, GILAT considera que los referidos medios probatorios demuestran que tales eventos fueron aislados, así como que los mismos encuentran justificación en la realidad de los centros poblados rurales, en su idiosincrasia y las labores propias de sus pobladores, no ameritando la aplicación de una sanción; en atención al criterio previamente establecido en el literal c del numeral 3.5 del Informe N° 269-GFS/2015.

Al respecto, el artículo 219 del TUO de la LPAG establece que el Recurso de Reconsideración debe sustentarse en una nueva prueba. En ese sentido, se advierte que, a través del Recurso de Reconsideración, los administrados únicamente pueden aportar pruebas a efecto que la administración tenga en consideración un hecho no evaluado, que genere el cambio del criterio ya adoptado.

El presente caso, si bien la Gerencia General ha emitido pronunciamiento en relación a los argumentos contenidos en el Recurso de Reconsideración que se encuentran sustentados en nuevos medios probatorios representados por las constancias suscritas por autoridades de la localidad y el tráfico saliente y entrante de los TUP, excepto de las dos (2)<sup>9</sup> grabaciones realizadas a los encargados del servicio en las localidades de Huaranguillo (TUP N° 076811115) y La Balsa (TUP N° 076811116); corresponde indicar que, conforme a lo consignado en la resolución impugnada –específicamente, en el acápite “Verificación de Requisitos de Admisibilidad y Procedencia”– se aprecia que, la Gerencia General sí consideró todos los medios probatorios presentados por GILAT, calificándolos como “(Prueba 1)”.

<sup>9</sup> Referidos a compromisos para seguir cumpliendo con el horario de atención y, en el caso de estar ausentes en la localidad, se comprometen a dejar una persona encargada para que continúe brindando el servicio durante el horario de atención.

Complementariamente a ello, este Colegiado advierte que las grabaciones fueron realizadas en los meses de mayo y junio de 2018; esto es, con posterioridad a la supervisión realizada por la GSF, motivo por el cual no se desvirtúa la situación detectada, esto es, el incumplimiento del horario de atención del servicio TUP en tales centros poblados.

Asimismo, resulta pertinente indicar que GILAT manifiesta, a través de su Recurso de Apelación, entre otros aspectos, que “(...) los medios probatorios presentados por GILAT si bien no niegan los hechos detectados por OSIPTEL en sus acciones de supervisión, sí demuestran que tales eventos fueron circunstanciales, aislados, que encuentran justificación en la realidad de los centros poblados rurales (...)” (Subrayado y énfasis agregado)

De otra parte, respecto a la aplicación de los criterios establecidos por el Órgano de Instrucción en el Informe N° 269-GFS/2015, conviene precisar que a través de la Resolución N° 092-2015-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo no consideró la aplicación de los referidos criterios, en tanto que los mismos deben ser evaluados para la determinación del horario de atención y no para ser considerado en la evaluación del cumplimiento de dicho horario.

Aunado a ello, es importante señalar que el REGLAMENTO establece la posibilidad de que el horario no se brinde de manera consecutiva sino en las horas efectivas en que los pobladores puedan hacer uso del servicio considerando para ello las actividades propias de los pobladores de cada localidad; o, en todo caso, de manera excepcional, la empresa operadora podrá solicitar hasta un mínimo de seis (6) horas diarias, lo cual podrá ser autorizado por el Organismo Regulador considerando el sustento correspondiente.

Sin embargo, a pesar de las disposiciones normativas antes invocadas, GILAT no solicitó cambio de horario; por lo que, las supervisiones efectuadas por la GSF en los doce (12) centros poblados se realizaron de acuerdo al horario informado por GILAT a través de la carta N° GL-62-2014.

En ese sentido, considerando los medios probatorios aportados por GILAT, la evaluación realizada por la Gerencia General y el propio reconocimiento de GILAT en el sentido que los elementos de prueba no desvirtúan los hechos detectados por la GSF, carece de sustento lo alegado por GILAT en el presente extremo.

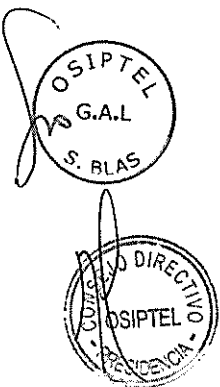


#### 4.3 Sobre la problemática en la prestación del servicio de telefonía de uso público

GILAT sostiene que mediante la Resolución N° 288-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó la publicación del proyecto de norma que proponer modificar, entre otros, el artículo 15 el REGLAMENTO, reconociendo de manera expresa que existe una problemática en la telefonía rural; ante lo cual, según lo alegado por GILAT, el Organismo Regulador propone que el incumplimiento del horario de atención de los TUP no constituya una conducta infractora.



En esa línea, GILAT invoca el Informe N° 258-GPRC/2018, elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, en el cual se indica, entre otros aspectos, que la disponibilidad de los TUP pueden haber sufrido un impacto significativo debido al fuerte ingreso de la telefonía móvil; por lo que, el encargado de atender el servicio carece de incentivos para mantener el servicio disponible por mucho tiempo, debido a que ello le impediría realizar otras actividades que le generan mayores ingresos, siendo que dicho escenario ha sido considerado por el Organismo Regulador para proponer la eliminación del supuesto infractor, correspondiente al incumplimiento del horario de atención de los TUP, en el Anexo 7 del REGLAMENTO.



Al respecto, conforme al Principio de Legalidad, previsto en el numeral 1.1 del artículo IV del TUO de la LPAG, las autoridades administrativas actúan con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. Asimismo, se tiene que a partir del artículo 103 de la Constitución Política, toda norma es aplicable a los hechos producidos durante su vigencia.

Considerando lo establecido en el ordenamiento jurídico, es pertinente señalar que el incumplimiento detectado se encuentra en el marco de las disposiciones vigentes contenidas en el REGLAMENTO, específicamente respecto a lo previsto en el numeral 15.3 del artículo 15 del referido instrumento legal, consistente en el incumplimiento de horario de atención de los TUP.

Siendo ello, así corresponde indicar que, a través de la Resolución N° 288-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo decidió la aprobación de la publicación para comentarios del Proyecto de Norma que modifica el REGLAMENTO y no la modificación respecto a las disposiciones que se encuentran plenamente vigentes en el citado instrumento normativo.

Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que, no se desconoce de las realidades de los centros poblados y del avance de las tecnologías vinculadas por el servicio de telefonía móvil ante lo cual se encuentra en trámite la modificación sobre las actuales y vigentes disposiciones normativas contenidas en el REGLAMENTO y en sus ANEXOS; sin embargo, dicho aspecto no incide, de modo alguno, respecto a la detección de la conducta infractora en el marco de lo previsto en el numeral 15.3 del artículo 15 del REGLAMENTO y la tipificación de la infracción contenida en el ítem 5 del Anexo 7 del aludido instrumento normativo.

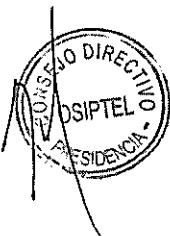
#### 4.4 Sobre el cambio de horario solicitado por GILAT

GILAT sostiene que, a efectos de mitigar los riesgos de incumplimiento del horario de atención, mediante las cartas N° GL-435-2017 y N° GL-688-2017 solicitó la reducción del horario de atención a seis (6) horas diarias para ciento setenta y siete (177) TUP, pertenecientes a ciento sesenta y siete (167) centros poblados, dentro los cuales se encuentran los doce (12) locales de atención.

En esa línea, la Empresa Operadora precisa que, a través de la Resolución N° 00250-2018-GSF/OSIPTEL se resolvió reducir el horario de atención de solo cuarenta y nueve (49) centros poblados rurales. Ante lo cual, mediante carta N° GL-512-2018, dicha resolución fue recurrida dado que los criterios en los que se basaba no obedecían a la realidad de los centros poblados rurales, declarándose infundado el recurso de reconsideración mediante la Resolución N° 0035-2018-GSF/OSIPTEL.

En dicho contexto, GILAT manifiesta que la referida resolución fue apelada mediante escrito GL-609-2018, la cual fue declarada fundada en parte mediante Resolución N° 129-2019-GG/OSIPTEL, en tanto, la Gerencia General autorizó la reducción del horario de atención de cuatro (04) localidades involucradas en el presente PAS. Es decir, en la gran mayoría se nos denegó la reducción en base a criterios subjetivos y ajenos a la problemática de la telefonía pública rural, lo que nos expone a futuros incumplimientos del horario de atención de los locales de atención.

Al respecto, cabe precisar que, para el periodo de evaluación correspondiente al año 2016, GILAT no formuló solicitud de cambio de horario de atención, a pesar que, de conformidad con el numeral 15.1 del artículo 15 del REGLAMENTO habilita a cualquier empresa operadora a solicitar un horario de atención menor al establecido, hasta un mínimo de seis (6) horas diarias.



En ese orden de ideas, la detección del incumplimiento del horario de atención de los TUP a cargo de la GSF se realizó considerando la información brindada por GILAT mediante la carta N° GL-62-2014.

Finalmente, en cuanto a la Resolución N° 129-2019-GG/OSIPTEL relativa al pronunciamiento de la Gerencia General sobre el cambio de horario de los TUP, corresponde indicar que, el pedido formulado por GILAT es respecto a un periodo posterior, lo cual no incide en los incumplimientos detectados en el año 2016.

#### 4.5 Sobre la aplicación del eximente de responsabilidad invocado por GILAT

GILAT refiere que con anterioridad a la notificación del inicio del presente procedimiento administrativo sancionador –esto es, 21 de noviembre de 2017– ha presentado medios probatorios que acreditarían la subsanación voluntaria de su conducta, los mismos que, según precisa, se encuentran en la carta N° GL-551-2017.

Asimismo, la empresa manifiesta que no es posible que la Gerencia General considere que no se haya cumplido con el supuesto de reversión de efectos, dado que en el presente PAS no se ha evidenciado que los usuarios se hayan visto perjudicados por la ausencia del encargado del servicio.

Al respecto, el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG establece como causal eximente de responsabilidad la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado antes del inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Con relación a la subsanación, es preciso tener en cuenta que, conforme a la Real Academia Española, el término “subsanar” significa *reparar o remediar un efecto, o resarcir un daño*. En ese sentido, siendo que la subsanación está relacionada con un estado de reparación, enmienda o arreglo, la misma no debe entenderse exclusivamente como el cese o adecuación de la conducta del infractor, sino que debe ir acompañada con la corrección de todo efecto derivado de dicha conducta.

En el marco de lo establecido en el TUO de la LPAG, el numeral iv) del artículo 5 del RFIS dispone lo siguiente:

**“Artículo 5.- Eximentes de responsabilidad**

*Se consideran condiciones eximentes de responsabilidad administrativa las siguientes:*

*(...)*

*iv) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador, al que hace referencia el artículo 22.*

*Para tales efectos, deberá verificarse que la infracción haya cesado y que se hayan revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, la subsanación deberá haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación, expresamente consignado en carta o resolución.”*

En ese sentido, conforme a la disposición normativa antes invocada se tiene que, a efectos de eximir de responsabilidad al administrado, debe verificarse que la infracción haya cesado y revertido los efectos derivados de la misma. Asimismo, toda vez que la subsanación debe ser voluntaria, el RFIS refiere que la subsanación debe haberse producido sin que haya mediado, por parte del OSIPTEL, requerimiento de subsanación o de cumplimiento de la obligación.

Ahora bien, con la finalidad aplicar el eximente de responsabilidad, este Colegiado procederá a evaluar si se cumplen los supuestos antes señalados.

Con relación al **cese de la conducta**, este Colegiado comparte la posición adoptada por la Gerencia General en el sentido que –en aplicación al Principio de Verdad Material, contemplado en el numeral 11.1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la





LPAG– conforme a los medios probatorios aportados por GILAT se concluye que el cese de la conducta se ha producido oportunamente; esto es, antes del inicio del PAS.

Ahora bien, en cuanto a la reversión de efectos, tal como ha sido señalado por la Gerencia General, en este caso en particular, no es posible revertir el daño, constituido por el hecho que los usuarios se vieron imposibilitados de hacer uso del servicio de telefonía de uso público, no pudiendo ver satisfecha su necesidad de comunicación.

De lo expuesto, este Colegiado concluye que no se han configurado los supuestos contemplados para exonerar de responsabilidad a GILAT; por lo cual se desestima lo alegado por la empresa sobre dicho extremo.

#### 4.6 Sobre la presunta vulneración al Principio de Razonabilidad

GILAT refiere que conforme al Test de Razonabilidad, específicamente respecto al subprincipio de necesidad, la Gerencia General no ha evaluado correctamente la posibilidad de imponer otras medidas menos gravosas, como son las medidas correctivas o las amonestaciones, que bien podrían lograr el mismo objetivo. Finalmente, solicita la aplicación de una amonestación, conforme a lo previsto en el artículo 17 del RFIS.

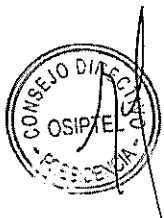
En relación a la sanción impuesta y la evaluación de una medida menos gravosa, el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG, que regula el Principio de Razonabilidad en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción.

De este modo, la imposición de una sanción a GILAT tiene como fin disuadir a la empresa operadora con la finalidad de que en adelante cumpla con el marco normativo exigido; asimismo, tiene una finalidad represiva, en tanto la conducta infractora no permite que los pobladores que habitan en determinados centros poblados puedan acceder oportunamente al servicio de telefonía pública rural.

Por ello, la determinación de la sanción resulta la medida más idónea para desincentivar la conducta infractora de la empresa operadora. Asimismo, en el caso de la posibilidad de aplicar una Medida Correctiva, corresponde señalar que como consecuencia de la entrada en vigencia de la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2017-CD/OSIPTEL, - Resolución que modifica el RFIS- publicada el 20 de abril de 2017, se advierte que, conforme a su Exposición de Motivos, dichas medidas podrían ser pasibles de ser aplicadas en el caso de reducido beneficio ilícito, probabilidad de detección elevado y en situaciones donde no se han presentado agravantes, de modo tal que la multa a ser aplicada es de una cuantía considerablemente reducida o nula.

Teniendo en cuenta ello, en el presente caso, se desvirtúa la posibilidad de la aplicación de una medida correctiva, en la medida que, conforme a lo sostenido por la Gerencia General, la probabilidad de detección de la conducta infractora es baja y existe un factor agravante sobre la comisión de la infracción, por lo cual se confirma la necesidad de la aplicación de sanción para los incumplimientos detectados en el presente PAS.

Finalmente, si bien el numeral 25.2 del artículo 25 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, Ley N° 27336, dispone que en caso de infracciones leves puede sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo a las particularidades del caso; debe tenerse presente que, las multas impuestas por la Gerencia General obedecieron a la propia naturaleza de la conducta infractora que incide directamente en la restricción de acceso del servicio de telefonía rural en doce (12) centros



poblados, además que –conforme se desarrollará en el siguiente acápite– GILAT ha incurrido en la misma infracción detectada en un anterior PAS, razones por las cuales no corresponde una amonestación.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo indicado, este Colegiado considera que carece de asidero lo sostenido por GILAT sobre el presente extremo.

#### 4.7 Sobre la configuración de la reincidencia

GILAT expresa que la Gerencia General vulnera el literal a) del numeral ii) del artículo 18 del RFIS, en tanto no se configura el supuesto de reincidencia en la conducta imputada. En ese sentido, GILAT precisa que, si bien es cierto que los dos (2) PAS invocados por la Gerencia General del OSIPTEL versan sobre el incumplimiento del horario de atención, en todos los locales de atención del presente procedimiento sancionador (excepto en dos de ellos) es la primera vez que se verifica la ausencia del encargado del servicio.

Adicionalmente, GILAT precisa que si bien la Gerencia General, a través de la Resolución N° 314-2016-GG/OSIPTEL contenida en el Expediente N° 89-2015-GG-GSF/PAS, dispuso la aplicación de amonestaciones para dos (2) centros poblados (esto es, El Milagro y Taquebamba), no es congruente que esta se duplique, conforme ha dispuesto la Gerencia General.

Al respecto, en el presente acápite se analizará si se configura la reincidencia de la conducta infractora imputada desarrollándose en el siguiente apartado del presente Informe la cuantificación de la multa impuesta a GILAT.

Así, en primer lugar debemos precisar que, contrariamente a lo sostenido por GILAT no resulta aplicable la disposición normativa invocada en su Recurso de Apelación, esto es el literal a) del numeral ii) del artículo 18 del RFIS. En efecto, corresponde precisar que el periodo analizado en el marco del presente PAS es el año 2016, por lo que los hechos que dieron lugar al mismo ocurrieron en la vigencia del artículo 5 de la Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL<sup>10</sup> (RFIS anterior).

Por ende, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del RFIS anterior se configurará la reincidencia en tanto concurren las siguientes condiciones:

- (i) exista resolución anterior que, en vía administrativa, hubiere quedado firme o haya causado estado; y,
- (ii) la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de dos (2) años desde la fecha en que se notificó a la empresa operadora la carta de inicio del procedimiento administrativo sancionador.

Teniendo en cuenta las condiciones previstas en el RFIS anterior y los hechos en el presente PAS y la información contenida en el Expediente N° 89-2015-GG-GFS/PAS, considerado por la Gerencia General para determinar la aplicación del factor de reincidencia, se tiene que la carta de intento de sanción del Expediente N° 89-2015-GG-GFS/PAS (PAS 1), fue notificada el 4 de enero de 2016; y los hechos imputados en el presente PAS (PAS 2) se produjeron entre 8 de marzo de 2016 y el 27 de julio de 2016<sup>11</sup>. En efecto, la infracción reiterada empezó a cometerse dentro del plazo de los dos (2) años, computado desde la fecha en que se notificó la carta de intento de sanción que corresponde a la infracción anterior, esto es, correspondiente al PAS 1.

Siendo ello así, conforme a lo reconocido por GILAT y de acuerdo al análisis realizado por la Gerencia General, el factor reincidencia únicamente ha sido aplicado sobre los dos (2) centros poblados (esto es, El Milagro y Taquebamba, ubicados en el departamento de Cajamarca y Apurímac, respectivamente), en los cuales se detectó la



<sup>10</sup> Vigente hasta el 20 de abril de 2017.

<sup>11</sup> De acuerdo a la información consignada en las actas de supervisión, los locales de atención se encontraron cerrados en horario de atención.

misma conducta infractora –esto es, el incumplimiento del horario de atención del servicio de telefonía pública rural– y que fueron materia de sanción a través de la Resolución N° 314-2016-GG/OSIPTEL.

Por lo expuesto, se configura el factor de reincidencia respecto a los dos (02) centros poblados (El Milagro y Taquebamba).

#### 4.8 Sobre la determinación de la multa impuesta por la Gerencia General

GILAT manifiesta que la Gerencia General no ha cumplido con motivar debidamente los presupuestos que conllevaron a su decisión de determinar multas diferenciadas a efectos de sancionar la supuesta comisión de la misma infracción; con lo cual, GILAT sostiene que la decisión de la Gerencia General constituye una arbitrariedad y, el acto administrativo expedido por dicha Autoridad carece de motivación.

Al respecto, corresponde señalar que, contrariamente a lo sostenido por GILAT, la Gerencia General se ha pronunciado respecto a la determinación y graduación de la sanción impuesta a GILAT. En efecto, la Gerencia General consideró los criterios previstos en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG anterior<sup>12</sup>; siendo ello así, corresponde tener en cuenta que, la Gerencia General evaluó el beneficio ilícito, la probabilidad de detección y la reincidencia; así como, dicha instancia analizó la existencia de factores atenuantes correspondientes.

Ciertamente, en relación al beneficio ilícito, resulta pertinente indicar que, GILAT conoce donde se encuentra cada local de atención así como cuáles son los costos que tendría que asumir a efectos de cumplir con lo previsto en el numeral 15.3 del artículo 15 del REGLAMENTO. De hecho, algunos locales se encuentran en la región de la Sierra (tales como: Shuembe, Argama Alta, Andabamba, Chulluni Izquierdo, Huaccallaco y Taquebamba) y otros en la Selva (tales como, Puerto Tabaloso, El Milagro, Huaranguillo, Alto Ihuamaca, Bajo Quesquento y la Balsa).

Ahora bien, se advierte que para los locales de atención ubicados en los centros poblados La Balsa y Taquebamba se ha considerado el mismo costo evitado a pesar que se encuentran en distintas regiones, esto es, Selva y Sierra, respectivamente; ante lo cual, para el local de atención La Balsa correspondería una multa superior.



Sin embargo, conforme al numeral 258.3 del artículo 258 del TUO de la LPAG, se debe tener presente el principio de non reformatio in peius (prohibición de la reforma en peor) que rige la potestad sancionadora de la administración, según el cual, este Colegiado considera que no podría empeorar la situación de GILAT imponiendo una sanción más gravosa.

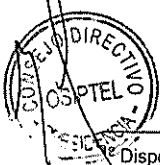


De otra parte, en relación a la evaluación del criterio referido a la probabilidad de detección de la conducta infractora, este Colegiado comparte lo sostenido por la Gerencia General en la medida que, atendiendo a la infracción imputada, esto es, el incumplimiento del horario de atención en los locales de atención de GILAT, la única forma de detectar la comisión de la conducta infractora es en el marco de una supervisión en campo, la misma que es efectuada por la GSF.

Cabe precisar que, atendiendo al propio despliegue de las acciones de supervisión en diferentes centros poblados ubicados en la sierra y selva, este Colegiado considera que la probabilidad de detección debería ser muy baja; sin embargo, ello no resulta posible en virtud al principio de non reformatio in peius.



Adicionalmente, en cuanto el factor agravante, esto es, la reincidencia, corresponde precisar que, el artículo 5 del RFIS (anterior), disposición normativa aplicable al presente caso, no se encuentra orientada a: (i) **duplicar** el monto de la primera multa impuesta,



<sup>12</sup> Disposición normativa que se encuentra actualmente en el numeral 3 del artículo 246 del TUO de la LPAG.

