

Breves reflexiones sobre la calificación del principio de continuidad como condición esencial en los contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones y sus actuales implicancias respecto del régimen administrativo sancionador peruano

Juan Rivadeneyra Sánchez*

El principio de continuidad, inherente a la prestación de todos aquellos servicios calificados como servicios públicos, implica la prestación regular e ininterrumpida de los mismos a fin de no generar perjuicios a los usuarios. En el presente artículo, el autor expone las razones por las cuales, de acuerdo con el actual marco regulatorio de los servicios de telecomunicaciones en nuestro país, solo el incumplimiento de aquellas condiciones calificadas expresamente como esenciales en los contratos de concesión, pueden generar la aplicación de una sanción al operador del servicio.

Las siguientes líneas tienen por objeto plantear algunas breves y puntuales reflexiones preliminares en torno al carácter de condición contractual, esencial o no, del denominado principio de continuidad, en relación con las hipótesis e implicancias sancionatorias que se pueden suscitar ante eventuales casos de afectaciones del servicio en el campo de las telecomunicaciones, bajo el régimen legal y contractual actualmente vigente en nuestro país.

En primer término, hemos de recordar que, conforme se señala en doctrina, el principio de continuidad «expresa la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a las necesidades de la población y, se traduce especialmente en la restricción al derecho de huelga (servicios mínimos)»¹.

Explicando este principio, CASSAGNE agrega que «el servicio público ha de prestarse sin interrupciones; sin embargo, ello no implica en todos los supuestos la continuidad física de la actividad»².

En el campo de los servicios públicos de telecomunicaciones resulta claro que, sin menoscabar su importancia, el principio de continuidad no equivale ni implica una obligación a cargo de la empresa prestadora de lograr que el 100% de los cientos de miles de intentos de llamadas de sus usuarios sea completado en una comunicación efectiva y en absolutamente todos los casos, tiempos y espacios. Esto es técnica y fácticamente imposible para cualquier prestador, de cualquier servicio y en cualquier rama de actividades que pueda considerarse como un servicio público. Ello parte de una noción básica y elemental del funcionamiento de las redes en la industria de las telecomunicaciones en cualquier parte del mundo. Más aun, tampoco resulta ser financiera y económicamente viable, puesto que ello importaría multiplicar innecesariamente «x» veces la capacidad de la red generando ineficiencias que resultan más que evidentes y que la propia regulación descarta de plano.

Por lo mismo, conforme reconoce la doctrina, el principio de continuidad se traduce en la prestación del

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (1988-1997, 2001); Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (1994-1996); Profesor del Programa de Post Grado en Valuaciones de la Universidad Nacional de Ingeniería (1996); Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (1992-2008). Profesor invitado por la Facultad de Derecho de la Universidad del País Vasco (Mayo-Junio, 1991), San Sebastián, (España). Presidente del Comité de Telecomunicaciones de la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos del Perú (ADEPSEP, hoy AFIN) (2004) y actual Presidente del Comité de Asuntos Legales & Regulatorios de la Asociación de Empresas Privadas de Servicios Públicos del Perú (ADEPSEP, hoy AFIN). Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (1989).

1 ZEGARRA VALDIVIA, Diego. «El Servicio Público. Fundamentos», Palestra Editores, Lima, 2005, p. 58.

2 CASSAGNE, Juan Carlos. «El servicio público y las técnicas concesionales», En: Revista de la Administración Pública, Número 18, Buenos Aires, 1995, p. 36.

servicio en condiciones de regularidad o constancia temporal y espacial adecuadas para la naturaleza del servicio de que se trate:

«El principio de continuidad no puede tener el mismo contenido para todos los servicios. Existe una suerte de escala de la continuidad, según la naturaleza del servicio y de las prestaciones que estos últimos ofrecen a los ciudadanos. En todo caso, la continuidad puede ser entendida como la base sobre la cual se sustenta la prestación del servicio, y se funda en que una determinada actividad que ha recibido dicha consideración se ponga a disposición de los ciudadanos -considerados usuarios- de forma permanente o regular para que se pueda satisfacer aquellas necesidades que le puedan surgir»³.

Por otra parte, en el caso de la telefonía móvil, esa misma referencia a la continuidad del servicio -sujeta a la existencia y consideración de determinadas condiciones- es entendida y también ratificada en la literatura jurídica especializada, ciertamente debiéndose tomar en cuenta una serie de factores relacionados con la naturaleza específica del servicio, así como los factores variables de los «soportes» e «insumos» (*redes, espectro radioeléctrico, etc*) empleados para su prestación:

«Continuidad del servicio.- Capacidad de un servicio, una vez obtenido, de continuar siendo proporcionado, en determinadas condiciones durante el período de tiempo requerido»⁴.

Respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones, el marco regulatorio no persigue -ni puede pretender hacerlo- un esquema de «tolerancia cero» o intolerancia absoluta, pues el costo de alcanzar tal resultado en el caso de la telefonía móvil sería imposible de cubrir y haría prohibitivo el acceso al servicio por los usuarios en términos de tarifas. Lo que se persigue -como es conocido de manera extendida en la industria de las telecomunicaciones mundiales que las redes se diseñen *eficientemente*, tomando en cuenta niveles tolerables de intentos de llamadas no completadas o interrumpidas⁵, así como diversas otras variables racionales o previsibles relacionadas

al medio empleado (e.g., *espectro radioeléctrico y sus contingencias connaturales*).

Por su parte, el principio de continuidad, como característica del servicio público, no se puede considerar aislada o individualmente respecto de cada usuario en particular, o respecto de cada área geográfica específica. El servicio público se concibe de manera integral, como un todo, como una prestación constante en términos temporales y espaciales globales, bajo criterios inherentes y propios de la industria de las telecomunicaciones y el funcionamiento de sus redes⁶. De ese modo, una posible e hipotética interrupción de servicio focalizado en un solo usuario o en un área de una estación base específica por un tiempo concreto y muy limitado, no es equivalente ni puede constituir en modo alguno una situación de afectación al principio de continuidad.

En efecto, en la Exposición de Motivos del Reglamento sobre Continuidad del Servicio Telefónico bajo la Modalidad de Teléfonos Públicos en Centros Poblados Rurales, aprobado mediante Resolución N° 069-2002-CD/OSIPTEL⁷, se pone de manifiesto y de manera sumamente clara que la vulneración de la obligación de continuidad del servicio se verifica o produce cuando existe una afectación masiva o prolongada en determinado tiempo y espacio y de tal magnitud que permita una generalización en tal tiempo y espacio, al hacer referencia a los resultados de las supervisiones en dicha materia⁸:

«En cumplimiento de su función supervisora, OSIPTEL desde 1998 viene supervisando la continuidad en la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en los centros poblados rurales considerados en los anexos 1A, 1B y 1C del Contrato de Concesión - Parte II celebrado entre el Estado Peruano y la empresa Entel Perú S.A., hoy Telefónica del Perú S.A.A., habiéndose verificado que en ese año sólo el sesenta y dos por ciento (62 %) de los teléfonos supervisados se encontraba operativo. Si bien este porcentaje de operatividad se elevó al noventa y dos por ciento (92 %) en el año 2001 para los teléfonos públicos de los anexos mencionados, en lo que va del presente año, se han recibido una serie de reclamos de la

3 ZEGARRA, op. cit., p. 58-59.

4 «Diccionario de Telefonía y Comunicaciones Móviles», Universidad Antonio de Nebrija y Fundación AIRTEL, Madrid, 2000, p. 106.

5 Tolerancias de nivel o grado de servicio que son reconocidas mundialmente y asumidas por todos los órganos reguladores en el mundo; las mismas que además suelen incorporarse en reglamentaciones sobre la calidad del servicio.

6 Así por ejemplo e inclusive, en la legislación comparada se encuentran referencias expresas a dicha razonabilidad propia de las telecomunicaciones, relacionadas a limitaciones técnicas cuando se alude al principio de continuidad del servicio («sin interrupciones, dentro de lo que técnicamente sea posible») como en el caso de la normativa hondureña (Acuerdo N° 89/97 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley Marco del Sector de Telecomunicaciones).

7 Cfr. Diario Oficial El Peruano el 26 de noviembre de 2002.

8 <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=0&P=%2FOsiptelDocs%2FGCC%2Fel%5Fsector%2normas%5Fosiptel%2Fres%5Fcdirectivo%2Ffiles%2F2002%2Fres0692002CDOSIPTELexpmot%2Epdf>

población con respecto al funcionamiento no sólo de estos teléfonos sino en general de todos los que se encuentran ubicados en las zonas rurales.

El establecimiento de una regulación sobre las condiciones de continuidad del servicio referido en centros poblados rurales, implica reglas para un funcionamiento eficiente de los mismos en localidades en las que muchas veces el teléfono es el único medio de comunicación rápida para la atención de casos de emergencia. Asimismo, este medio de comunicación se convierte en la herramienta indispensable para su desarrollo económico y social».

Se ha reconocido claramente pues que, para comprobar la vulneración del principio de continuidad de servicio, se requiere incurrir en hipótesis previamente definidas y que evidencian una afectación masiva, absoluta o prolongada en determinado tiempo y espacio que amerite apreciar que no se ha dado continuidad al servicio⁹.

Como es razonable, al aludir al deber de continuidad, los contratos de concesión no suelen establecer rangos temporales o geográficos de interrupciones. Por el contrario, la obligación de continuidad del servicio se encuentra circunscrita a un evento de cesación (e.g., se deja totalmente de proveer el servicio a nivel nacional) o reducción relevante (e.g., se deja totalmente de proveer el servicio en determinado departamento) en la prestación del servicio concedido.

Es evidente que todo contrato de concesión contiene numerosas obligaciones que el concesionario debe cumplir. No obstante, es en el propio contrato de concesión donde se califica a algunas de estas obligaciones como condiciones esenciales. De esta manera, se brinda seguridad al concesionario, en la medida que se le permite conocer, sin lugar a dudas, cuáles de sus obligaciones contractuales estarán sujetas, ante un eventual incumplimiento, a la posibilidad de aplicación de alguna sanción por parte de la Administración.

De cara a todo planteamiento de hipótesis sancionatorias en relación a ello, cabe traer a colación el principio de tipicidad o taxatividad del tipo sancionador, el cual resulta una exigencia del principio general de legalidad en la actuación de la Adminis-

tración Pública. Sobre el particular, Daniel MALJAR explica:

«La tipicidad es un corolario necesario del principio de legalidad que juega en un doble sentido, esto es, como una garantía frente a la determinación subjetiva o discrecional de los hechos que configuran el ilícito y como forma de prevención individual y social»¹⁰.

Tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional peruano¹¹, el principio de tipicidad «constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta». En ese sentido, como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA:

«La tipicidad es, pues, la descripción legal de una conducta específica a la que se conectará una sanción administrativa. La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo el Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación; y, en segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica, que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitiese un grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (lex certa)»¹².

En ese mismo sentido, MAYOR MENÉNDEZ explica que el principio de tipicidad «...supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes mediante preceptos jurídicos que permitan predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen una infracción y las penas o sanciones aplicables»¹³.

Este principio se encuentra expresamente consagrado en el artículo 230° inciso 4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General de la siguiente manera:

«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

9 Así lo hizo el regulador peruano de las telecomunicaciones, por ejemplo, mediante Resolución N° 020-2005-CD/ OSIPTEL del 28 de marzo del 2005, que modifica el citado Reglamento, la misma que establece parámetros claros y objetivos para configurar un caso de afectación a la continuidad del servicio. Parámetros que, además de no existir para el caso de los servicios de telefonía móvil, como se ha indicado, no pueden ser discrecionales ni objeto de apreciaciones o calificaciones subjetivas.

10 MALJAR, op. cit., p. 197.

11 Sentencia N° 2050-2002-AA/TC.

12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Curso de Derecho Administrativo II», Civitas, 6ª. Ed., Madrid, 1999, p. 172.

13 MAYOR MENÉNDEZ, Pablo. «Inspección y Régimen Sancionador», En: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, et. al. Comentarios a la Ley de Telecomunicaciones, Editorial Civitas, Madrid, 1999, p. 690.

pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar las sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria».

Nótese que la referida disposición de la Ley del Procedimiento Administrativo General adicionalmente desarrolla una sub-especie o variante de este principio, conocida doctrinalmente como la prohibición de la aplicación de analogía en materia sancionadora (recogido además en el inciso 9 del artículo 139° de la Constitución Política y en el artículo III del Título Preliminar del Código Penal peruano).

MUÑOZ CONDE nos ofrece una clara determinación de los alcances del principio de prohibición de la analogía en materia sancionadora. Sobre este particular, el citado autor señala lo siguiente:

«La aplicación de la ley requiere que el intérprete establezca el sentido de las normas para determinar qué supuestos se encuentran recogidos por éstas. Por tanto, el intérprete y en su caso, el juez, no puede desbordar los límites de los términos de la ley y aplicarla a supuestos no previstos en la misma porque ello violaría claramente el principio de legalidad»¹⁴.

En efecto, el principio de prohibición de la analogía tiene como finalidad evitar que se sancionen conductas no previstas en una norma, ya que ello implicaría la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad a los que hemos hecho referencia anteriormente.

Como bien señala MUÑOZ CONDE, «la analogía no es propiamente una forma de interpretación de la ley, sino de aplicación de la misma: de lo que se trata en la analogía es de que, una vez interpretada la ley (es decir, una vez establecidos los supuestos que contiene) se extienden a sus consecuencias (se aplican) a otros supuestos no contenidos, pero similares o análogos»¹⁵.

En este sentido, el principio de prohibición de la analogía prohíbe que en materia sancionadora se apliquen las consecuencias de una norma a un supuesto de hecho no contemplado en la misma, aun cuando el mismo sea similar al supuesto contemplado.

En el marco regulatorio de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú las conductas u omisiones calificadas como infracciones administrativas en el sector se encuentran contenidas en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹⁶. Particularmente, en lo que atañe a condiciones esenciales, dicho cuerpo normativo dispone en su artículo 4° 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.»

La revisión de esta norma no deja lugar a dudas, las condiciones esenciales cuya inobservancia constituye una infracción **son única y exclusivamente** las que se encuentren establecidas como tales en un contrato de concesión.

En efecto, la redacción del tipo sancionador contenido en el artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹⁷ es restrictiva, lo cual guarda perfecta armonía con el principio de legalidad y tipicidad en materia sancionadora que persiguen brindarle a los administrados seguridad jurídica y un grado suficiente de certeza acerca de las conductas que pueden constituir una infracción, limitando de este modo la subjetividad y discrecionalidad de la Administración en la determinación de qué hechos pueden o no configurar ilícitos sancionables. Sin lugar a dudas, ninguna norma que regule el procedimiento sancionador, puede constituir una especie de

«El servicio público se concibe de manera integral, como un todo, como una prestación constante en términos temporales y espaciales globales, bajo criterios inherentes y propios de la industria de las telecomunicaciones y el funcionamiento de sus redes»

14 MUÑOZ CONDE, op. cit., p. 115.

15 Ibid, p. 132.

16 Aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTTEL.

17 A modo de ejemplo citamos la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2007-CD que confirmó la Resolución N° 209-2006-GG/OSIPTTEL, emitida por la Gerencia General de OSIPTTEL donde se sanciona el incumplimiento de las condiciones esenciales del contrato a las expresamente contempladas como tales. Asimismo, el 27 de octubre del 2007, se publicó en el Boletín Oficial de El Peruano la comunicación C.886-GFS/2007 en relación al inicio de un procedimiento administrativo sancionador (expediente 028-2002-GG-GFS-/PAS), notificándole a la empresa involucrada un supuesto incumplimiento tipificado en el artículo 4° del RGIS., toda vez que, de conformidad con lo señalado en el Numeral 3.04 de la Cláusula Tercera de su Contrato de Concesión, el cumplimiento del PME se estableció como Condición Esencial de su Contrato.

«norma penal en blanco», sujeta a la discrecionalidad o arbitrio subjetivo de lo que cada funcionario de la Administración pueda considerar como una obligación que deba ser calificada como de carácter esencial en un contrato de concesión.

Por el contrario, la norma busca reducir al máximo la eventual discrecionalidad del agente en su aplicación, en beneficio de un elemental principio de seguridad jurídica, al definir taxativamente y con precisión cuáles son las únicas situaciones en las que se considera se incurre en tal infracción. Ello no solo es una constatación hermenéutica elemental que se deriva de la propia norma o de principios básicos del Derecho, sino que fluye de manera expresa de los antecedentes legales y la *ratio legis* de dicho artículo 4^o¹⁸.

Adviértase que no se refuta que la continuidad sea un requisito para determinar que servicio constituye o no un servicio público, ni que éste como principio resulte de importancia o relevancia, sino que, bajo el régimen nacional vigente, la obligación de continuidad del servicio no se encuentra calificada como condición esencial en un contrato de concesión.

Resulta revelador también hacer mención a los antecedentes normativos del citado artículo 4^o del Reglamento General de Infracciones y Sanciones y la aplicación que de él se ha hecho anteriormente, que confirman lo que resulta evidente: la aplicación de dicho artículo solo abarca aquellas obligaciones explícitamente calificadas en el contrato de concesión como condiciones esenciales.

El antecedente inmediato del actual artículo 4^o del Reglamento General de Infracciones y Sanciones es el artículo 3^o del hoy derogado TULO del Reglamento de Infracciones y Sanciones de 1996, aprobado por Resolución N° 22-96-PD/OSIPTEL, publicada el 5 de julio de 1996. En el siguiente cuadro podemos confrontar los textos de ambas disposiciones:

RGIS 1996 Artículo 3^o.- La empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como

tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave (...). Artículo 4^o.- La empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que incumpla con otras condiciones establecidas en la concesión no contempladas como esenciales incurrirá en infracción leve (...)

RGIS 1999 (vigente) Artículo 4^o.- La empresa que incumpla con las condiciones esenciales establecidas como tales en el o los respectivos contratos de concesión incurrirá en infracción muy grave.

Nótese, en primer término, que el artículo 4^o del actual Reglamento General de Infracciones y Sanciones es sustancialmente similar a la disposición contenida en el artículo 3^o del anterior Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

Por otro lado, podrá apreciarse, que el anterior Reglamento General de Infracciones y Sanciones incluía un artículo independiente (su artículo 4^o) en el que se tipificaba el incumplimiento de las obligaciones no establecidas como esenciales en el contrato de concesión.

Ahora bien, bajo el anterior Reglamento General de Infracciones y Sanciones, el único parámetro para distinguir la aplicación de su artículo 3^o respecto de la aplicación de su artículo 4^o, para un caso en concreto, era simplemente si la verificación de si la obligación involucrada configuraba o no una condición esencial establecida como tal en el contrato.

Existen antecedentes relevantes -plasmados en pronunciamientos previos del órgano regulador- que acreditan lo antes expresado¹⁹. Así, pues, resulta claro que para el órgano regulador, el artículo 3^o del anterior Reglamento General de Infracciones y Sanciones (equivalente al artículo hoy vigente) sólo resultaba aplicable en aquellos casos en los que se verificara que la obligación en discusión hubiera sido como una condición esencial en el respectivo contrato de concesión.

El análisis exigible para determinar la aplicación de esta disposición es muy simple: se revisa el texto del contrato de concesión y si la obligación involucrada

18 La Exposición de Motivos del Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL del 11 de febrero de 1999 precisamente hacía referencia a ello, expresando textualmente lo siguiente: «...se ha optado por un criterio objetivo que diferencie la calificación de la infracción, de esta manera el incumplimiento de las obligaciones establecidas como tales en el respectivo contrato constituye infracción muy grave. Adicionalmente se aclara que la interconexión es condición esencial de la interconexión (...)» (cfr. Diario Oficial El Peruano, domingo 14 de febrero de 1999, pag. 169882).

19 Cfr. Resolución de Gerencia General N° 32-98-GG/OSIPTEL, del 30 de julio de 1998, por medio de la cual se impuso a Telefónica del Perú una sanción de multa por la infracción tipificada en el artículo 4^o del anterior RGIS -es decir, por incumplimiento de condiciones no establecidas como esenciales en el contrato de concesión. En esta resolución, cuyo texto se encuentra disponible en la página web del regulador peruano, se precisa que para la aplicación de dicha norma, distinguiéndola del artículo 3^o (cuyo texto es análogo al actual artículo 4^o del RGIS), se debía verificar que si en el contrato de concesión se había señalado o calificado que la obligación analizada constituía una condición esencial. Así, en la Resolución N° 32-98-GG/OSIPTEL se señala lo siguiente: «Que el artículo 4^o del RGIS señala que «La empresa prestadora de servicios públicos de telecomunicaciones que incumpla con otras condiciones establecidas en la concesión no contempladas como esenciales incurrirá en infracción leve y será sancionada con una multa equivalente a entre media (0.5) y diez (10) UIT», no habiendo señalado el contrato de concesión de TdP que el incumplimiento de los plazos de respuesta a las solicitudes de arrendamiento de circuitos de larga distancia constituya una condición esencial de la concesión; asimismo, la inclusión de la fecha (mes y año) en dicha respuesta tampoco han sido calificada como condición esencial».

«Para comprobar la vulneración del principio de continuidad de servicio, se requiere incurrir en hipótesis previamente definidas y que evidencian una afectación masiva, absoluta o prolongada en determinado tiempo y espacio que amerite apreciar que no se ha dado continuidad al servicio»

está inserta o calificada en dicho contrato como obligación esencial, entonces se aplica el artículo 3° del anterior Reglamento General de Infracciones y Sanciones (hoy artículo 4°).

Sin embargo, no sólo bajo el ámbito de vigencia del anterior Reglamento General de Infracciones y Sanciones, sino con el actual también ha emitido actos que confirman la aplicación de dicha norma, conforme se ha expuesto anteriormente²⁰.

Como puede apreciarse, en los últimos diez años existe una uniforme interpretación y aplicación del artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones en términos del siguiente razonamiento analítico: (i) si el contrato de concesión de la empresa involucrada establece expresamente la obligación

cuyo incumplimiento se imputa como una condición esencial, se aplica el artículo 4°; (ii) si no la establece como condición esencial, no se aplica el mismo.

Dentro del marco vigente, la obligación de continuidad del servicio no puede calificar válidamente como condición esencial de los contratos de concesión, en cuanto que, de la simple lectura de éstos, fluye que no establecen que la continuidad del servicio sea una condición esencial del mismo.

Las únicas condiciones esenciales son aquellas que los contratos de concesión prevén literal y expresamente como tales y, en adición, la única condición esencial de la concesión explícitamente contenida en la legislación de telecomunicaciones vigente en el Perú es la interconexión²¹.

Como corolario de todo lo anterior, fluye con claridad que (i) no existe norma alguna en el ordenamiento legal peruano que disponga que la continuidad constituya una condición esencial de la concesión y (ii) resulta incuestionable que el deber de continuidad no se encuentra de modo alguno dentro de los alcances literales de la descripción taxativa del tipo sancionador del citado dispositivo.

Por tanto, jurídicamente, una hipótesis de eventual incumplimiento de la continuidad, conforme al marco legal y contractual vigente, guste o no, no debe ni puede generar válidamente la imposición de la sanción administrativa contemplada en el artículo 4° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones. Postular lo contrario sería una grave afectación al principio de tipicidad dispuesto en la normativa vigente y resultaría una interpretación extensiva lesiva de las garantías más básicas y elementales del derecho administrativo sancionador.

20 Así, por ejemplo, en la Resolución de Consejo Directivo N° 041-2007-CD, recientemente publicada el 3 de agosto de 2007, se indica lo siguiente: «En ejercicio de sus competencias y atribuciones, el Consejo Directivo del OSIPTEL expidió el 11 de febrero de 1999, el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 002-99-CD/ OSIPTEL publicado el 14 de febrero de 1999 (en adelante RGIS), que recoge las conductas u omisiones calificadas como infracciones administrativas en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, y en el que se establece un régimen de sanciones aplicable a las empresas operadoras infractoras. El 07 de septiembre de 2001 se publicó la Resolución N° 048-2001-CD/ OSIPTEL que modifica diversos artículos del RGIS. El artículo 4° del RGIS dispone 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». El contrato de concesión suscrito por la empresa GILAT el 04 de febrero de 1999, estipuló en la cláusula 3.04 como condición esencial del contrato, entre otras, el cumplimiento del Plan Mínimo de Expansión (en adelante PME) establecido en el anexo 1. »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 1". La resolución de la instancia superior jerárquica confirmó la Resolución N° 209-2006-GG/OSIPTEL, emitida por la Gerencia General de OSIPTEL, publicada en la misma fecha, en la cual se señaló lo siguiente: «De lo expuesto se concluye que GILAT debió cumplir con el PME establecido en el Anexo 1 de su contrato de concesión lo que implica la prestación del servicio en las ciudades de Lima, Tumbes, Piura, Cajamarca y Arequipa. Al no haberse cumplido con brindar el servicio, al 26 de enero de 2001, en las ciudades de Piura y Cajamarca, incurrió GILAT en la infracción tipificada en el artículo 4° del RGIS que establece 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. Cabe señalar que, de conformidad con la cláusula 3.04 del Contrato de Concesión suscrito por Gilat, se considera que es condición esencial del Contrato, entre otros, el cumplimiento del PME establecido en el Anexo 1 del Contrato. En consecuencia, la infracción en la que ha incurrido Gilat califica como muy grave, por lo que correspondería, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, una sanción de Multa de entre 151 y 350 UITs».

21 Cfr. artículo 103° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.