



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00070-2024-GG/OSIPTEL

Lima, 5 de marzo de 2024

EXPEDIENTE	:	00097-2023-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC

VISTO: El Informe N° 00219-DFI/2023 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS) iniciado al señor **NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC** (en adelante el ADMINISTRADO), al haber incurrido supuestamente en la comisión de la infracción tipificada en el ítem N° 1 del Anexo del Régimen de Infracciones y Sanciones del “Procedimiento para el Retiro de Elementos No Autorizados que se encuentren instalados en la Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones” (en adelante Procedimiento de Retiro de Elementos No Autorizados), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 182-2020-CD/OSIPTEL.

I. ANTECEDENTES

- Mediante Informe N° 000223-DFI/SDF/2023 del 14 de julio de 2023 (Informe de Supervisión), la DFI emitió el resultado de la verificación del cumplimiento por parte del ADMINISTRADO de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley N° 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, en el marco de la denuncia interpuesta por la empresa ENEL Distribución Perú S.A.A. (en adelante, ENEL).
- Posteriormente, mediante Informe N° 00269-DFI/SDF/2023 de fecha 15 de agosto de 2023, se complementó el Informe de Supervisión
- Con la carta N° C. 02264-DFI/2023, notificada el 4 de setiembre de 2023, la DFI comunicó al ADMINISTRADO el inicio de un PAS, por la presunta comisión de la infracción tipificada en el ítem N° 1 del Anexo del Régimen de Infracciones y Sanciones del Procedimiento de Retiro de Elementos No Autorizados; otorgándosele un plazo de cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos, los cuales no han sido presentados a la fecha.
- Mediante Informe N° 00219-DFI/2023 del 13 de noviembre de 2023 (Informe Final de Instrucción), la DFI remitió el análisis del presente PAS; la misma que fue puesta en conocimiento del ADMINISTRADO a través de la carta C.0704-GG/2023, notificada el 6 de diciembre de 2023, a fin que formule sus descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles.
- A través del escrito S/N, recibido el 18 de diciembre de 2023, el ADMINISTRADO solicitó la nulidad de los actuados y observó lo indicado en Informe Final de Instrucción sobre el retiro los elementos no autorizados que son de su propiedad.
- Con Memorando N° 00471-GG/2023 el día 21 de diciembre de 2023, la Gerencia General solicitó a la DFI se pronuncie sobre lo alegado por el ADMINISTRADO.

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: 2D1-17n522w\$Y6



1 | 21
BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024





7. A través del Memorando N° 00039-DFI/2024 del 10 de enero de 2024, la DFI atendió la solicitud de información del Memorando N°00471-GG/2023.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

De conformidad con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, este organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Así también el artículo 41 del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

En el presente caso, de acuerdo al análisis efectuado por la DFI en su Informe de Supervisión, se le imputa al ADMINISTRADO la comisión de la infracción muy grave tipificada en el ítem 1 del Anexo del Régimen de Infracciones y Sanciones del Procedimiento para el Retiro de Elementos No Autorizados, de acuerdo al siguiente detalle:

Conducta	Norma y/o mandato incumplido	Tipo	Calificación	Servicio Público Asociado
Habría realizado el acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público de ENEL a que se refiere la Ley 28295 para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.	Ítem 1 del Anexo de la RESOLUCIÓN 182		Muy Grave	Servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (TUO de la LPAG)¹, la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción, es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado², que pudiera exonerarla de responsabilidad.

De otro lado, de acuerdo con lo establecido por el numeral 252.3 del artículo 252 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259 del citado TUO, fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores iniciados de oficio, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

¹ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS

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



Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: <https://saps.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>





De acuerdo a ello, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado contra el ADMINISTRADO por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento.

Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por el ADMINISTRADO respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

2. ANÁLISIS DE DESCARGOS

2.1 Sobre la infracción del ítem N° 1 del Anexo de la RESOLUCIÓN 182 y la denuncia efectuada por ENEL. –

Sobre el particular, el ítem N° 1, del Anexo de la RESOLUCIÓN 182³, establece lo siguiente:

**“ANEXO
RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES**

ÍTEM	INFRACCIÓN	SANCIÓN
1	El acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público a que se refiere la Ley N° 28295 para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones	MUY GRAVE

Al respecto, debe tenerse cuenta que para que se configure la infracción debe llevarse a cabo un uso no autorizado de infraestructura pública. En ese sentido la definición que se recoge sobre infraestructura pública en la Ley N° 28295⁴ (en adelante, la LEY), se encuentra en el literal c) del artículo 6:

“Artículo 6.- Definiciones

Para efectos de la presente Ley se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

c) Infraestructura de uso público. - Todo poste, ducto, conducto, cámara, torre, derechos de vía asociado a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y/o energía. Adicionalmente, se considerará infraestructura de uso público a aquella que así sea declarada por OSIPTEL con opinión previa y favorable de los organismos reguladores competentes.

d) Poste. - Soporte para el tendido de cables aéreos. (...).”

Asimismo, debe precisarse que para que se configure el acceso no autorizado conforme al literal a) del inciso 2 del artículo 17 de la LEY, se necesita: i) un uso o acceso a infraestructuras de uso público, ii) que dicho uso u acceso carezca de autorización, iii) y que el fin de dicho uso o acceso no autorizado sea la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Con relación a ello para que exista un acceso autorizado acorde a lo señalado en el artículo 13 de la LEY⁵, concordado con el artículo 16 de su Reglamento⁶, éste debe

³ Publicada en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 4 de diciembre de 2020.

⁴ Publicada en el Diario Oficial El Peruano, con fecha 21 de julio de 2004.

⁵ **“Artículo 13.- Modalidades de acceso**

El acceso a la infraestructura de uso público podrá realizarse bajo dos modalidades:

a) Por acuerdo entre las partes, durante el período de negociación establecido en el Reglamento.

b) Por mandato expreso de OSIPTEL, una vez que se ha vencido el período de negociación sin acuerdo entre las partes.

El mandato establecerá las condiciones técnicas, económicas y legales del acceso y uso. En el caso de tratarse de infraestructura de uso público distinta a la de telecomunicaciones, se deberá contar con la opinión previa y favorable del





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



realizarse bajo dos (2) modalidades: i) Por acuerdo entre las partes (contrato de compartición); y, ii) Por mandato expreso del OSIPTEL (mandato de compartición).

Así, con fecha 23 de octubre de 2019, a través del escrito S/N (registrado con N° 24742-2019-SSB01), la empresa ENEL formuló denuncia contra el señor NEMÍAS MORENO y a las empresas TV CABLE LIMA S.A.C (en adelante CABLE LIMA) y LIBER, vinculadas al indicado señor, por el acceso y uso no autorizado de la infraestructura de uso público de su titularidad (soportes eléctricos), a través del tendido de cables de comunicación en los postes de líneas eléctricas de baja tensión (BT), ubicados en la Urbanización Torre Blanca Mz 88-Lote 38, en el distrito de Carabayllo provincia y departamento de Lima; precisando que a dicha fecha⁷, no existía un contrato de acceso y uso compartido respecto a dichos postes con la empresa denunciada.

Sobre el particular, a efectos de verificar el uso de infraestructura con fecha de 12 de marzo de 2021, la DFI efectuó acciones de fiscalización en campo, en el distrito de Carabayllo, provincia y departamento de Lima, en la infraestructura de ENEL.

En la Acción de Fiscalización, según los hechos descritos en la respectiva Acta, se levantó la siguiente información:

- Se procedió a la verificación de postes de baja tensión identificados con códigos 306224, 306224, 306219, 306221, 306222, 306223, 306225, 306152. 306232, 306232, 306322 pertenecientes a ENEL, en los se visualizó cable de fibra óptica, cable coaxial, así como elementos de red de fibra óptica (mufas, cajas NA Ps), elementos de red de cable coaxial (amplificadores, derivadores, taps), de los cuales se verificó que no tiene grabado en su exterior los detalles del nombre de alguna empresa operadora del servicio público de distribución de radiodifusión por cable, y los cuales según ENEL tendrían la condición de no autorizados.
- Asimismo, se ha verificado que el cable de fibra óptica, cajas NAPs, cable coaxial, taps amplificadores y derivadores, están conectados con postes de titularidad de ENEL, sobre los cuales se realizó el seguimiento, según los especificados en la respectiva acta de fiscalización.
- Luego del recorrido, se pudo identificar que los cables se encuentran conectados con una cabecera ubicada en Urbanización Torre Blanca Manzana 94 s/n, del distrito de Carabayllo, provincia de Lima y departamento de Lima (L.S.-11 .854363 L.O. -76.99863). Al respecto, se solicitó información a la inquilina Sra. VGL⁸ sobre la persona o empresa que desarrolla operaciones en dicho recinto, indicándose que se trata de *la empresa "LIBER"* y que alquilan las instalaciones que se encuentran en el techo de la vivienda, y que las instalaciones comerciales de la empresa "LIBER" se ubica en Torre Blanca Manzana 86 - Lote 17.
- Finalmente, el supervisor de la DFI procedió a levantar detalle de la infraestructura de uso público inspeccionada de titularidad de ENEL; y, procedió a realizar las respectivas fotografías y capturas de pantalla, las cuales obran en el Expediente de Supervisión.



organismo regulador competente con relación a la viabilidad del acceso compartido a la infraestructura de uso público. La opinión del organismo regulador será vinculante para el OSIPTEL. (...)

⁶ Aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.

⁷ 11 de agosto de 2016.

⁸ El nombre completo figura en el Expediente de Supervisión.





De lo verificado por la DFI se desprende la existencia de un uso no autorizado de infraestructura pública en perjuicio de la empresa ENEL, de acuerdo al siguiente detalle:

N°	Código Poste	Elemento no autorizado
1	306224	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
2	306224	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
3	306219	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
4	306221	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
5	306222	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
6	306223	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
7	306225	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
8	306152	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
9	306232	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
10	306232	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
11	306322	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones

Fuente: Informe de Supervisión

Como resultado de las diligencias efectuadas por la DFI, se verificó —en relación de los postes de media y baja tensión identificados con los códigos 306224, 306224, 306219, 306221, 306222, 306223, 306225, 306152, 306232, 306232, 306322 pertenecientes a ENEL— que sobre dicha estructura estarían soportándose cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que serían de titularidad del ADMINISTRADO.

Es decir, sobre la infraestructura de ENEL se estaría haciendo un uso no autorizado⁹ para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Cabe resaltar que en su escrito S/N ENEL remite la captura de pantalla de un recibo de los cobros realizados por la empresa “CABLE LIMA” (Figura N° 1)¹⁰, en el cual se consigna el número **RUC 10316171821** y el número telefónico **971121XXX**. Asimismo, presenta un segundo recibo de cobros (Figura N° 3)¹¹ realizados por la mencionada empresa de fecha 20 de mayo de 2019, donde se visualizan los mismos datos (RUC y número telefónico de contacto).

Adicionalmente, presenta un cuarto recibo de cobros (Figura N°4)¹², de fecha 13 de enero de 2019, emitido por la empresa” LIBER”, en donde se consigna como número telefónico de contacto el **971121XXX** —el mismo que en el recibo de Cable Lima—.

Posteriormente, ENEL mediante carta N° 0012-2023-LAL-EN, de fecha 19 de enero de 2023, solicitó a la empresa LIBER, que gestione el retiro de infraestructura no autorizada de ciento veinte (120) apoyos en postes que pertenecen a infraestructura de ENEL.

Hasta este punto, de acuerdo a lo denunciado por ENEL, y verificado posteriormente por la DFI, existiría un uso no autorizado de infraestructura de uso público de propiedad de ENEL para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

⁹ En la medida que sobre los cuales no se habrían suscrito contrato de compartición alguna ni existe mandato de compartición

¹⁰ Véase página 6 del Informe de Supervisión

¹¹ Véase página 7 del Informe de Supervisión

¹² Véase página 7 del Informe de Supervisión





2.2 Respecto de la vinculación del ADMINISTRADO con los hechos imputados. –

El Principio de Causalidad, concretizado en el numeral 8) del artículo 248 del TUO de la LPAG, establece que la responsabilidad administrativa debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

Así, la doctrina especializada señala que el Principio de Causalidad involucra el principio de personalidad de las sanciones, por el cual la asunción de la responsabilidad corresponde a quien incurrió en la conducta prohibida por la ley; por lo que no se puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino sólo por los propios.

En atención a ello, corresponde establecer una relación causal entre los hechos denunciados por ENEL —y verificados por la DFI— y el ADMINISTRADO.

En primer lugar, es pertinente señalar que mediante Resolución Ministerial N° 446-2011-MTC/03 de fecha 30 de junio de 2011, se resolvió otorgar a la empresa **TV CABLE LIMA S.A.C.**¹³, concesión única para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones por el plazo de 20 años, en el área que comprende todo el territorio nacional, estableciéndose como primer servicio a prestar, el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

Posteriormente, el 6 de octubre de 2015, a través de la Resolución Viceministerial N° 550-2015-MTC/03, se aprobó la transferencia de la concesión única para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones otorgada a la empresa TV CABLE LIMA S.A.C. a favor del señor NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC.

Entonces, se tiene que, a partir del 6 de octubre de 2015, el titular de la concesión única para brindar servicios públicos de telecomunicaciones es el señor NEMÍAS MORENO.

Así, en su escrito 01, ENEL, remite captura fotográfica de un recibo en el cual se visualiza que los cobros los estaría realizando la empresa “CABLE LIMA” y como datos de identificación de esta, se muestran un número RUC 10316171821¹⁴ y el número telefónico 971121XXX.

Es así que la DFI, tal como se describe en el Informe de Supervisión, procedió a revisar, en primer lugar, la consulta en la SUNAT sobre el **RUC 10316171821**, que adjunta ENEL en su denuncia, y se verifica que dicho RUC pertenece al señor **NEMÍAS MORENO** y como su actividad principal consigna “actividades de telecomunicaciones alámbricas”.

Asimismo, se revisó la titularidad del número telefónico **971121XXX** —consignado en los recibos donde se visualiza los cobros por el servicio de radiodifusión por cable— por medio de la consulta en el Registro de Abonados del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad –RENTESG, (Cuadro N°1)¹⁵ verificándose que el señor **NEMÍAS MORENO** es titular de la línea móvil mencionada.

¹³ Cabe precisar que el Contrato de Concesión Única N° 54-2011-MTC/27, entre TV CABLE LIMA y el Estado Peruano se suscribió el 4 de octubre de 2011.

¹⁴ Numero RUC de “Persona Natural con Negocio”. Perteneciente al Sr Nemías Bernardo Moreno Yanoc, identificado con DNI 31617182, según lo verificado en la plataforma de consultas de Sunat (<https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/>)

¹⁵ Véase página 8 del Informe de Supervisión





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



De la misma forma, ENEL remitió capturas fotográficas donde se visualiza un recibo de fecha 13 de enero de 2019¹⁶, en el cual figura como emisor la empresa “LIBER”; y como dato de identificación de esta, se muestra el número telefónico **971121XXX**, de titularidad del señor **NEMÍAS MORENO**.

De lo anterior se desprende que, de la información remitida por ENEL, el número telefónico **971121XXX**, de titularidad de NEMÍAS MORENO, se encuentra vinculado a las citadas empresas —CABLE LIMA y LIBER—.

De esta manera, se tiene que la DFI verificó el acceso del señor **NEMÍAS MORENO** a la infraestructura de ENEL, y que la ausencia de autorización de dicho acceso por parte de ENEL ha quedado acreditada a través de la información proporcionada por ENEL en su denuncia presentada el 23 de octubre de 2019

De lo anterior se desprende que existió un uso y acceso a infraestructura de uso público por parte del ADMINISTRADO sin contar con la autorización correspondiente por parte de ENEL (contrato de compartición), ni por parte del OSIPTEL (mandato de compartición).

Corresponde pues, verificar si el uso y acceso a la infraestructura de uso público, en este caso postes, por parte del ADMINISTRADO tuvo como fin la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; para lo cual resulta pertinente corroborar si el éste, contaba, a la fecha de verificación de los hechos materia del presente PAS, con título habilitante, otorgado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), para prestar algún servicio de telecomunicaciones.

En el presente caso, como se indicó precedentemente, mediante Resolución Viceministerial N° 550-2015-MTC/03¹⁷, de fecha 6 de octubre de 2015, se aprobó la transferencia de la **concesión única** para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, otorgada previamente a la empresa TV CABLE LIMA S.A.C., en el área que comprende todo el territorio de la República del Perú, mediante Resolución Ministerial N°446-2011-MTC/03, estableciéndose como servicio a prestar, el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico.

Ello quiere decir que a la fecha de la ocurrencia de los hechos que sustentan el presente PAS, el señor NEMÍAS MORENO poseía título habilitante para brindar el servicio público de telecomunicaciones en territorio nacional.

A pesar de ello, se corrobora la inexistencia de una autorización, contrato y/o mandato de compartición entre el ADMINISTRADO y ENEL; lo cual conlleva a acreditar, de acuerdo a lo señalado por la DFI en su Informe de Supervisión y en su Informe Final de Instrucción, que el ADMINISTRADO utilizó los postes de ENEL para el tendido de sus cables a fin de brindar el servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico; contraviniendo de esta forma lo establecido en el literal a) del inciso 2 del artículo 17 de LA LEY.

¹⁶ Véase la figura 04: Recibo de LIBER en la página 7 del Informe de Supervisión.

¹⁷ De acuerdo al artículo 134 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado con Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, el plazo para iniciar la prestación del servicio de telecomunicaciones concedido se establece en el Contrato de Concesión; por lo que, en el presente caso, MULTIMEDIA DIGITAL S.R.L., inició sus operaciones el 06 de octubre de 2015.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Si bien es cierto, durante la tramitación del presente PAS, el ADMINISTRADO tuvo la oportunidad de contradecir o cuestionar lo señalado por ENEL en su denuncia, sin embargo, no lo hizo; a pesar que mediante carta C.2264-DFI//2023, notificada el 4 de setiembre de 2023, se le notificó el inicio del Procedimiento Sancionador.

2.3 Respecto de la nulidad de la notificación alegada por el administrado. –

Mediante escrito S/N, recibido el 18 de diciembre de 2023, el señor NEMÍAS MORENO presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción N° 00219-DFI/2023 (en adelante IFI), solicita, entre otros, la declaración de nulidad de los actuados, retrotrayendo el Procedimiento Administrativo sancionador (en adelante PAS) hasta la notificación de la imputación de cargos, puesto que, según refiere, recién tomó conocimiento del PAS en su contra con la notificación del Informe Final de Instrucción, por lo que habría incumplido lo establecido en el artículo 22 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones ¹⁸, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N°087-2013-CD-OSIPTEL (en adelante RGIS), generándole indefensión.

Sobre el particular, mediante el Memorando N° 00471-GG/2023, de fecha 1 de diciembre de 2023, la Gerencia General solicitó a la DFI que analicé los argumentos expuestos por el señor NEMÍAS MORENO.

La DFI, mediante el Memorando N° 00039-DFI/2023 del 10 de enero de 2024, indicó que mediante carta N° C. 02264-DFI/2023, el 4 de setiembre de 2023 se comunicó al Sr. NEMIAS MORENO la decisión del OSIPTEL de iniciar el presente PAS, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem 1 del Anexo del Régimen de Infracciones y Sanciones del "Procedimiento para el Retiro de Elementos No Autorizados que se encuentren instalados en la Infraestructura de Uso Público para

¹⁸ **Artículo 22.- Etapas del procedimiento**

El procedimiento administrativo sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o por denuncia; conforme a lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Las reglas a seguir son las siguientes:

i. El órgano de instrucción competente notificará por escrito al presunto infractor el inicio del procedimiento administrativo sancionador señalando:

- a) los actos u omisiones que se imputan y que pudieran constituir infracciones;*
- b) las normas que prevén dichos actos u omisiones como infracciones administrativas;*
- c) la calificación de dichas infracciones administrativas;*
- d) el propósito del OSIPTEL de emitir las resoluciones que impongan sanciones;*
- e) el órgano competente para imponer las sanciones, así como la norma que atribuye tal competencia; y, el plazo dentro del cual la Empresa Operadora podrá presentar sus descargos por escrito, el cual no podrá ser inferior a cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación del inicio del procedimiento administrativo sancionador.*

Efectuado el descargo o vencido el plazo para hacerlo, según lo que ocurra primero, el órgano de instrucción evaluará los actuados, y emitirá un Informe final con sus conclusiones sobre la comisión o no de la infracción y, en cada caso, su propuesta sobre la sanción a imponerse o el archivo del expediente, de ser el caso, el cual deberá ser notificado a la Empresa Operadora para que formule sus descargos, otorgándole para tales efectos, un plazo no menor de cinco (5) días hábiles.

ii. Recibido el Informe final del órgano de instrucción y los descargos que sobre aquél hubiere emitido la Empresa Operadora, el órgano de resolución podrá disponer la realización de actuaciones complementarias.

iii. La resolución administrativa debidamente motivada que establezca la sanción o el archivo del procedimiento será notificada a la Empresa Operadora; y, de ser el caso, a quien denunció la infracción. La imposición de la sanción o la decisión de no sancionar, no enerva la posibilidad de establecer obligaciones específicas en el mismo acto a través de la imposición de medidas correctivas u otras de similar naturaleza, a efectos de cesar las acciones u omisiones que dieron lugar a la misma, así como revertir los efectos derivados; en cuyo caso no se aplicará el procedimiento establecido en el artículo 26."

iv. En cualquier etapa del procedimiento se podrá ampliar o variar los actos u omisiones imputados; o, la relación de artículos y/o dispositivos legales que califiquen las posibles infracciones administrativas; otorgando a la Empresa Operadora un nuevo plazo para realizar sus descargos por escrito.

v. El Órgano de Instrucción y los Órganos de Resolución pueden conceder informe oral al administrado que lo solicite; salvo que consideren que cuentan con elementos suficientes para pronunciarse sobre la base de la información que obra en el respectivo expediente o exista la imposibilidad de realizarlo, lo cual debe sustentarse en el acto que lo deniegue."





la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones” aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 00182-2020-CD/OSIPTEL; toda vez que, habría realizado el acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público de ENEL.

Asimismo, se observa que la mencionada carta fue notificada de forma correcta en la dirección Jirón San Ignacio N° 159 - Urbanización Sol de Lima, la cual es la dirección que consta en el Registro Único de Contribuyente – RUC como se muestra en la consulta realizada en el Sistema de Servicios de Interoperabilidad del Estado Peruano-PIDE¹⁹.

Dicha información, también coincide con la dirección señalada por el mismo señor NEMÍAS MORENO en su Declaración Jurada de Aporte por Regulación presentada el 21 de agosto de 2023.

Con relación a ello, cabe señalar que la notificación del PAS se realizó en el domicilio señalado ante el OSIPTEL en otro procedimiento, que en el presente caso es el de Declaración de Aporte por Regulación. Por lo cual, la notificación de la carta C. 02264-DFI/2023 fue realizada válidamente, cumpliéndose con lo señalado en el inciso 1 del artículo 21 del TUO de la LPAG.

Por otro lado, la DFI indica que la carta de inicio de PAS, fue recibida por el Sr. Gianmarco SXXXX CXXXXXX, identificado con DNI N° 46843XXX, quien indicó que su relación con el señor NEMÍAS MORENO era de empleado. Dicha información fue corroborada mediante una segunda consulta realizada en el Sistema de Servicios de Interoperabilidad del Estado Peruano-PIDE²⁰.

Al respecto, se observa que si bien la notificación es de carácter personal, cuando no se encuentra la persona a la que deba ser notificada o a su representante legal, se puede entregar a la persona que se encuentre en el domicilio, conforme a lo indicado en el inciso 4 del artículo 21 de la Ley 27444²¹

En ese sentido, se advierte que el inicio del PAS fue debidamente notificado, por lo que se debe descartar cualquier menoscabo a su derecho de defensa.

2.4 Respetto de la identificación de los postes, código de postes y coordenadas

En su escrito, el señor NEMÍAS MORENO señala que en el IFI no se señala de forma precisa la identificación de los postes que supuestamente son de su propiedad y por ende tenga que retirar.

Asimismo, alega que el IFI es vago sobre la cantidad de postes, puesto que se imputarían 9 postes y sin embargo 3 postes no coinciden con los postes señalados por ENEL en su carta N° EX- B2G-UBB-C-2002-2023. Asimismo, dichos postes difieren en las coordenadas señaladas por ENEL en la precitada carta.

¹⁹ Véase en la página 2 del Memorando N° 00039-DFI/2023

²⁰ Véase en la página 3 del Memorando N° 00039-DFI/2023

²¹ “Artículo 21.- Régimen de la notificación personal

(...)

21.4 La notificación personal, se entenderá con la persona que deba ser notificada o su representante legal, pero de no hallarse presente cualquiera de los dos en el momento de entregar la notificación, podrá entenderse con la persona que se encuentre en dicho domicilio, dejándose constancia de su nombre, documento de identidad y de su relación con el administrado.

(...)”





PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones



Sobre el particular, es preciso remitirnos al Expediente de Supervisión en donde, a través de una Acción de Fiscalización en campo de fecha 12 de marzo de 2021 verificó la existencia de elementos no autorizados y utilizados para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones que se encontraban instalados en la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de titularidad de ENEL, en 9 postes de acuerdo al siguiente detalle²²:

N°	Código Poste	Elemento no autorizado
1	306224	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
2	306219	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
3	306221	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
4	306222	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
5	306223	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
6	306225	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
7	306152	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
8	306232	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones
9	306322	Cables de fibra óptica para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones

Así las cosas, contrario a lo señalado por el señor NEMÍAS MORENO, la DFI sí identificó los 9 postes sobre los cuales se le imputa responsabilidad por el acceso no autorizado a la infraestructura de uso público a que se refiere la LEY para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

En cuanto a los 3 postes que no coinciden con las coordenadas señaladas por ENEL en su carta EX- B2G-UBB-C-2002-2023, corresponde indicar que ésta carta versa sobre los retiros parciales de los elementos de comunicación instalados sin autorización, comunicados por ENEL. Asimismo, tal como se indicó en el Informe Complementario, la información remitida por parte de ENEL corresponde a otros elementos no autorizados —distintos a los imputados—, de titularidad de NEMÍAS MORENO en la infraestructura de uso público de titularidad de ENEL.

Finalmente, debemos señalar que corresponde a la Administración acreditar los hechos que sirven de sustento a la imputación de cargos realizada en los procedimientos sancionadores, así como, corresponde al administrado demostrar y acreditar que la inejecución de las obligaciones materia de tal imputación fue motivada por causas ajenas a su responsabilidad.

En ese sentido, si bien respecto de 3 postes las coordenadas no coincidirían, dicha circunstancia no enerva la imputación efectuada, puesto que la misma se basó en la verificación efectuada por la DFI en la Acción de Supervisión del 12 de marzo de 2021 respecto de una cantidad mayor de postes; por lo que corresponde desestimar lo alegado por el administrado en este extremo.

En ese sentido, considerando la denuncia presentada por ENEL ante el ente Regulador, se han acreditado los hechos imputados a través de los resultados obtenidos como consecuencia de las acciones de supervisión efectuadas por la DFI en la etapa de supervisión e instrucción, los cuales se exponen detalladamente en el Informe de Supervisión y Final de Instrucción que obran en el expediente. No obstante, el señor NEMÍAS MORENO no ha alcanzado evidencia ni material probatorio que acredite una circunstancia excluyente de responsabilidad, que pudiera probar que su actuación no podría haber sido realizada de un modo diferente, aun cuando hubiera actuado con la diligencia debida.

²² En el Expediente de Supervisión se detalla pormenorizadamente los hallazgos (tipo de infraestructura encontrada, código ENEL, ubicación georeferenciada, números de elementos de red instalados en los postes, números de elementos de red sin autorización, comentarios, fotografías, etc.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



2.5 Respeto de la aplicación del principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.

En cuanto a la aplicación del Principio de Razonabilidad —en el marco de los procedimientos administrativos— está establecido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que regula que las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Al mismo tiempo, el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, que regula dicho principio 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. Así, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción.

Así, con la finalidad de determinar la medida pertinente a adoptar, la decisión a tomarse debe cumplir los parámetros del test de razonabilidad, que conlleva la observancia de sus tres dimensiones: adecuación, necesidad y proporcionalidad. Así, tenemos:

Respecto al **juicio de adecuación**, es pertinente indicar que la imposición por parte de la administración de una sanción administrativa, que consiste en una reacción frente a la comisión de un ilícito o de una infracción por el administrado.

En efecto, la imposición de una sanción no sólo tiene un propósito represivo, sino también preventivo, por lo que se espera que, de imponerse la sanción, la empresa operadora asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones. En otros términos, la sanción tiene un efecto disciplinador.

En este caso en particular, el inicio del PAS se encuentra justificado en la relevancia de tutelar los bienes jurídicos protegidos, así como el hecho que, pese a que el señor NEMÍAS MORENO, como concesionario de servicios públicos de telecomunicaciones, tiene pleno conocimiento de la obligación contenida en el ítem 1 del Anexo de la RESOLUCIÓN 182, el cual recogió la obligación contenida en el numeral 2 del literal a) del artículo 17 de la LEY, ha incurrido en la infracción materia de imputación.

Asimismo, cabe señalar que, el ítem N° 1 del Anexo de la RESOLUCIÓN 182, tiene como propósito proteger de los accesos no autorizados a las infraestructuras de uso público a que se refiere la LEY para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

En efecto, la referida Ley y su Reglamento tienen como finalidad i) dar un uso óptimo a la infraestructura de uso público tanto del sector de telecomunicaciones como el de energía y aquella que sea determinada por OSIPTEL, de acuerdo a las facultades conferidas en la LEY; ii) garantizar el crecimiento ordenado de la infraestructura, mitigando la afectación del paisaje urbanístico; y, iii) promover el

Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de
Reglamento la Ley N° 27269, Ley de Firmas y Certificados
Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento
y la autenticidad de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en:
<https://sistemas.firmaperu.gob.pe/web/validador.xhtml>





desarrollo de los servicios de telecomunicaciones, a través de procedimientos eficientes y del pago de una contraprestación razonable.

Por tanto, al haber detectado la DFI el acceso no autorizado del Sr. NEMIAS MORENO a las infraestructuras de uso público de propiedad de ENEL, no se está cumpliendo con la finalidad de la LEY a la que se refiere el ítem N° 1 del Anexo de la RESOLUCIÓN 182, perjudicándose, incluso, la seguridad de las personas.

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

En este caso, la finalidad perseguida con el inicio del presente PAS consiste en que el señor NEMIAS MORENO adopte las acciones necesarias para dar cumplimiento a lo estipulado en el ítem 1 del Anexo de la RESOLUCIÓN 182.

Sobre la adopción de otras medidas, esta Instancia analizará cada una de las posibles medidas establecidas en la normativa vigente al momento de la comisión de la infracción materia del presente PAS:

- En cuanto a las comunicaciones preventivas previstas en el entonces vigente artículo 7 del Reglamento General de Supervisión, aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL (Reglamento de Supervisión), estas se emiten en el marco de las actividades de monitoreo, con la finalidad de que, con anterioridad a la comisión de las infracciones administrativas, las empresas operadoras puedan solucionar los problemas detectados. Sin embargo, la infracción imputada se ha detectado en la etapa de Supervisión (fuera de un monitoreo), por lo que no resulta jurídicamente aplicable dicha medida.
- Sobre la emisión de medidas de advertencia, de acuerdo a lo establecido el entonces vigente artículo 30 del Reglamento de Supervisión²³, estas tienen

²³ **Reglamento de Supervisión**

“Artículo 30.- Medidas de Advertencia

Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

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

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

- a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.
 - b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.
 - c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.
 - d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.
 - e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.
- (...).” (Subrayado agregado).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



carácter facultativo y sólo podrán emitirse en los supuestos mencionados en dicho artículo, siendo que ninguno de ellos se subsume al caso en particular, por lo que no resulta posible su aplicación en este PAS.

- Respecto de la imposición de medidas correctivas definidas en el artículo 23 del RFIS, cabe precisar que la misma es una potestad de la entidad y su aplicación dependerá de la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso; es decir, la elección de dichas medidas no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Así, el RGIS sugiere que la misma se aplica en el caso de infracciones de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y en la que no se han presentado factores agravantes; sin perjuicio de la evaluación de otras circunstancias en cada caso, a fin de determinar la medida idónea.

No obstante, en el presente caso, no concurren dichas circunstancias, dado que, la infracción administrativa no es de reducido beneficio ilícito. Asimismo, la probabilidad de detección no es elevada, tal como se desarrollará más adelante.

En atención a ello, esta Instancia considera que, en el presente caso el inicio de un PAS es el único medio posible para persuadir al señor NEMÍAS MORENO para que en lo sucesivo evite incurrir en nuevos incumplimientos de la obligación antes mencionada; por lo tanto, se cumple la dimensión del juicio de necesidad.

Por último, en virtud al **juicio de proporcionalidad**, se advierte que, si la finalidad de toda medida sancionadora administrativa es desalentar la comisión del ilícito, entonces el tipo de medida elegida cualitativa y cuantitativamente debe mantener un equilibrio con las circunstancias de la comisión de la infracción.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente se cumple con el inicio del presente PAS, toda vez que la medida dispuesta por la DFI resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar; generar un incentivo para que en lo sucesivo el administrado sea más cauteloso en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad. Es decir, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés, respecto al eventual desmedro sufrido por el administrado.

De lo anteriormente expuesto, se aprecia que en tanto se ha observado las tres (3) dimensiones del *test* de razonabilidad en el presente PAS, la medida a imponer resulta idónea, necesaria y proporcional.

3. RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. –

Determinada la comisión de la infracción tipificada en el ítem N° 1 del Anexo de la Resolución N°00182-CD-OSIPTEL, relacionada con el acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, corresponde que esta instancia evalúe si en el presente caso, se ha configurado las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, así como en el artículo 5 del RFIS:





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento, se advierte que EL ADMINISTRADO no ha acreditado que la comisión de la infracción contemplada en Ítem N° 1 del Anexo de la Resolución N°00182-CD-OSIPTEL se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: en el presente procedimiento, EL ADMINISTRADO no ha acreditado que la comisión de la infracción contemplada en el Ítem N° 1 del Anexo de la Resolución N°00182-CD-OSIPTEL, se haya producido como consecuencia del cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza este eximente, no se ha acreditado tal circunstancia en el presente PAS, por lo que no corresponde aplicar el citado eximente de responsabilidad en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: EL ADMINISTRADO no ha acreditado que la comisión de la infracción contemplada en el Ítem N° 1 del Anexo de la Resolución N°00182-CD-OSIPTEL, se produjo por el cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento, se concluye que EL ADMINISTRADO no ha acreditado que la comisión de la infracción contemplada en el Ítem N° 1 del Anexo de la Resolución N°00182-CD-OSIPTEL, se generó por un error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativo, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 254 del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad. Por ello a efectos de determinar si se ha configurado dicho eximente de responsabilidad, deberán concurrir las siguientes circunstancias:
 - La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;
 - La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
 - La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
 - La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL, de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Conviene precisar que si bien en un PAS, la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponden al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto²⁴ —haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español— señala que, en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

Asimismo, es importante señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirán, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Sin perjuicio de lo señalado, podría darse el caso de incumplimientos que hasta la fecha de su cese no hayan generado un efecto concreto, en cuyo caso no resulta exigible la reversión de efectos, aplicándose el eximente de responsabilidad prevista en el TUO de la LPAG, en tanto concurren los demás requisitos previstos para ello.

En el presente PAS, se tiene —en línea con lo señalado en el Informe Final de Instrucción— que el señor NEMÍAS MORENO no ha acreditado el cese de la conducta infractora.

En atención a lo señalado líneas arriba, al no haberse acreditado el cese de las conductas infractoras imputadas en este PAS, no resulta factible la configuración de la subsanación de dichas conductas y por ende la aplicación del eximente de subsanación voluntaria, careciendo de objeto analizar los requisitos restantes del eximente mencionado.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

3.1 Respetto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de las sanciones a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores - 2019²⁵ (Guía de Cálculo – 2019²⁶) y la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL²⁷ (Metodología de Multas – 2021²⁸); así como los

²⁴ NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.

²⁵ Aprobada por el Consejo Directivo mediante Acuerdo N° 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019. El Informe N° 152-GPRC/2019 se encuentra publicado en la página web del OSIPTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/inf152-gprc-2019/Inf152-GPRC-2019.pdf>

²⁶ Para el caso de las infracciones tipificadas en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso y el artículo 9 de las Normas Especiales, dado que las mismas iniciaron en el año 2021.

²⁷ Aprobada por el Consejo Directivo mediante Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

²⁸ En el caso de la infracción tipificada en el artículo 7 del RGIS, dado que la misma ocurrió en el año 2021.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, los cuales se analizan a continuación:

i. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio de graduación se encuentra también referido en el literal f) del artículo 30 de la LDFF), beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción.

Dicho criterio se sustenta en que para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido o evitado por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

En el presente caso, el beneficio ilícito²⁹ estimado está constituido por: (i) el costo evitado³⁰ en la capacitación del personal de NEMÍAS MORENO respecto a no acceder sin autorización a la infraestructura de la empresa ENEL y (ii) el costo evitado³¹ en el que debió incurrir el administrado para solicitar o tramitar un mandato de compartición de infraestructura.

Ahora bien, este beneficio ilícito estimado es evaluado a valor presente y ponderado por una ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora.

ii. Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Este criterio está representado por la probabilidad de que la infracción sea detectada por el OSIPTEL. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas, se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

En atención a ello y tomando en cuenta la naturaleza de la infracción cuya sanción es materia de graduación, se considera que la probabilidad de detección es MEDIA, dado que la supervisión de este tipo de infracciones no forma parte del plan periódico de supervisión del OSIPTEL, ni se realiza en base a un criterio estadístico.

Por el contrario, el regulador únicamente puede tomar conocimiento de la comisión de dicha infracción mediante una denuncia, debiendo realizarse además acciones de supervisión en campo para verificar los hechos denunciados, como ha sucedido en el presente caso mediante la denuncia efectuada por el titular de la infraestructura de uso público (ENEL).

²⁹ A medida que la información disponible lo permita, se considerarán, dentro del beneficio ilícito, los costos de utilizar o arrendar los postes de baja, media o alta tensión (según el incumplimiento).

³⁰ Para calcular el costo evitado en mención se empleó el parámetro Conopro establecido en la MCM (2021) y en la GM (2019).

³¹ Para estimar dicho costo evitado se elaboró el parámetro Cosmand, el cual tomó como insumos: (i) el sueldo mensual de un trabajador extraído de la MCM (2021) y de la GM (2019), según sea el caso, (ii) el tiempo considerado para realizar un mandato de compartición y (iii) la UIT considerada en la MCM (2021) y en la GM (2019), según sea el caso.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



iii. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

La infracción contemplada en el ítem 1 del Anexo de la Resolución de consejo directivo N° 182-2020-CD-OSIPTEL, que aprueba el Retiro de Elementos No autorizados, califica como **MUY GRAVE** la infracción cometida por el señor NEMÍAS MORENO, por el acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Cabe precisar que, la finalidad de la LEY y su Reglamento³² es: i) dar un uso óptimo a la infraestructura de uso público tanto del sector de telecomunicaciones como el de energía y aquella que sea determinada por OSIPTEL, de acuerdo a las facultades conferidas en la Ley; ii) garantizar el crecimiento ordenado de la infraestructura, mitigando la afectación del paisaje urbanístico; y, iii) promover el desarrollo de los servicios de telecomunicaciones, a través de procedimientos eficientes y del pago de una contraprestación razonable³³.

Es pertinente agregar que de acuerdo con el artículo 9 de la LEY, los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a cumplir, tanto en la etapa de elaboración del proyecto, como en el desarrollo de la construcción, operación y mantenimiento de sus instalaciones, con las disposiciones del Código Nacional de Electricidad y sus respectivos Manuales, el Reglamento de Seguridad e Higiene Ocupacional del Subsector Electricidad y otras normas sectoriales de electricidad relacionadas al tema, cuando soliciten el acceso y uso compartido a infraestructura de energía.

Por tanto, al haber detectado la DFI el acceso no autorizado del ADMINISTRADO a las infraestructuras de uso público de propiedad de ENEL, no se está cumpliendo con la finalidad de la LEY, perjudicándose, incluso, la seguridad de las personas.

iv. Perjuicio económico causado:

En el presente caso, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar el perjuicio económico causado por la comisión de las infracciones verificadas.

v. Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el caso en particular, no se ha configurado la reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 248 del TUO de la LPAG.

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

De los actuados, se ha verificado que el señor NEMÍAS MORENO no ha demostrado una conducta diligente que, de haber existido, habría evitado o paliado el resultado producido por el acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público nueve (9) postes los cuales son de propiedad de ENEL.

³² Aprobado por Decreto Supremo N° 009-2005-MTC.

³³ De conformidad con lo señalado en la Exposición de Motivos del citado reglamento.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Asimismo, se observa que, a pesar de haber sido notificado válidamente con el inicio del presente PAS, el administrado no ha presentado descargo alguno que cuestione el resultado de las verificaciones efectuadas por la DFI.

vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En el caso en cuestión, no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones detectadas.

3.2 Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna. -

Al respecto, cabe resaltar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública es el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el cual establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados³⁴; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna, alegado por la administrada.

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

Dicho eso, debe de señalarse que con fecha 11 de diciembre de 2021, se publicó la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL a través de la cual se aprobó la Metodología de Multas - 2021, la cual entró en vigencia el 1 de enero del 2022³⁵.

Ahora bien, respecto al análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas - 2021 con la Guía de Cálculo - 2019, recientemente el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 065-2022-CD/OSIPTEL³⁶ ha señalado lo siguiente:

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

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad,

³⁴ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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

(...)

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

³⁵ Véase la Primera Disposición Complementaria Final de la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

³⁶ Emitida bajo el Expediente 0001-2021-GG-DFI/PAS, la cual puede ser encontrada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/u43k1pli/resol065-2022-cd.pdf>.





corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; caso contrario, de tener que sujetar

se la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.”

Considerando lo mencionado, en este caso se efectuará el comparativo de multas a fin de verificar la favorabilidad de las mismas:

Cuadro N° 2 Cálculos de multas según ambas metodologías

Table with 5 columns: Artículo que tipifica, Incumplimiento, Metodología de Cálculo de Multas-2021 (Estimación Puntual), Guía de Cálculo-2019 (Estimación Puntual), and Guía de Cálculo-2019 (Estimación si se aplica reconducción). Row 1: Ítem N° 1 del Anexo del Régimen de Infracciones y Sanciones del "Procedimiento para el Retiro de Elementos No Autorizados... Realizó acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público... 23, 14.9, 151

Fuente: Información del Anexo de Cálculo de Multas

Como se puede apreciar del cuadro anterior, se advierte que, para el incumplimiento analizado en el presente PAS, la multa obtenida bajo la Metodología de Multas - 2021 es más favorable que las obtenida en base a la Guía de Cálculo – 2019; por lo que corresponde aplicar la retroactividad benigna y aplicar la multa de 23 UIT.

3.3 Atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257 del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18 del RFIS

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257 del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa, esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
➤ Otros que se establezcan por norma especial.

Así, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18 del RFIS, son factores atenuantes en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. Dichos factores -según el mencionado artículo- se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG.



Documento electrónico firmado digitalmente en el marco de Reglamento la Ley N°27269, Ley de Firmas y Certificados Digitales, y sus modificatorias. La integridad del documento y la autoría de la(s) firma(s) pueden ser verificadas en: https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/web/validador.xhtml



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



- Respecto al reconocimiento de la responsabilidad: De lo actuado en el expediente y conforme con lo señalado en el Informe Final de Instrucción de la DFI, EL ADMINISTRADO no ha presentado el reconocimiento expreso y por escrito de la responsabilidad por la comisión de la infracción detectada por la DFI.
- Respecto al cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: en los actuados, no media información que acredite que EL ADMINISTRADO ha regularizado su situación a través de la suscripción del respectivo contrato de acceso y uso compartido; ni que acredite que ADMINISTRADO haya retirado sus cables de la infraestructura de la empresa ENEL; por lo que, al no verificarse un cese voluntario de la infracción imputada, no corresponde aplicar dicha atenuante.
- Respecto a la reversión de los efectos derivados de los actos que constituyen infracción: EL ADMINISTRADO no ha presentado información que acredite la acotada reversión, tal como ha señalado la DFI en su Informe Final de Instrucción.
- Respecto la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: De los actuados en el expediente y conforme a lo indicado por la DFI en su Informe Final de Instrucción, no existe evidencia que haya aportado EL ADMINISTRADO respecto de la adopción de medidas para evitar la comisión de la infracción materia del presente PAS.

3.4 Respecto de la capacidad económica del infractor

De acuerdo a lo señalado por el artículo 25 de la LDFF, las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión.

No obstante, a la fecha, de la información obrante en el expediente se advierte que el señor NEMÍAS MORENO no ha alcanzado información que permita determinar si efectivamente la sanción a imponer no excede del 10% indicado.

Sin embargo, esta situación no puede ser impedimento para la imposición de la sanción respectiva, por lo que se fijará el monto que corresponda, quedando a salvo la posibilidad que la empresa solicite el ajuste del mismo, de acreditar que la sanción excede el límite del 10% de sus ingresos brutos correspondientes al año 2019.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento General del OSIPTEL y de acuerdo con el artículo 18 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – **DESESTIMAR** la solicitud de nulidad formulada por el señor **NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC**.

Artículo 2°. - **SANCIONAR** al señor **NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC** con una multa de **23 UIT**, por la comisión de la infracción tipificada en el ítem N° 1 del Anexo del Régimen de Infracciones y Sanciones del “Procedimiento para el Retiro de Elementos No





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones



Autorizados que se encuentren instalados en la Infraestructura de Uso Público para la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones”, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 182-2020-CD/OSIPTEL; por haber realizado un acceso no autorizado a las infraestructuras de uso público a que se refiere la Ley N° 28295 para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°. – Se deja a salvo la posibilidad que el señor **NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC**, solicite el ajuste del monto de la multa establecido en el artículo precedente, de exceder el 10% de sus ingresos brutos correspondientes al año 2019; debiendo, para tales efectos, presentar la documentación sustentatoria correspondiente.

Artículo 4°. – La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.

Artículo 5°.- Notificar la presente Resolución al señor **NEMÍAS BERNARDO MORENO YANOC**, así como el anexo que contiene el cálculo de la multa impuesta y el Memorando N° 0039-DFI/2024.

Artículo 6°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página Web institucional del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe) y en el Diario Oficial “El Peruano”, en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL
GERENCIA GENERAL

