

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 222-2014-GG/OSIPTEL**

Lima, 25 de marzo de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00025-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	ECONOCABLE MEDIA S.A.C.

VISTO: El Recurso de Reconsideración presentado por ECONOCABLE MEDIA S.A.C. (ECONOCABLE) de fecha 11 de febrero de 2014 contra la Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL;

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante carta N° C.1640-GFS/2012, notificada el 26 de octubre de 2012, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (GFS) solicitó a ECONOCABLE la presentación de los informes referidos a su Plan de Cobertura del 1er al 5to año, otorgándole para tal efecto un plazo de cinco (5) días hábiles.
2. Mediante carta N° C.1713-GFS/2012, notificada el 8 de noviembre de 2012, la GFS reiteró a ECONOCABLE la solicitud de presentación de los informes referidos a su Plan de Cobertura, otorgándole para tal efecto un plazo de cuatro (4) días hábiles.
3. A través de la carta N° C.1773-GFS/2012, notificada el 26 de noviembre de 2012, la GFS impuso a ECONOCABLE una **MEDIDA PREVENTIVA** por no haber presentado la información solicitada mediante las cartas citadas precedentemente, otorgándole un plazo perentorio de seis (6) días a fin que remita la información pendiente.
4. Mediante Informe de Supervisión N° 280-GFS/2013, de fecha 02 de abril de 2013 (Informe de Supervisión), contenido en el Expediente N° 00036-2013-GG-GFS, la GFS concluyó que ECONOCABLE habría incumplido con lo establecido por el literal a) del artículo 11° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), al haberse verificado que incumplió con la Medida Preventiva comunicada con carta N° 117-GFS/2012; por lo que correspondería el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador (PAS).
5. La GFS mediante carta N° C.455-GFS/2013, recibida el 03 de abril de 2013 comunicó a ECONOCABLE el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 12° del RGIS, por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el artículo 11°, literal a) de la referida norma.
6. Mediante carta N° C-696-GFS/2013, del 14 de mayo de 2013, se reitera la notificación realizada con carta N° C.455-GFS/2013.
7. ECONOCABLE mediante escrito S/N, recibido el 17 de abril de 2013, dio respuesta a la carta C.455-GFS/2013, remitiendo la información requerida.

8. ECONOCABLE mediante escrito S/N, recibido el 20 de mayo de 2013, remitió sus descargos a la carta C.696-GFS/2013.
9. Mediante Informe N° 634-GFS/2013, recibido el 25 de julio de 2013, la GFS remite el análisis de los descargos presentados por ECONOCABLE.
10. Mediante Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL, notificada el 22 de enero de 2014, se sancionó a ECONOCABLE con multa de cincuenta y un (51) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 12° del RGIS, al no haber cumplido con entregar la información obligatoria establecida en la Carta N° C.1773-GFS/2012.
11. Con fecha 11 de febrero de 2014, ECONOCABLE presenta su Recurso de Reconsideración.
12. Mediante comunicación N° C.244-GG/2014, de fecha 17 de marzo de 2014, se requirió a ECONOCABLE que subsane su escrito de reconsideración al advertirse que carecía de firma de letrado, otorgándole para tal efecto, el plazo de 2 días hábiles.
13. Con fecha 24 de marzo de 2014, ECONOCABLE subsanó su escrito de reconsideración.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

1. El artículo 208° de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) establece lo siguiente:

“Artículo 208°.- Recurso de Reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación”. (Subrayado es nuestro)

2. ECONOCABLE interpone recurso de reconsideración dentro de los plazos legales, adjuntando como nueva prueba la copia del “Acta de Supervisión – Verificación del Plan de Cobertura al 1º, 2º, 3º, 4º y 5º año de la empresa ECONOCABLE MEDIA S.A.C. del servicio público de distribución de radiodifusión por cable en la modalidad de cable alámbrico u óptico” de fecha 25 de julio de 2013; y la copia de los PDT de las declaraciones de impuesto a la renta de los años 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012.
3. Al respecto, considera que esta instancia debe revocar la Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL, al evaluar los medios probatorios presentados, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:
 - i. Señala que la sanción administrativa es contradictoria con la Supervisión y Verificación del Cumplimiento del Plan de Cobertura, realizada el 19 de junio de 2013, contenido en el expediente de supervisión N° 00036-2013-

GG-GFS, en donde se señala que su representada ha cumplido con el Plan de Cobertura establecido en el Contrato de Concesión Única. Sobre el particular, adjunta copia del Acta de Supervisión S/N, que da cuenta de la verificación del cumplimiento de la Concesión para la prestación del servicio público de distribución de radiodifusión por cable.

- ii. La sanción impuesta vulnera el principio de inmediatez del procedimiento sancionador, en tanto se efectúa luego de cinco (5) años de implementación del Plan de Cobertura (2006); por tanto, habría operado la prescripción administrativa, en virtud al artículo 233.3º de la LPAG.
 - iii. La resolución impugnada contraviene el ordenamiento jurídico vigente al señalar que cualquier incumplimiento de información requerida por el OSIPTEL a los concesionarios sea sancionable de forma desproporcional.
 - iv. La sanción impuesta a su representada tiene naturaleza confiscatoria toda vez que excede el 10% de los ingresos brutos de su representada en el año 2012. Asimismo señala que la graduación de la multa impuesta no cumple con los criterios establecidos en el artículo 230º de la LPAG; sobre todo en lo que concierne a la capacidad económica por parte de ECONOCABLE, para cubrir el monto de 51 UIT; a tal efecto, presenta copia de las PDT de sus declaraciones de impuesto a la renta. En ese sentido, la resolución impugnada carece de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad; asimismo, vulnera el debido procedimiento. Por ello solicita se declare la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL.
4. Conforme se aprecia del artículo 208º de la LPAG, la interposición del recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba, es decir, es el recurso que puede interponer el administrado ante la misma autoridad emisora de una decisión controvertida, a fin de que evalúe la nueva prueba aportada, y por acto de contrario imperio, proceda a modificarlo o revocarlo. Asimismo, se debe tener en cuenta que la exigencia de nueva prueba para interponer un recurso de reconsideración está referida a la presentación de un nuevo medio probatorio, que justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de alguno de los puntos materia de controversia¹.
5. Sobre la procedencia de un recurso de reconsideración, MORÓN URBINA² señala lo siguiente:

Para habilitar la posibilidad del cambio de criterio, la ley exige que se presente a la autoridad un hecho tangible y no evaluado con anterioridad, que amerite la reconsideración. Esto nos conduce a la exigencia de la nueva prueba que debe aportar el recurrente, y ya no solo la prueba instrumental que delimitaba la norma anterior. Ahora cabe cualquier medio probatorio habilitado en el procedimiento. Pero a condición que sean nuevos, esto es, no resultan idóneos como nueva prueba, una nueva argumentación jurídica sobre los mismos hechos, (...)

¹ MORÓN Urbina, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Octava Edición. Diciembre, 2009. Páginas 612 y 614.

² MORÓN URBINA, Juan Carlos "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, Pág. 620.

(el subrayado es nuestro)

6. Es así que no resulta pertinente para la evaluación del presente recurso de reconsideración, el pronunciamiento respecto de los argumentos planteados en el numeral iii); a través del cual ECONOCABLE plantea cuestiones de puro derecho – sin que las mismas se sustenten en una nueva prueba- ; razón por la cual en aplicación del artículo 208° de la LPAG, no procede emitir pronunciamiento en esta instancia.
7. De acuerdo a ello, considerando que conforme lo dispone la LPAG, el recurso de reconsideración exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, y que la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un recurso de apelación, esta instancia emitirá únicamente pronunciamiento sobre los argumentos expuestos en los numeral i., ii., y iv., en relación a las nuevas pruebas que sustentarían su recurso de reconsideración.

III. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. El presente PAS se inició contra ECONOCABLE al imputársele el incumplimiento de lo dispuesto por el literal a) del artículo 11°³ del RGIS, tipificado en el artículo 12°⁴ del mismo cuerpo normativo.

Al respecto, el artículo 11° del RGIS disponía lo siguiente:

“Artículo 11.- Considérase, a efectos de las infracciones previstas en el presente Capítulo, que la entrega de información por la empresa es obligatoria sólo si:

- a. Se ha emitido un requerimiento escrito por OSIPTEL que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida. Dicho requerimiento deberá incluir el plazo perentorio para la entrega de la información; o,

(...)” (subrayado nuestro)

Por su parte el artículo 12° del RGIS disponía lo siguiente:

“Artículo 12°.- La empresa que incumpla con la entrega de información obligatoria incurrirá en infracción grave.”

³ Actualmente recogido en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones Resolución (RFIS) aprobado con Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD-OSIPTEL, que establece lo siguiente:

“La Empresa Operadora que, dentro del plazo establecido, incumpla con la entrega de información o entregue información incompleta, incurrirá en infracción grave, siempre que:

- a. Se hubiere emitido un requerimiento escrito por el OSIPTEL que indique la calificación de obligatoria de la entrega de la información requerida, incluyendo el plazo perentorio para su entrega;
- b. El OSIPTEL hubiere establecido requerimientos de información específica, de manera periódica o no, con indicación de plazos, contenidos en procedimientos de supervisión o en resoluciones o mandatos de OSIPTEL;
- c. Se tratase de información prevista en su contrato de concesión; o,
- d. Se tratase de información cuya entrega se encuentre prevista en alguna disposición normativa vinculada a la actuación del OSIPTEL.” (el subrayado es nuestro)

⁴ Actualmente recogido en el artículo 7° del RFIS.

2. En esta línea, el artículo 12° del RGIS establece que el incumplimiento de información OBLIGATORIA constituye infracción grave. A su vez, el artículo 11° del mismo cuerpo normativo determina cuándo nos encontramos ante una “información obligatoria”, para lo cual establece las siguientes características: i) la existencia de un requerimiento por escrito; ii) que dicho requerimiento sea calificado de obligatorio y iii) la inclusión de un plazo perentorio para su cumplimiento.
3. A efectos de determinar si en el presente caso nos encontramos ante el incumplimiento de una información obligatoria es preciso analizar los requerimientos formulados por la GFS.
4. Así, se tiene que el 26 de octubre de 2012, se notificó la carta N° C.1640-GFS/2012, mediante la cual la GFS solicitó a ECONOCABLE la presentación de los informes de avance del Plan de Cobertura del 1° al 5° año, otorgándole a tal efecto un plazo de cinco (5) días hábiles⁵. Posteriormente, el 8 de noviembre de 2012, se notificó la carta N° 1713-GFS/2012, reiterando la solicitud de entrega de información, otorgándole un plazo de cuatro (4) días hábiles⁶.
5. Ante la reiterada conducta de la Empresa Operadora de no entregar la información solicitada, se impone una MEDIDA PREVENTIVA mediante Carta N° C.1773-GFS/2012, notificada el 26 de noviembre de 2012, en donde advierte a ECONOCABLE que de persistir en su incumplimiento se dará inicio a las acciones que correspondan, de conformidad con lo dispuesto por el RGIS. Asimismo, se solicitó la remisión de la información pendiente de entregar de manera obligatoria y perentoria en el plazo de seis (6) días hábiles.
6. Tal como se puede apreciar, el pedido de información solicitado por la GFS calza con lo establecido como “información obligatoria” en tanto fue solicitado por escrito, calificando el requerimiento de obligatorio y otorgando un plazo perentorio para su cumplimiento.

N°	Comunicación	Fecha	Pedido	Plazo Otorgado
1	C.1640-GFS/2012	26-10-12	Presentar Informes de Avance de Plan de Cobertura	5 días hábiles
2	C.1713-GFS/2012	08-11-12	Reitera pedido de entrega de información	4 días hábiles
3	C.1773-GFS/2012	26-11-12	Reitera pedido e impone Medida Preventiva	6 días hábiles

7. A fin de acreditar que ha cumplido con lo establecido en el artículo 11° del RGIS, ECONOCABLE adjunta como nueva prueba el Informe S/N de la GFS, que demostraría que sí cumplió con el Plan de Cobertura establecido en su Contrato de Concesión Única. Máxime si mediante Carta N° c.1169-GFS/2013 de fecha 25 de julio de 2013, se le indica que se ha verificado el cumplimiento de las obligaciones contractuales del Plan de Cobertura.

⁵ En la referida Carta se hace referencia que la información solicitada tiene carácter de obligatoria (a fojas 3 del Expediente de Supervisión N° 00036-2013-GG-GFS)

⁶ En la referida Carta se hace referencia que la información solicitada tiene el carácter de obligatoria y el plazo otorgado es perentorio (a fojas 4 del Expediente de Supervisión N° 00036-2013-GG-GFS)

8. Es preciso subrayar que una nueva prueba será idónea y pertinente en la medida que guarde relación directa con el objeto de las pretensiones formuladas a través del recurso de reconsideración y se trate de un medio probatorio no evaluado con anterioridad; es decir que sea nueva. En el presente caso, el Informe de la GFS presentado como nueva prueba, obra en el expediente de supervisión, por tanto no reúne las características para ser tomada en cuenta como nueva prueba.
9. Sin perjuicio de lo anterior, se aprecia que la documentación señalada en el considerando precedente no constituye medio probatorio idóneo que permita desvirtuar los hechos observados y analizados en la resolución impugnada, toda vez el referido informe – presentado como nueva prueba -, versa sobre el cumplimiento del Plan de Cobertura de ECONOCABLE, y el PAS materia de sanción se refiere al incumplimiento de entrega de información obligatoria (artículo 12º del RGIS); en ese sentido, el informe presentado no guarda relación directa con el incumplimiento objeto de sanción del presente PAS.
10. En efecto, el hecho que la empresa haya cumplido con su Plan de Cobertura no se relaciona con el incumplimiento materia del presente PAS, en tanto es una obligación que está obligado a realizar de acuerdo a su contrato de concesión; por tanto dicho medio probatorio es inconducente para acreditar que ECONOCABLE cumplió con la entrega de información obligatoria en el plazo establecido, pese a los continuos requerimientos por parte del OSIPTEL.
11. En lo concerniente a numeral ii), ECONOCABLE indica que la facultad de OSIPTEL para determinar la existencia de infracciones administrativas habría prescrito puesto que se estaría exigiendo la entrega de Planes de Cobertura de hace cinco (5) años.
12. Sobre el particular, es preciso recalcar que la infracción materia del presente PAS es la falta de entrega de información obligatoria requerida mediante Carta N° C.1773-GFS/2012, notificada el 26 de noviembre de 2012.
13. En ese orden de ideas, la infracción materia del presente PAS, tipificada como grave, se configuró al vencimiento del plazo para presentar la información obligatoria requerida por OSIPTEL, es decir el 04 de diciembre de 2012. Por ello, y toda vez que el artículo 31º de la Ley N° 27336 – Ley de Desarrollo de Facultades y Funciones del OSIPTEL (LDFF) señala que la facultad del OSIPTEL para la imposición de sanciones administrativas para el caso de las infracciones graves prescribe a los (3) tres años, lo sustentado por ECONOCABLE debe desestimarse en este extremo.
14. Respecto al numeral iv), ECONOCABLE manifiesta que la multa impuesta es confiscatoria en tanto sobrepasa el 10% de sus ingresos brutos del año 2012. A tal efecto, presenta como nueva prueba copia de los PDT de declaración de impuesto a la renta del año 2012.
15. Sobre el particular, existe una confusión por parte de la empresa operadora entre los conceptos denominados “utilidad neta” e “ingresos brutos”. Hecha esta salvedad, es preciso analizar el artículo 25º de la LDFF, que especifica: *“las multas que se establezcan no podrán exceder del 10% (diez por ciento) de los*

ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión”.

16. De acuerdo al párrafo precedente, se tiene que la norma glosada especifica que el parámetro para el cálculo de la multa son los ingresos brutos y no las utilidades netas, tal como pretende ECONOCABLE. En ese sentido, y toda vez que de su declaración de impuesto a la renta del año 2012, la empresa operadora declaró como ingresos brutos la cantidad de dos millones doscientos cuarenta mil trescientos setenta nuevos soles (S/. 2'240,370.00), la multa impuesta cumpliría con lo establecido por el artículo 25° de la LDFF. Por lo que debe desestimarse lo argumentado por la empresa operadora en este extremo.
17. En tal sentido, de la revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta que, las pruebas ofrecidas por ECONOCABLE, no desvirtúan los fundamentos que sustentaron la expedición de la Resolución de Gerencia General impugnada, corresponde declarar infundado el recurso de reconsideración presentado por la referida empresa, y en consecuencia confirmar la Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL.
18. Adicionalmente, es pertinente indicar que la Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL impugnada ha cumplido con acreditar hechos constitutivos de la infracción a partir de las acciones de supervisión realizadas y de la información proporcionada por la propia ECONOCABLE, quedando demostrado el hecho típico previsto en el artículo 12° del RGIS, cumpliendo con los requisitos de validez contemplados en el artículo 3 de la LPAG.

POR LO EXPUESTO, de conformidad con la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por **ECONOCABLE MEDIA S.A.C.**, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia General N° 055-2014-GG/OSIPTEL de fecha 21 de enero de 2014, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa ECONOCABLE MEDIA S.A.C.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General