



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 388-2014-GG/OSIPTEL

Lima, 03 de junio de 2014

EXPEDIENTE N°	:	00068-2013-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.

VISTO: El Recurso de Reconsideración presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. (TELEFÓNICA MULTIMEDIA) de fecha 30 de abril de 2014 contra la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante carta C.1640-GFS/2013, obrante en el expediente N° 00039-2013-GG-GFS/PAS, notificada el 23 de octubre de 2013, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (GFS) comunicó a TELEFÓNICA MULTIMEDIA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador por el presunto incumplimiento de los artículos 44⁰¹, 48⁰² y 49⁰³ del TUO de las Condiciones de Uso en el primer trimestre del 2012; asimismo, por el presunto incumplimiento del artículo 7° del Reglamento de Fiscalización y Supervisión (RFIS), otorgándole un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por escrito.
2. A través de la carta DR-107-C-1583/DF-13, recibida el 19 de diciembre de 2013, TELEFÓNICA MULTIMEDIA presentó sus descargos.
3. Con fecha 21 de enero de 2014, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de análisis de descargos N° 081-GFS/2014, en donde se concluye que dicha empresa operadora habría incurrido en las infracciones tipificadas en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44°, 48° y 49° de la misma norma; así como en la infracción tipificada en el artículo 7° del RFIS.
4. Con Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL, notificada el 09 de abril de 2014, se sancionó a TELEFÓNICA MULTIMEDIA con una (01) multa de cincuenta y uno (51) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del RFIS; y con una (01) multa de treinta y cinco (35) UIT por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 44° de la misma norma, por no prestar de manera continua e ininterrumpida el servicio de radiodifusión por cable respecto de mil quinientos veintiséis (1526) tickets. Asimismo, se le impuso una amonestación, al haber incumplido con la obligación establecida en el artículo 48° del TUO de las Condiciones de Uso. Finalmente se le impuso una (01) multa de cinco (05) UIT al

¹ Mil quinientos cincuenta y siete (1557) tickets.

² Ocho (8) tickets.

³ Setenta y nueve (79) tickets.

haber incumplido con la obligación contenida en el artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

5. Con escrito presentado con fecha 30 de abril de 2014, TELEFÓNICA MULTIMEDIA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL.

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”. (Sin subrayado en el original)

2. TELEFÓNICA MULTIMEDIA interpuso recurso de reconsideración dentro de los plazos legales, adjuntando como nueva prueba la Comunicación C.748-GFS/2014, de fecha 10 de abril de 2014.
3. Al respecto, considera que esta instancia debe revocar la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:
 - i. No existen parámetros objetivos para determinar cuándo una interrupción es sancionable de acuerdo al artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que el Principio de Continuidad no significa permanencia ni perfección del servicio sino regularidad.
 - ii. Se estaría vulnerando el Principio de Tipicidad, en tanto que el artículo 44° del TUO de las Condiciones de Uso no recoge con precisión suficiente la conducta infractora.
 - iii. La resolución impugnada vulnera el Principio de Legalidad al atribuirle una consecuencia jurídica no prevista por la normativa. Alega que se ha efectuado una interpretación incorrecta de las consecuencias jurídicas que derivan del presunto incumplimiento del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso; toda vez que éstas no se subsumen en lo previsto en el artículo 44° de dicha norma. Sobre el particular, adjunta como nueva prueba, la Comunicación C.748-GFS/2014, de fecha 10 de abril de 2014; mediante el cual, a decir de la empresa operadora, recién se puso en conocimiento de su representada la información que el OSIPTEL considera pertinente exigir a las empresas operadoras para efectos de evaluar la diligencia en los supuestos previstos en el artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso.
 - iv. La Resolución impugnada ha vulnerado el Principio de Verdad Material toda vez que, en el hipotético supuesto que la documentación presentada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA no resultaba suficiente, el OSIPTEL debió comunicarlo oportunamente con la finalidad de no ver perjudicado su derecho de defensa.

- v. Se debió aplicar el Principio de Predictibilidad y considerar la “Constatación Policial” como medio probatorio válido y archivar las interrupciones homologadas en las siguientes causas: “Falla del proveedor de energía eléctrica” y “Daños/Vandalismo”.
 - vi. La Resolución impugnada contraviene el ordenamiento al señalar que la Empresa Operadora se encuentra obligada a probar la licitud de su conducta (presunción de licitud).
 - vii. Respecto al incumplimiento del artículo 48º del TUO de las Condiciones de Uso, si bien reconocen la comisión de la infracción, se debió observar el Principio de Razonabilidad toda vez que incumplieron sólo en el 12% de los casos.
 - viii. La sanción impuesta por el supuesto incumplimiento del artículo 7º del RFIS, vulnera el Principio de Razonabilidad, considerando que el OSIPTEL le impuso plazos reducidos para la presentación de la información y no ha demostrado cuál es la información faltante. Asimismo, se le imputa el no remitir información de abonados de manera completa no obstante en la misma resolución impugnada se hace referencia que su representada cumplió parcialmente su obligación. En ese sentido, se habría vulnerado el deber de motivación.
 - ix. La ejecución de la resolución impugnada debe ser suspendida por ser objetivamente nula.
4. Conforme se aprecia del artículo 208º de la LPAG, el recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de 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 controversia⁽⁴⁾.
 5. Sobre la procedencia de un recurso de reconsideración, MORÓN URBINA⁽⁵⁾ 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. (...) (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 los numerales i., ii., iv., v., vi., vii., y viii; a través de los cuales TELEFÓNICA

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos: Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. Octava Edición. Diciembre, 2009. Páginas 612 y 614.

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, Novena Edición, Lima, 2011, Pág. 620.

MULTIMEDIA cuestiona con argumentos de derecho⁽⁶⁾ y sin referirse a nueva prueba, el pronunciamiento de la Gerencia General en la resolución impugnada N° 251-2014-GG/OSIPTEL y reitera los fundamentos expuestos en sus descargos que fueron materia de análisis al emitirse la mencionada resolución, y en la cual se concluyó el incumplimiento de lo establecido en los artículos 44° , 48° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso, así como la comisión de la infracción tipificada en el artículo 7° del RFIS.

7. De otro lado, respecto a la nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL planteada en el numeral ix., corresponde tener en cuenta que de acuerdo lo dispuesto por el numeral 2 del artículo 11⁽⁷⁾ de la LPAG, la nulidad debe ser declarada por el superior jerárquico, siendo así no corresponde a esta instancia emitir pronunciamiento en vía de reconsideración respecto a la mencionada solicitud.
8. En consecuencia, 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 el numeral iii., en relación a la nueva prueba que sustentaría su recurso de reconsideración.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

- 1 El presente PAS se inició contra TELEFÓNICA MULTIMEDIA al imputársele el incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 44°, 48° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso, así como la comisión de la infracción prevista por el artículo 7° del RFIS.
- 2 De acuerdo a la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL impugnada, la empresa TELEFÓNICA MULTIMEDIA trasgredió lo establecido por el artículo 44°, 48° y 49° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a la obligación de prestar sus servicios de manera continua e ininterrumpida en su servicio de radiodifusión por cable; la obligación de comunicar al OSIPTEL la ocurrencia de interrupciones y trabajos de mantenimiento o mejora tecnológica dentro de los plazos establecidos; y, la obligación de comunicar y/o acreditar las interrupciones reportadas como caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de su control. Asimismo, trasgredió lo establecido por el artículo 7° del RFIS al haber entregado al OSIPTEL información incompleta que fuera solicitada con carácter obligatorio.

⁶ Cabe señalar que conforme lo dispone el artículo 209° de la LPAG, corresponde a un recurso de apelación la impugnación que se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.

⁷ **Artículo 11°.- Instancia competente para declarar la nulidad**
(...)

11.2 La nulidad será conocida y declarada por la autoridad superior de quien dictó el acto. Si se tratara de un acto dictado por una autoridad que no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad se declarará por resolución de la misma autoridad.(...)

- 3 Como se ha indicado previamente, TELEFÓNICA MULTIMEDIA ha alcanzado nueva prueba únicamente respecto a la información que el OSIPTEL considera pertinente exigir a las empresas operadoras para efectos de evaluar la diligencia en los supuestos previstos en el artículo 49º del TUE de las Condiciones de Uso, contenida en la Comunicación C.748-GFS/2014, de fecha 10 de abril de 2014.
- 4 Sobre el particular, TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que el ordenamiento no contempla una relación expresa de la documentación y medios probatorios que las empresas operadoras deben presentar para que el OSIPTEL evalúe la existencia o no de una conducta diligente en los supuestos de interrupciones por circunstancias fuera de su control (artículo 49º del TUE de las Condiciones de Uso) y que recién, con la notificación de la Comunicación C.748-GFS/2014, del 10 de abril de 2014, la empresa operadora toma conocimiento de la información que el regulador considera pertinente a efectos de evaluar la diligencia debida.
- 5 Al respecto, se aprecia que la nueva prueba indicada en el considerando precedente está relacionada a la solicitud de información referida a interrupciones ocurridas en los servicios públicos durante el 1er trimestre del año 2013; no obstante que este Organismo Regulador, mediante Comunicaciones C.118-GFS/2008, C.385-GFS/2013 y C.617-GFS/2013, notificadas el 07 de febrero de 2008, 20 de marzo y 29 de abril de 2013, respectivamente, puso en conocimiento de la empresa operadora la documentación requerida a efectos de evaluar su diligencia.
- 6 En efecto, en las Cartas señaladas precedentemente, la GFS comunicó a TELEFÓNICA MULTIMEDIA que *“en caso de interrupción del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida (...), es por ello, que de lo señalado e independientemente de la ocurrencia o no de una causa que exima de responsabilidad a la empresa; corresponde el análisis de la diligencia de su representada por los eventos reportados durante el periodo indicado”*, para lo cual el OSIPTEL le indicó una serie de documentos a remitir, tanto en el caso de “Daños/Vandalismo”, como por “Falla del proveedor de energía eléctrica”; documentos que no fueron remitidos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA durante el procedimiento sancionador y que sirvieron de sustento de la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL.
- 7 Ahora bien, el artículo 49º de las Condiciones de Uso, exige a las empresas operadoras proceder con la diligencia debida, es decir, una vez suscitado el evento, deben acreditar que éste constituye un caso fortuito, fuerza mayor u otro fuera de su control, así como las medidas empleadas para minimizar los efectos que se pudieran generar así como la reposición del servicio, sin que esto constituya una afectación a los usuarios.
- 8 Lo expuesto en el párrafo anterior no es novedoso para TELEFÓNICA MULTIMEDIA, en vista que así se encuentra expresamente establecido en la Exposición de Motivos de la Resolución N° 084-2006-CD/OSIPTEL, tal como se detalla a continuación:

“Es importante mencionar que se ha dispuesto de manera expresa que, en caso la empresa operadora no diera cumplimiento a su obligación de comunicar y acreditar a

OSIPTEL aquellos eventos que sean consecuencia de caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora; o, no presentara el cronograma y plan de trabajo para reponer el servicio, dentro de los plazos establecidos en el presente artículo, la interrupción del servicio que se genere como consecuencia de dichos eventos será considerada como imputable a la empresa operadora, debiendo efectuar las correspondientes devoluciones o compensaciones a sus abonados, resultando aplicable para tales efectos, lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 37 de las Condiciones de Uso.

Dicha consecuencia será igualmente aplicable en los casos en los que aun habiendo comunicado tales eventos a OSIPTEL de conformidad con el numeral (i) del artículo 39, este Organismo determinase que la acreditación adjunta a ésta última es incompleta o carece de algún elemento determinante para crear convicción sobre la naturaleza jurídica de dichos eventos (acreditación defectuosa); o cuando aun habiendo acreditado la ocurrencia de tales eventos, dicha acreditación resulta insuficiente para que los mismos puedan ser calificados como producto de una causa no imputable a la empresa operadora (acreditación insuficiente). Del mismo modo, en caso la presentación del cronograma o plan de trabajo de la empresa operadora no resulte razonable y proporcional para la reparación y reposición del servicio interrumpido, OSIPTEL determinará como improcedente el mismo, resultando aplicable lo dispuesto en los artículos 35, 36 y 37 de las Condiciones de Uso.”

(Énfasis agregado)

- 9 En consecuencia, como concesionario para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, se espera que TELEFÓNICA MULTIMEDIA adopte suficientes medidas para dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultan exigibles, y que, en cualquier caso, el desvío de dicho cumplimiento obedezca a razones justificadas, esto es, que se encuentren fuera de su posibilidad de control.
- 10 En ese sentido, no es posible considerar que la carta C.748-GFS/2014, justifique la revisión del análisis ya efectuado acerca de los puntos materia de controversia, ya que no existen nuevos hechos presentados ni se encuentran nuevos elementos de juicio al respecto.
- 11 Es pertinente tener en cuenta el numeral 162.2 del artículo 162° de la LPAG, según el cual se establece que “*corresponde a los administrados aportar pruebas mediante la presentación de documentos e informes, proponer pericias, testimonios, inspecciones y demás diligencias permitidas o aducir alegaciones*”; con lo cual, resulta de interés de la propia empresa operadora desvirtuar los argumentos que sustentan la sanción impuesta.
- 12 En tal sentido, de la revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta que, la prueba ofrecida por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, no desvirtúa 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° 251-2014-GG/OSIPTEL.
- 13 Adicionalmente, es pertinente indicar que la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-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 TELEFÓNICA MULTIMEDIA, quedando demostrado el hecho típico previsto en el artículo 2° del anexo 5 del

TUO de las Condiciones de Uso, y en el artículo 7° del RFIS, cumpliendo con los requisitos de validez contemplados en el artículo 3 de la LPAG.

IV. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS

1. TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicita en el tercer otrosí de su recurso de reconsideración, la suspensión de los efectos de la Resolución impugnada, en aplicación a lo dispuesto en el literal b) del artículo 216° de la LPAG.
2. Sin perjuicio de lo señalado en el numeral 7) del punto II) de la presente Resolución, esta instancia considera pertinente pronunciarse respecto a la suspensión de efectos de la Resolución impugnada.
3. Sobre el particular, el literal d) del artículo 27° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (LDFF), Ley N° 27336, establece que los medios impugnatorios suspenderán únicamente el cobro de la multa impuesta.
4. Considerando que los artículos 1°, 2° y 4° de la resolución impugnada imponen a TELEFÓNICA MULTIMEDIA sanciones pecuniarias, el cobro de las mismas queda suspendido en atención a lo dispuesto en el artículo 27° de la LDFF, por lo que corresponde declarar procedente la solicitud aludida.

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 **TELEFÓNICA MULTIMEDIA**, en consecuencia, **CONFIRMAR** la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL de fecha 09 de abril de 2014, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°.- Declarar procedente la solicitud de suspensión de los efectos de los artículos 1°, 2° y 4° de la Resolución de Gerencia General N° 251-2014-GG/OSIPTEL de fecha 09 de abril de 2014, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA MULTIMEDIA.

Regístrese y comuníquese.

JORGE ANTONIO APOLONI QUISPE
Gerente General