

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL
N° 00560-2016-GG/OSIPTEL

Lima, 9 de diciembre de 2016

EXPEDIENTE N°	:	00087-2015-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) con fecha 18 de agosto de 2016, contra la Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTEL;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

- Mediante el Informe de Supervisión N° 1306-GFS/2015 (Informe de Supervisión) de fecha 18 de diciembre de 2015, contenido en el expediente de supervisión N° 350-2013-GG-GFS, se analizó el cumplimiento de la obligación por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de efectuar las devoluciones a sus abonados afectados por las interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones ocurridas en el año 2011, concluyéndose lo siguiente:

(...)

V. CONCLUSIONES

- En cumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, en el presente informe se verificó las devoluciones de cinco mil setecientos sesenta y dos (5.762) tickets, por interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones ocurridas durante el año 2011.*
- Telefónica Multimedia S.A.C. no ha cumplido lo dispuesto en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, toda vez que no ha cumplido con realizar las devoluciones por cinco mil setecientos sesenta y dos (5.762) tickets, que afectaron a un millón ochocientos treinta y tres mil doscientos nueve (1.833.209) de servicios y cuyo monto a devolver es S/ 1.626.248,23 (aún sin intereses). La referida conducta constituye una infracción tipificada como leve de acuerdo a lo establecido en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL, por lo que corresponde iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador en este extremo.*
- Telefónica Multimedia S.A.C. al no haber entregado dentro del plazo perentorio la información solicitada con carácter de obligatorio, mediante la carta N° C.1427-GFS/2014, y considerando que la referida conducta constituye una infracción tipificada como grave en el artículo 7°¹ del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, corresponde iniciar un Procedimiento Administrativo Sancionador en este extremo.*

(...)

¹ **Artículo 7°.-** La empresa 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 plazo perentorio para su entrega.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Comisión Supervisora
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

2. Mediante carta N° C.2395-GFS/2015 notificada el 21 de diciembre de 2015 (Comunicación de cargos), se comunicó a TELEFÓNICA MULTIMEDIA el inicio del PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (TUO las Condiciones de Uso) aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL, por cuanto de acuerdo a lo concluido en el Informe de Supervisión, habría incumplido lo dispuesto en el artículo 45° de dicha norma; así como lo dispuesto en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.
3. A través de la carta N° TMM-AR-GGR-0028-16 recibida el 17 de febrero de 2016, TELEFÓNICA MULTIMEDIA presentó sus descargos (Descargos 1).
4. Mediante carta N° C. 00825-GFS/2016 notificada el 12 de abril de 2016, la GFS efectuó una precisión en relación a la norma aplicable a las devoluciones o compensaciones que corresponde efectuar a TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
5. A través de la carta N° TMM-AG-GGR-0059-16, recibida el 13 de abril de 2016, TELEFÓNICA MULTIMEDIA amplió sus descargos (Descargos 2).
6. A través de la carta TMM-AG-GGR-0062-16 recibida el 19 de abril de 2016, TELEFÓNICA MULTIMEDIA se pronunció en relación a la comunicación N° C.00825- GFS/2016, solicitando la prescripción de la facultad sancionadora.
7. Con fecha 29 de abril de 2016, la GFS emitió el Informe N° 00301-GFS/2016, a través de la cual analizó la información presentada por TELEFÓNICA MULTIMEDIA mediante carta TMM-AG-GGR-0059-161, respecto de las devoluciones correspondientes a las interrupciones ocurridas durante el periodo 2007-2014.
8. Con fecha 16 de mayo de 2016, la GFS remitió a la Gerencia General su Informe de Análisis de Descargos N° 00367-GFS/2016 (Informe de Análisis de Descargos).
9. Mediante comunicaciones N° TMM-AG-GGR-0081-16 y N° TMM-AG-GGR-0087-16 presentadas el 16 de mayo de 2016, TELEFÓNICA MULTIMEDIA solicitó exponer sus argumentos y fundamentos adicionales en relación a los expedientes de sanción en trámite ante esta Instancia; concediéndose para tal efecto, un Informe Oral que se llevó a cabo el 20 de mayo de 2016.
10. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTEL, notificada el 26 de julio de 2016, se resolvió, entre otros, lo siguiente:

Artículo 1°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. con OCHENTA Y DOS (82) UIT, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2°.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C. con CINCUENTA (50) UIT, por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, aprobado mediante Resolución N° 138- 2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber incumplido con la obligación





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio Supervisor
de la Industria y Comercio en
Telecomunicaciones

OSIPTEL GG	FOLIOS 190
---------------	---------------

establecida en el artículo 45° de la referida norma, por no efectuar las devoluciones por interrupciones acaecidas en el año 2010, conforme a lo señalado en la parte considerativa de la presente resolución.

11. Mediante escrito presentado el 18 de agosto de 2016, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De acuerdo a lo dispuesto por el numeral 207.2 del artículo 207° de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), el plazo para interponer el recurso de reconsideración es de quince (15) días hábiles perentorios, contados desde el día siguiente de la notificación del acto impugnado.

Asimismo, conforme a lo señalado en el artículo 208° de la LPAG el recurso de reconsideración se interpone ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de impugnación y debe sustentarse en nueva prueba; adicionalmente, de acuerdo con el artículo 211° de la citada norma debe ser suscrito por letrado.

De la revisión del recurso de reconsideración presentado por la empresa operadora, se verifica que fue interpuesto dentro del plazo legal establecido y se encuentra debidamente autorizado por letrado.

TELEFÓNICA MULTIMEDIA considera que esta instancia debe revocar la Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTEL, teniendo en consideración los siguientes fundamentos:

- a) El artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, fue aplicado erróneamente en la resolución impugnada, puesto que únicamente debe aplicarse respecto de aquellas interrupciones por causas no atribuibles a los abonados o usuarios que se hayan producido y/o que se produzcan a partir del 02 de enero de 2015, y no durante el período sancionado por las interrupciones del año 2011.
- b) La orden de devolver o compensar los montos cobrados por el periodo de interrupciones del servicio materia de la resolución impugnada, no se generó con la emisión de la Cartas Nos. C.2095-GFS/2013, C. 327-GFS/2014, ni C. 1651-GFS/2014, notificadas el 27 de diciembre de 2013 y 18 de febrero y 07 de noviembre de 2014, respectivamente; las mismas que constituyen una reiteración del cumplimiento de una obligación que debió efectuarse dentro del plazo establecido en el artículo 31° de las Condiciones de Uso², aprobadas con Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL.
- c) Las medidas preventivas no constituyen actos administrativos, tal como ha sido reconocido por el OSIPTEL a través de las cartas C.513-GG/2012 y 1280-GFS/2012, emitidas en el trámite del Expediente N° 00383-2011-GG-GFS, las mismas que adjunta en calidad de **NUEVA PRUEBA**; precisando que la variación de dicho criterio a través de la resolución impugnada vulnera los Principios de Predictibilidad, Transparencia, Legalidad, Eficiencia y Efectividad, así como de Conducta Procedimental.

² Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Órgano Superior
de Gestión Pública en
Telecomunicaciones

- d) La infracción sancionada en el presente PAS se produjo a partir del día siguiente al vencimiento del plazo de dos (02) meses desde que fue detectado el pago indebido o en exceso por parte de los usuarios afectados por las interrupciones, de acuerdo a lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 31° de las Condiciones de Uso.
- e) La obligación de compensar o devolver únicamente se genera al momento en que se realiza el pago por adelantado por parte del usuario, para lo cual, la empresa operadora cuenta con un plazo máximo de dos (02) meses para cumplir con la referida obligación; e indica que lo argumentado ha sido recogido en la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2016-CD/OSIPTEL³, la cual adjunta como **NUEVA PRUEBA**.
- f) La infracción materia del presente PAS se entendía cometida al momento en que venció el plazo máximo para cumplir con la devolución o compensación a favor del abonado o usuario, por lo que la misma califica como una infracción instantánea, conforme se analiza en el Informe Legal N° 038-2016-BFU/RA, el cual se adjunta como **NUEVA PRUEBA**; y, similar posición ha sido sostenida en la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2016-CD/OSIPTEL. En ese sentido, no debió iniciarse el presente PAS, toda vez que prescribió la potestad sancionadora del OSIPTEL en relación al supuesto incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso.
- g) Se ha omitido efectuar un debido análisis de la aplicación de la norma en el tiempo, en la medida que se sanciona sobre la base de la aplicación retroactiva del texto modificado del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, para hechos que sucedieron en el año 2011, con anterioridad a tal modificación, vulnerándose los Principios de Irretroactividad y Legalidad.
- h) La resolución impugnada vulnera los Principios de Tipicidad, Causalidad, Verdad Material y Predictibilidad, en tanto se le ha imputado el supuesto de hecho y consecuencias de una norma que no se encontraba vigente; con lo cual, la norma que sustenta la sanción impuesta no contiene los elementos que componen la supuesta conducta trasgresora; no existe relación causal entre la empresa operadora y la conducta infractora; y no se adoptaron todas las medidas probatorias necesarias, aun cuando no fueron propuestas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA.
- i) Viene realizando las compensaciones de acuerdo con la norma aplicable en el momento en que se generó la obligación de restituir los pagos en exceso realizados por los abonados y usuarios afectados por las interrupciones del año 2011 (artículo 35° de las Condiciones de Uso), sin que la resolución impugnada haya tomado en cuenta dicha situación, vulnerando el Principio de Verdad Material y Principio de Conducta Procedimental.
- j) En aplicación del Principio de Razonabilidad, correspondería la revocación de la sanción impuesta en la Resolución de Gerencia General impugnada, pues con las compensaciones se cumple con la finalidad pública tutelada por la normativa aplicable.

³ Recaida en el Expediente N° 0031-2014-GG-GFS/PAS.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio de Transportes,
Terrestre y Aviación Civil
y Construcción

OSIPTEL	FOLIOS
GG	191

- k) La acción para exigir el cumplimiento de las devoluciones o compensaciones, por las interrupciones no atribuibles al abonado, también ha prescrito, considerando que la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones califica como una relación de consumo, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5. del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; con lo cual, el plazo de prescripción para recuperar el pago indebido o en exceso es de dos (02) años contados a partir de la fecha en que tuvo lugar el mismo, de conformidad con lo previsto por el artículo 99° de dicha norma.
- l) Envió diferentes comunicaciones sobre las acciones realizadas para dar cumplimiento a las devoluciones, cartas DR-107-C-2292/FA-14, TMM-AF-GTR-0196-15, TMM-AF-GTR-020-15 y TMM-AG-GTR-173-15, así como las precisiones sobre la base de abonados afectados y montos a compensar, realizadas a través de la comunicación TMM-AG-GGR-059-16, la misma que ha sido rechazada indebidamente sin la realización de actuaciones destinadas a corroborar sus afirmaciones; contrariando los Principios de Presunción de Veracidad, Debido Procedimiento, Verdad Material, Conducta Procedimental, Eficiencia y Efectividad, así como el Derecho de Petición Administrativa.
- m) En la medida en que no ejecutó las devoluciones en el plazo perentorio otorgado por la Carta C. 1427-GFS/2014, no le era exigible la entrega de información vinculada con las devoluciones o compensaciones efectuadas; e indica que presuponer que se habría generado la información requerida vulneraría el Principio de Tipicidad.
- n) No se encuentra en la obligación de conservar la información requerida por el OSIPTEL, considerando lo dispuesto en la Ley de Desarrollo y Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, correspondiendo revocar este extremo de la Resolución de Gerencia General impugnada, sobre la base del Principio de Razonabilidad y el numeral 10 del artículo 55° de la LPAG.
- o) Al evaluar los criterios que deben ser observados para la determinación de la sanción impuesta en la Resolución impugnada, se ha incumplido con la debida aplicación del Principio de Razonabilidad aplicable al ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, recogido en el artículo 230°, inciso 3 de la LPAG.
- p) La resolución impugnada carece de una debida motivación, al imponer una sanción administrativa que se justifica en afirmaciones sin sustento legal, vulnerando su derecho de defensa, así como el Principio de Verdad Material; y viciando de nulidad el procedimiento seguido por la GFS y, consecuentemente, la decisión emitida.

Cabe señalar que, conforme lo dispone la LPAG, el recurso de reconsideración exige la presentación de nueva prueba que justifique la revisión del análisis efectuado, y la impugnación cuyo sustento sea una diferente interpretación de las pruebas o cuestiones de puro derecho corresponde a un recurso de apelación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Sobre la procedencia de un recurso de reconsideración, MORÓN URBINA⁴ 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 administrativo. 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)

En esa misma línea, Juan Carlos Morón Urbina, considera que: *“(...) para nuestro legislador no cabe la posibilidad que la autoridad instructora pueda cambiar el sentido de su decisión, con sólo pedírselo, pues se estima que dentro de una línea de actuación responsable del instructor ha emitido la mejor decisión que a su criterio cabe en el caso en concreto y ha aplicado la regla jurídica que estima idónea. Por ello perdería seriedad pretender que pueda modificarlo con tan sólo un nuevo pedido o una nueva argumentación sobre los mismos hechos. 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 reconsideración (...)”⁵.*

Considerando lo indicado, esta instancia emitirá únicamente pronunciamiento respecto aquellos argumentos expuestos por TELEFÓNICA MULTIMEDIA que se encuentren respaldados en nuevas pruebas que sustentarán su recurso de reconsideración.

En consecuencia; no resulta pertinente para la evaluación del presente recurso de reconsideración, el pronunciamiento respecto de los argumentos planteados por dicha empresa operadora señalados en los literales a), b), d), g), h), i), j), k), l), m), n), o), y p); a través de los cuales ésta cuestiona con argumentos de derecho⁶ el pronunciamiento de la Gerencia General, a través de la resolución impugnada y reitera los fundamentos expuestos en sus descargos; o hace referencia a comunicaciones a las que hizo alusión en sus descargos correspondientes al presente PAS, como las cartas DR-107-C-2292/FA-14, TMM-AF-GTR-020-15 y TMM-AG-GTR-173-15 y TMM-AG-GGR-059-16; todo lo cual fue materia de análisis al emitirse la Resolución N° 315-2016-GG/OSIPTEL, y en la cual se concluyó el incumplimiento de lo establecido en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso y la configuración de la infracción prevista en el artículo 7° del RFIS.

Asimismo, no se emitirá pronunciamiento sobre el Informe Legal N° 038-2016-BFU/RA, calificado como nueva prueba por TELEFÓNICA MULTIMEDIA, sobre el cual se basa el argumento señalado en el literal f), ya que el mismo está referido a la interpretación de los alcances del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, argumento que ha sido desvirtuado en la resolución impugnada.

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, Gaceta Jurídica, 11va. Edición, Lima, 2015, Pág. 663-664.

⁵ Juan Carlos Morón Urbina. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”, 11va. Edición, Lima, Gaceta Jurídica. 2015, Pág. 663.

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.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
 telecomunicaciones

OSIPTEL GG	FOLIOS 192
---------------	---------------

En ese sentido, esta instancia emitirá únicamente pronunciamiento sobre los argumentos expuestos en los literales c) y e), por contener nueva prueba que sustentaría su recurso de reconsideración.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. Sobre el criterio establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2016-CD/OSIPTEL

TELEFÓNICA MULTIMEDIA señala que la obligación de compensar o devolver los montos cobrados correspondientes a las interrupciones en la prestación del servicio, únicamente se genera al momento en que se realiza el pago por adelantado por parte del usuario, para lo cual, las empresas operadoras cuentan con un plazo máximo de dos (02) meses para cumplir con la referida obligación (con independencia de tratarse del caso de interrupciones individuales o masivas).

Agrega que, en ese sentido, sólo podría considerarse que se exige un pronunciamiento expreso del OSIPTEL para que se genere la obligación de compensar o devolver en el supuesto en el cual TELEFÓNICA MULTIMEDIA hubiera desconocido o rechazado la calificación de dichas interrupciones como no atribuibles a la responsabilidad de los usuarios o abonados.

Respecto a lo argumentado se debe indicar que, en efecto, la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2016-CD/OSIPTEL, se ha pronunciado respecto al régimen de las devoluciones por la interrupción en la prestación del servicio regulado en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, indicando lo siguiente:

“Antes de entrar al análisis de fondo, cabe precisar que si bien el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso regula el régimen de las devoluciones generadas como consecuencia de interrupciones en la prestación del servicio, respecto a los plazos para efectuar las devoluciones, el citado artículo se remite a los plazos establecidos en el artículo 40°.

Ahora bien, de acuerdo al artículo 40° de la aludida norma, se presentan los siguientes escenarios:

- (i) Devoluciones que no son expresamente ordenadas por el OSIPTEL, pero que las empresas operadoras se encuentran obligadas de acuerdo a la normativa.*
- (ii) Devoluciones que son expresamente ordenadas por el OSIPTEL, a través de una comunicación o acto administrativo.*

Respecto al escenario (i), la empresa operadora debe efectuar las devoluciones a más tardar en el recibo correspondiente al segundo ciclo de facturación inmediato posterior de haberse detectado el pago indebido o en exceso, o en caso no sea posible la devolución a través del recibo de servicio, en el plazo de dos (2) meses.

Respecto al escenario (ii), considerando que el artículo 40° del TUO de las Condiciones de Uso establece que las devoluciones masivas ordenadas por el OSIPTEL se realizarán de acuerdo a lo determinado en la correspondiente comunicación o acto administrativo que ordene dicha devolución, el cómputo del plazo se realizará conforme a los plazos establecidos en el documento respectivo.

Cabe indicar que, de acuerdo a la normativa vigente al 30 de septiembre de 2015, se puede advertir que cuando la empresa operadora cuestione la responsabilidad de la interrupción o cuando el evento que origine la interrupción se debió a un evento de caso





fortuito, fuerza mayor u otra circunstancia fuera de control de la empresa operadora, considerando que la empresa operadora debe acreditar el hecho y su actuación diligente, el cómputo del plazo se inicia a partir de la notificación de la resolución firme o que causa estado, donde se establezca la responsabilidad de la empresa operadora ante las interrupciones y se ordene las devoluciones. (...)"

En este caso en particular, contrario a lo señalado por la empresa operadora, la responsabilidad por las interrupciones en durante el año 2011, se fueron declaradas por el OSIPTEL, como se detalla a continuación:

- a. Mediante la Resolución N° 100-2013-CD/OSIPTEL⁷, quedó firme en sede administrativa la sanción impuesta a TELEFÓNICA MULTIMEDIA a través de la Resolución N° 207-2013-GG/OSIPTEL, confirmada por la Resolución N° 446-2013-GG/OSIPTEL, por las interrupciones reportadas mediante mil ochocientos cuarenta y cinco (1.845) tickets, correspondientes al primer trimestre del año 2011.
- b. Mediante la Resolución N° 130-2013-CD/OSIPTEL⁸, quedó firme en sede administrativa la sanción impuesta a TELEFÓNICA MULTIMEDIA a través de la Resolución N° 429-2013-GG/OSIPTEL, confirmada por la Resolución N° 649-2013-GG/OSIPTEL, por las interrupciones reportadas mediante mil doscientos veintitrés (1.223) tickets pertenecientes al segundo trimestre del año 2011.
- c. Mediante la Resolución N° 811-2013-GG/OSIPTEL⁹, confirmada por la Resolución N° 956-2013-GG/OSIPTEL, se sancionó a TELEFÓNICA MULTIMEDIA por las interrupciones reportadas mediante mil cuatrocientos treinta y tres (1.433) tickets pertenecientes al tercer trimestre del año 2011.
- d. Mediante la Resolución N° 47-2014-CD/OSIPTEL¹⁰, quedó firme en sede administrativa la sanción impuesta a TELEFÓNICA MULTIMEDIA a través de la Resolución N° 959-2013-GG/OSIPTEL, confirmada por la Resolución N° 71-2014-GG/OSIPTEL, por las interrupciones reportadas mediante mil doscientos sesenta y uno (1.261) tickets pertenecientes al cuarto trimestre del año 2011.

En las citadas resoluciones, se emitieron los pronunciamientos correspondientes respecto a la responsabilidad de TELEFÓNICA MULTIMEDIA por las interrupciones en la prestación del servicio, sin embargo, la orden de efectuar las devoluciones se realizó a través de las siguientes comunicaciones:

a. Interrupciones del primer y segundo trimestre del 2011

Mediante la carta N° 2095-GFS/2013, notificada el 27 de diciembre de 2013, se otorgó a TELEFÓNICA el plazo máximo de tres (3) meses para que efectúe las devoluciones correspondientes a las interrupciones en la prestación de los servicios en el primer y segundo trimestre del año 2011, de acuerdo al vigente artículo 45° del TZO de las Condiciones de Uso. Dicho plazo venció el 27 de marzo de 2014.

⁷ Expediente N° 00068-2012-GG-GFS/PAS

⁸ Expediente N° 00104-2012-GG-GFS/PAS

⁹ Expediente N° 00013-2013-GG-GFS/PAS

¹⁰ Expediente N° 00019-2013-GG-GFS/PAS





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Servicios Públicos

OSIPTEL GG	FOLIOS 193
---------------	---------------

Por carta N° DR-107-C-0171/FA-14, recibida el 10 de febrero de 2014, TELEFÓNICA presentó un cronograma de devoluciones por las interrupciones del primer y segundo trimestre del año 2011, en el cual indica que efectuaría las devoluciones entre el 15 de abril y el 15 de mayo de 2014.

A través de la carta N° 327-GFS/2014, notificada el 18 de febrero de 2014, se comunicó a TELEFÓNICA que a pesar de que el cronograma presentado mediante la carta N° DR- 107-C-0171/FA-14, excedía ampliamente el plazo de tres (3) meses otorgado mediante la carta N° 2095-GFS/2013 para efectuar las mencionadas devoluciones; el cronograma era aprobado, estableciéndose que los plazos fijados en el mismo por la empresa operadora, deberán ser considerados como perentorios. Por tanto, a más tardar el 15 de mayo de 2014, TELEFÓNICA debió haber cumplido con su obligación de efectuar las referidas devoluciones.

Considerado el nuevo plazo establecido para la ejecución de las devoluciones del primer y segundo trimestre del 2011, determinado a través la carta N° 327-GFS/2014, siendo que a dicha fecha la empresa operadora no cumplió con efectuar las mencionadas devoluciones, el incumplimiento de la referida obligación se configuró desde el 16 de mayo de 2014.

b. Interrupciones del tercer y cuarto trimestre del 2011

A través de la carta N° 1651-GFS/2014, notificada el 07 de agosto de 2014, se otorgó a TELEFÓNICA el plazo de tres (3) meses para que efectúe las devoluciones por las interrupciones del servicio acaecidas en el tercer y cuarto trimestre del año 2011, de acuerdo al vigente artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso. Dicho plazo venció el 07 de noviembre de 2014; por lo que el incumplimiento de la referida obligación se configura desde el 08 de noviembre de 2014.

En la relación al cálculo de la prescripción de la infracción por el incumplimiento de la devolución de las sumas correspondientes a pagos indebidos o en exceso a los abonados por parte de las empresas operadoras, en la Resolución de Consejo Directivo N° 086-2016-CD/OSIPTEL se ha indicado que:

"(...) dicha infracción sería de tipo instantánea con efectos permanentes, por lo que, conforme establece también la doctrina, el inicio del cómputo del plazo de prescripción no puede ser otro que el momento de la comisión de la infracción, es decir, desde el vencimiento del plazo establecido para efectuar la devolución. Cabe indicar que dicha infracción ha sido tipificada como leve, y su plazo de prescripción es de dos (2) años."

En relación a lo detallado y en observancia del pronunciamiento del Consejo Directivo en la Resolución N° 086-2016-CD/OSIPTEL, se concluye que no es correcto lo alegado por la TELEFÓNICA MULTIMEDIA, respecto a la prescripción de la facultad sancionadora por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, ya que al ser estas infracciones instantáneas, el computo del plazo de la prescripción de dos (02) años, debe efectuarse al término del plazo otorgado mediante los actos administrativos que ordenan la devolución como son el caso de las Cartas Nos. C. 327-GFS/2014, y C. 1651-GFS/2014, esto es, del 16 de mayo y 08 de noviembre de 2014, respectivamente, siguiendo lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 233° de la LPAG y en el artículo 31° de la Ley N° 27336.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

En ese sentido se determina que a la fecha del inicio del procedimiento sancionador mediante carta N° C. 2395-GFS/2015 notificada el 21 de diciembre de 2015, así como a la fecha de la imposición de la sanción mediante la Resolución N° 00424-2016-GG/OSIPTEL del 26 de julio de 2016, la facultad sancionadora por el incumplimiento del artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso no se encontraba prescrita.

2. Sobre los criterios aplicados en las comunicaciones C.513-GG/2012 y C.1280-GFS/2012

Señala TELEFÓNICA MULTIMEDIA que correspondería la aplicación del Principio de Predictibilidad recogido en el numeral 1.15¹¹ del artículo IV de la LPAG, expresión del Principio de Seguridad Jurídica, en cuanto a que el OSIPTEL en reiterados pronunciamientos desestimó aplicar las Medidas Preventivas como actos administrativos definitivos por el cual se genere la obligación de devolver o compensar.

A criterio de la empresa operadora, conforme se acredita con la nueva prueba consistente en las comunicaciones C.513-GG/2012 de fecha 22 de junio de 2012 y C.1280-GFS/2012 de fecha 15 de agosto de 2012, el OSIPTEL reconoció que las Medidas Preventivas no constituyen actos administrativos que produzca el fin de la instancia, mediante el cual se genere obligaciones al sujeto pasivo, toda vez que estas solo constituyen una comunicación, más no el nacimiento de una obligación cuyo incumplimiento pueda dar lugar a una infracción administrativa.

Como consecuencia de lo anterior, los plazos indicados en la comunicación que impone la Medida Preventiva materia del presente PAS, no establecen el fin del procedimiento, ni la obligación de realizar devoluciones o compensaciones, puesto que tal obligación debería seguir los plazos establecidos en el artículo 31° de las Condiciones de Uso.

Señala TELEFÓNICA MULTIMEDIA, que de acuerdo a la interpretación comunicada por el OSIPTEL en las comunicaciones antes indicadas, las Medidas Preventivas imposibilitan la interposición de recursos administrativos que cuestionen su contenido, situación que le generaría un estado de indefensión si se optara por considerar la Medida Preventiva como la generadora de las obligaciones supuestamente incumplidas.

Asimismo, según considera dicha empresa operadora, la decisión que sustenta la Resolución de Gerencia General impugnada constituye una vulneración a los Principios de Legalidad, Eficiencia y Efectividad, Conducta Procedimental, así como el de Transparencia.

Agrega TELEFÓNICA MULTIMEDIA que devendría contrario al Ordenamiento reconocer que las Medidas Preventivas no califican como actos administrativos y, posteriormente variar el criterio y calificarlas como tal, generándole obligaciones administrativas.

¹¹ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante certera de cuál será el resultado final que se obtendrá. (...)





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Ministerio
de Transportes y
Comunicaciones

OSIPTEL GG	FOLIOS 194
---------------	---------------

Al respecto, de conformidad con el numeral 1.1 del artículo 1° de la LPAG son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

De acuerdo a ello, MORON URBINA¹² reconoce como elementos del acto administrativo: que se trate de una declaración de cualquiera de las entidades, que esté destinada a producir efectos jurídicos externos, que sus efectos recaigan sobre derechos, intereses y obligaciones de los administrados, que se produzca en un situación concreta, en el marco del derecho público y que puede tener efectos individualizados o individualizables.

Teniendo en cuenta ello, la calidad de acto administrativo queda reservada para aquellas decisiones que por sí mismas generan efectos jurídicos a terceros, en sus derechos, intereses u obligación, con independencia de la forma que adopten (resolución, oficio, etc) o incluso la denominación que consignen.

En relación a lo indicado por la empresa operadora, cabe referir el artículo 21°¹³ Reglamento General de Acciones de Supervisión¹⁴, el cual dispone lo siguiente en relación a las Medidas Preventivas:

Artículo 21°.- *Llevada a cabo la acción de supervisión, constatado un incumplimiento y establecida la necesidad de adoptar una medida preventiva o correctiva por parte de la instancia que ha solicitado la inspección, ésta notificará a la empresa infractora dejando constancia de la advertencia de la comisión de la infracción y la posibilidad de aplicársele, de persistir en ella, las sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.*
(...)

De las comunicaciones alcanzadas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA como nueva prueba, que se advierte estas fueron emitidas en el trámite de la supervisión seguida a la empresa operadora Telefónica Móviles S.A. (Telefónica Móviles) en el expediente N° 00383-2011-GG-GFS. En dicha oportunidad, el OSIPTEL con fecha 7 de mayo de 2012 impuso una Medida Preventiva a dicha empresa operadora en los siguientes términos:

Al respecto, conforme a lo señalado mediante nuestra carta N° C.610-GFS/2012 notificada el 04 de abril de 2012, las devoluciones masivas ordenadas por el OSIPTEL, sean como consecuencia de interrupciones del servicio o por otros motivos, se rigen por lo establecido en el último párrafo del artículo 31° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Asimismo, en la referida carta se indicó que mediante las cartas N° C.1207-GFS/2010 y C.026-GFS/2011, se ordenó a su representada efectuar las devoluciones correspondientes.

¹² Juan Carlos Morón Urbina. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", 11va. Edición, Lima, Gaceta Jurídica. 2015, Pág. 123-126.

¹³ **Artículo 21°.-** *Llevada a cabo la acción de supervisión, constatado un incumplimiento y establecida la necesidad de adoptar una medida preventiva o correctiva por parte de la instancia que ha solicitado la inspección, ésta notificará a la empresa infractora dejando constancia de la advertencia de la comisión de la infracción y la posibilidad de aplicársele, de persistir en ella, las sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.*
(...)

¹⁴ Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones Aprobado mediante Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

*Por lo tanto, considerando que a la fecha su representada no ha entregado la información solicitada mediante la carta N° C.610-GFS/2012, cuya entrega tiene carácter de obligatoria y habiendo vencido el plazo perentorio otorgado, le comunicamos que dicha conducta constituye una infracción tipificada en el artículo 12^o15 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones¹⁶ (RGIS). En ese sentido, advertimos a su representada, como **MEDIDA PREVENTIVA**, que de persistir en la referida conducta, dicha situación podrá ser pasible de ameritar el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el RGIS.*

Como puede apreciarse, la medida preventiva impuesta con carta N° C.765-GFS/2012 por sí misma no genera efectos jurídicos en los derechos, intereses u obligaciones de la empresa operadora.

Es pertinente señalar que ante dicha comunicación, Telefónica Móviles presentó recurso de apelación, respecto del cual, en la comunicación N° C.513-GG/2012 - alcanzada como nueva prueba- se señaló lo siguiente:

(...)

Al respecto, le informo que según lo dispuesto en el artículo 206°.2 de la Ley N° 27444⁽¹⁷⁾, únicamente son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión; siendo que en el caso de la Medida Preventiva, esta no tiene carácter definitivo ni constituye un acto de trámite, conforme lo señalado en los artículos 13° y 21° de la Resolución 034-97-CD/OSIPTEL⁽¹⁸⁾. En tal sentido, no procede la presentación de recurso administrativo alguno frente a la imposición de una Medida Preventiva.

(Sin subrayado en el original)

Asimismo, en la comunicación N° C.1280-GFS/2012 alcanzada como nueva prueba por la empresa operadora, la GFS se refirió a la comunicación N° C.513-GG/2012, señalando lo siguiente:

Por medio de la presente, me dirijo a usted con relación a la carta N° C.513-GG/2012, mediante la cual se dio respuesta a su representada respecto al recurso de apelación contra la carta C.765-GFS/2012, a través de la cual la Gerencia de Fiscalización y Supervisión le impuso una Medida Preventiva. En dicha carta se le indicó que no procede la presentación de recurso administrativo alguno frente a la imposición de una Medida Preventiva. (Sin subrayado en el original)

¹⁵ Artículo 12.- La empresa que incumpla con la entrega de información obligatoria incurrirá en infracción grave.

¹⁶ Aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

¹⁷ Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 206°.- Facultad de contradicción

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

206.2 Sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo. (...).

¹⁸ Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones.

Artículo 13°.- Las medidas que se adopten como resultado de la supervisión podrán tener el carácter de preventivas o definitivas, siendo de aplicación, en cada caso, los Artículos 21° y 22° del presente Reglamento°.

Artículo 21°.- Llevada a cabo la acción de supervisión, constatado un incumplimiento y establecida la necesidad de adoptar una medida preventiva o correctiva por parte de la instancia que ha solicitado la inspección, ésta notificará a la empresa infractora dejando constancia de la advertencia de la comisión de la infracción y la posibilidad de aplicársele, de persistir en ella, las sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.(...).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Caso contrario, ocurre a través de la medida preventiva impuesta mediante Carta C. 236-GFS/2014, emitida en el expediente de supervisión N° 00130-2014-GG-GFS, en el cual se analizó el cumplimiento de la obligación por parte de TELEFÓNICA MULTIMEDIA de efectuar las devoluciones a sus abonados afectados por las interrupciones de los servicios públicos de telecomunicaciones ocurridas durante el periodo de 2007-2009, en la cual además de señalarse el incumplimiento incurrido, se solicitó a la empresa operadora el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

*“En ese sentido, advertimos a su representada, como **MEDIDA PREVENTIVA**, que de persistir en las referidas conductas, dichas situaciones podrán ameritar el inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones. A este respecto en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21¹⁹ del Reglamento General de Acciones de Supervisión del cumplimiento de la normativa aplicable a los servicios públicos de telecomunicaciones²⁰, intimamos a su representada a fin de que en el plazo obligatorio y perentorio de diez (10) días hábiles contados a partir del día siguiente de recibida la presente, concedido de forma excepcional, cumpla con:*

- i) Efectuar las devoluciones pendientes por las 10,743 interrupciones del servicio registradas por su representada según el archivo en Excel que se adjunta.
 - ii) Asimismo, en el caso de los tickets que no cuentan con información de la fecha y hora de fin de la interrupción (79 tickets), que se detallan en el archivo en Excel adjunto, deberán completar dicha información y de ser el caso que las interrupciones por mantenimiento superen los 240 minutos y las interrupciones por causas externas superen los 60 minutos (en el caso de Lima y Callao) o los 4,320 minutos (para las demás provincias) deberán efectuar las devoluciones correspondientes.
 - iii) Comunicar a OSIPTEL los resultados de las devoluciones efectuadas y las devoluciones pendientes según los campos indicados en los anexos adjuntos”.
- (Sin subrayado en el original)

Considerando lo indicado, ante el recurso de apelación presentado por TELEFÓNICA MULTIMEDIA el 3 de abril de 2014, contra la Resolución de Gerencia de Fiscalización y Supervisión N° 007-2014-GFS/OSIPTEL del 19 de marzo de 2014, que declaró IMPROCEDENTE el recurso de reconsideración presentado contra la Carta N° 236-GFS/2014, la Gerencia General mediante la Resolución de Gerencia General N° 341-2014-GG/OSIPTEL resolvió declararlo fundado y en consecuencia nulo el pronunciamiento de la GFS, ordenando retrotraer el procedimiento administrativo al momento de la calificación del recurso de reconsideración, a fin que se analicen los medios probatorios presentados por la empresa operadora.

Tal como se indicó en dicha oportunidad mediante la Resolución de Gerencia General N° 341-2014-GG/OSIPTEL, la finalidad de la Medida Preventiva analizada trasciende la esfera interna de la administración, toda vez que genera efectos jurídicos en el administrado a partir del momento en que toma conocimiento, y está destinada a producir efectos jurídicos en la esfera patrimonial de la empresa operadora.

¹⁹ Artículo 21°.- Llevada a cabo la acción de supervisión, constatado un incumplimiento y establecida la necesidad de adoptar una medida preventiva o correctiva por parte de la instancia que ha solicitado la inspección, ésta notificará a la empresa infractora dejando constancia de la advertencia de la comisión de la infracción y la posibilidad de aplicársele, de persistir en ella, las sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones en la Prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Si la acción de supervisión tiene por objeto comprobar o acceder a determinada información, la instancia competente que hubiese formulado el requerimiento evaluará las consecuencias de su incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

²⁰ Aprobado mediante Resolución N° 034-97-CD/OSIPTEL.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Comisión Nacional
de Regulación y
Fomento de las
Comunicaciones

De esta manera, en virtud de lo ordenado por la Gerencia General, se emitió la Resolución de Gerencia de Fiscalización y Supervisión N° 018-2014-GFS/OSIPTTEL el 25 de junio de 2014, en la cual se analizan las nuevas pruebas presentadas, declarándose infundado el recurso. Ante tal pronunciamiento, dicha empresa operadora presentó recurso de apelación el 18 de julio de 2014.

Al respecto, la Gerencia General emitió pronunciamiento sobre el fondo del recurso interpuesto por dicha empresa operadora mediante Resolución de Gerencia General N° 628-2014-GG/OSIPTTEL, el 2 de setiembre de 2014, declarándolo infundado.

Sin perjuicio de lo señalado, se debe indicar que en este caso no se impuso una Medida Preventiva a TELEFÓNICA MULTIMEDIA para el cumplimiento de la obligación de efectuar las devoluciones por las interrupciones en la prestación del servicio del año 2011, por lo que los argumentos y las nuevas pruebas presentadas en este extremo deben ser desestimados, puesto que no guardan relación con el caso resuelto a través de la Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTTEL.

En consecuencia, por lo indicado, de la revisión de los antecedentes y teniendo en cuenta que las nuevas pruebas ofrecidas por TELEFÓNICA MULTIMEDIA no desvirtúan el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 45° del TUO de las Condiciones de Uso, así como la configuración de la infracción tipificada en el artículo 7° del RFIS; y, de esta manera, los fundamentos que sustentan la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTTEL; no corresponde amparar el recurso de reconsideración interpuesto.

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 S.A.C. contra la Resolución de Gerencia General N° 00424-2016-GG/OSIPTTEL; en consecuencia, **CONFIRMAR** la misma, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.

Regístrese y comuníquese,



Firmado digitalmente por: GRANDA
BECERRA Ana Maria
(FAU20216072155)

ANA MARIA GRANDA BECERRA
GERENTE GENERAL