

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 029-2007-CD/OSIPTEL

Lima, 29 de mayo de 2007

EXPEDIENTE N°	:	00001-2006-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

(i) El Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica) contra la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL de fecha 26 de marzo de 2007, que resuelve sancionar a dicha empresa con una multa equivalente a cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UITs) por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2 del anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, y;

(ii) El Informe N° 040-GL/2007 de la Gerencia Legal del OSIPTEL, que contiene el proyecto que resuelve el Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica, y;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

OSIPTEL es un organismo de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285, por la Ley N° 27332 -Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos- y por la Ley N° 27336 -Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL-.

La Ley 27336 desarrolla la facultad del OSIPTEL de imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones y le otorga la facultad de tipificación de hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas.

El artículo 25° de la citada Ley dispone que las infracciones administrativas serán calificadas como muy graves, graves y leves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que el OSIPTEL haya emitido o emita. Para la infracción leve el límite mínimo previsto es de 0.5 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y el límite máximo es de 50 UIT.

El Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones mediante Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL -modificada por la Resolución N° 024-2004-CD/OSIPTEL- (en adelante Condiciones de Uso) (1) en cuyo artículo 2° del Anexo 5 se dispone lo siguiente:

“Artículo 2°.- Infracciones leves

Constituyen infracciones leves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: 7°, 8°, 9°, 11°, 12°, 13°, 14°, 15°, 16°, 20°, 21°, 21°-A, 22°, 23°, 24°, 25°, 26°, 28°, 29°, 33°, 34°, 35°, 37°, 38°, 39°, 40°, 41°, 42°, 43°, 44°, 45°, 47°, 48°, 50°, 51°, 52°, 53°, 54°, 55°, 59°, 60°, 61°, 62°, 64°, 67°, 69°, 71°, 72°, 75°, 76°, 77°, 80°, 82°, 84°, 85°, 87°, 88°, 89°, 90°, 91°, 92°, 93°, 94°, 96°, 97°, 98°, 99°, Quinta Disposición Final.” (Sin subrayado en el original).

A su vez, el artículo 54° de las Condiciones de Uso establece:

“Artículo 54.- Reactivación del servicio suspendido

En caso que la suspensión se deba a falta de pago del recibo, la empresa operadora deberá reactivar el servicio cuando se haya efectuado el pago de la totalidad de la suma adeudada y el respectivo interés, salvo que la empresa operadora decida reactivar el servicio con un pago parcial de la suma adeudada.

Esta reactivación también se efectuará cuando el recibo vencido hubiera sido reclamado y se hubiera realizado el pago a cuenta de la parte no reclamada.

La empresa operadora deberá reactivar el servicio como máximo hasta el segundo día hábil siguiente de efectuado el pago correspondiente o de presentado el reclamo respectivo de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva de Reclamos. En caso contrario, deberá compensar al abonado mediante la exoneración o devolución del monto pagado por concepto de reactivación por suspensión, si éste existiese. Asimismo, en caso el servicio permaneciera suspendido después de vencido el plazo para la reactivación, se aplicará lo establecido en el artículo 35.

La empresa operadora podrá aplicar una tarifa por concepto de reactivación por suspensión”.

El artículo 56° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, establece que la Gerencia General es el órgano competente para imponer sanciones administrativas. Asimismo, conforme al artículo 57° de la citada norma, las sanciones impuestas por la Gerencia General son recurribles por los interesados en vía de reconsideración o apelación. En caso de interponerse recurso de apelación, el órgano competente para pronunciarse es el Consejo Directivo del OSIPTEL.

Mediante carta N° C.168-GFS/2006 recibida por Telefónica el 14 de marzo de 2006, el OSIPTEL comunicó a dicha empresa el inicio del procedimiento administrativo sancionador y le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles para que presente sus descargos, por el supuesto incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 11° y 12° del Reglamento de Tarifas (Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL) y por el artículo 1° de la medida correctiva impuesta mediante Resolución N° 022-2004-GG/OSIPTEL del 12 de enero de 2004.

Mediante carta N° GGR-107-A-210/OT-06 de fecha 28 de marzo de 2006, Telefónica solicitó un plazo ampliatorio de veinte (20) días hábiles para presentar sus descargos.

¹ Normas vigentes al momento de la comisión de los hechos materia del presente procedimiento administrativo sancionador.

Mediante carta N° GGR-107-A-227/OT-06 de fecha 06 de abril de 2006, Telefónica presentó sus descargos a la Carta N° C.168-GFS/2006.

Mediante carta N° C.228-GFS/2006 recibida por Telefónica el 07 de abril de 2006, el OSIPTEL comunicó a dicha empresa la ampliación del intento de sanción comunicado en la Carta N° C.168-GFS/2006, y le otorgó diez (10) días hábiles para que presente sus descargos por el presunto incumplimiento de lo dispuesto por los artículos 11° y 12° del Reglamento General de Tarifas (Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL), el artículo 1° de la medida correctiva impuesta mediante Resolución N° 022-2004-GG/OSIPTEL del 12 de enero de 2004, los artículos 27°, 32° y 54° de las Condiciones de Uso (Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL) y por los artículos 9° y 10° de la Directiva que aprueba el procedimiento de reclamos de los usuarios de servicios públicos de telecomunicaciones (Resolución N° 015-99-CD/OSIPTEL).

Mediante carta N° C.239-GFS/2006 de fecha 11 de abril de 2006, OSIPTEL concedió a Telefónica un plazo ampliatorio de veinte (20) días hábiles para remitir sus descargos.

Mediante carta N° GGR-107-A-253/OT-06 de fecha 25 de abril de 2006, Telefónica remitió sus descargos finales.

La Gerencia de Fiscalización emite con fecha 4 de setiembre de 2006 el Informe 256-GFS/2006 en el que concluye lo siguiente:

- Telefónica no trasgredió lo dispuesto por los artículos 11° y 12° de la Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL; por tanto, se recomienda archivar el procedimiento administrativo sancionador en este extremo.
- Telefónica no trasgredió lo dispuesto por el artículo 27° de la Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL, ni los artículos 9° y 10° de la Resolución N° 015-99-CD/OSIPTEL; por tanto se recomienda archivar el procedimiento administrativo sancionador en este extremo.
- Telefónica no trasgredió lo dispuesto por el artículo 32° de la Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL; por tanto se recomienda archivar el procedimiento administrativo sancionador en este extremo.
- Telefónica trasgredió lo dispuesto por el artículo 54° de la Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL en cincuenta y seis (56) casos detectados; por tanto se recomienda sancionar a dicha empresa en este extremo.
- Telefónica no trasgredió lo dispuesto por la Medida Correctiva; por tanto, se recomienda archivar el procedimiento administrativo sancionador en este extremo.

Mediante Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL del 26 de marzo de 2007, la Gerencia General del OSIPTEL impuso a la empresa Telefónica una sanción de multa equivalente a cincuenta unidades impositivas tributarias (50 UITs) por la comisión de infracción leve tipificada en el artículo 2° del anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL del 19 de diciembre de 2003.

El 20 de abril de 2007, la empresa Telefónica interpone Recurso de Apelación contra la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL del 26 de marzo de 2007.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los principales argumentos del Recurso de Apelación son los siguientes:

- El no haber podido reactivar los cincuenta y seis (56) servicios telefónicos en la oportunidad debida califica como un caso fortuito o fuerza mayor, producto de la entrada en operaciones de su sistema informático comercial denominado Advanced Telecommunications Information System (en adelante ATIS).

- La conducta tipificada como sancionable por el artículo 54° de las Condiciones de Uso requiere, para la configuración del hecho sancionable, que concurran el retraso en la reconexión del servicio telefónico y la falta de compensación a los abonados por el cobro de la tarifa por renta por los días que estuvieron sin servicio y por el cobro de la tarifa por reconexión (²), por lo que no cabe la aplicación de la multa.

- Solicita dejar sin efecto la multa impuesta por la Gerencia General señalando que su imposición no es razonable, debido a lo siguiente: (i) el retraso en las reconexiones se produjo por un caso fortuito no atribuible a Telefónica, (ii) devolvió a sus cincuenta y seis (56) clientes la tarifa por renta correspondiente a los días que los abonados estuvieron sin servicio y por el pago de la tarifa por reconexión, (iii) las circunstancias en las que se produjo el retraso en las reconexiones fue por el inicio de operaciones del sistema ATIS y, (iv) que no ha existido reincidencia en el retraso de las reconexiones de otros servicios telefónicos.

III. ANÁLISIS

A continuación este Consejo Directivo procederá a analizar los fundamentos de Telefónica.

1. Sobre el alegado caso fortuito o fuerza mayor

Telefónica argumenta que el no haber podido reactivar los cincuenta y seis (56) servicios telefónicos en la oportunidad debida califica como un caso fortuito o fuerza mayor, producto de la entrada en operaciones de su sistema informático comercial ATIS. Señala que dicha circunstancia produjo una situación extraordinaria que no le permitió ejecutar las reconexiones dentro del plazo regulado y ello no fue producto de la omisión o falta de diligencia de su empresa.

Asimismo, manifiesta que tomó medidas de seguridad razonables y adecuadas pero que hasta la estabilización total de los sistemas —e incluso en sistemas plenamente estabilizados— se presentan errores que se resuelven operativamente, y de ser el caso, se efectúan las compensaciones correspondientes conforme a las normas. Por tal razón, señala que mediante carta GGR-107-A-078/OT-05 del 17 de febrero de 2005, comunicó a la Gerencia General del OSIPTEL que estaban iniciando el proceso de implementación del sistema ATIS y que podrían producirse algunas fallas.

La comunicación GGR-107-A-078/OT-05 del 17 de febrero de 2005 a la que hace referencia Telefónica señala:

² O tarifa por reactivación por suspensión.

“Hemos efectuado los controles previos necesarios que garanticen la entrada en servicio de “ATIS”, no obstante, dada la gran cantidad de programas, aplicativos y complejidad de reglas que involucra, eventualmente podría producirse alguna incomodidad. Si ello ocurriera, nuestro personal está preparado para corregir y/o subsanar cualquier inconveniente que se genere en nuestros procesos internos o en la atención a nuestros clientes” .

De lo señalado en los párrafos anteriores, se advierte que la empresa Telefónica reconoce que reactivó los (56) servicios telefónicos de abonados fuera del plazo previsto en la normativa vigente, en consecuencia, no existe discusión respecto a los hechos probados que sirven de sustento de la Resolución impugnada, correspondiendo analizar si la alegada entrada en operaciones de su sistema informático comercial ATIS, constituye un evento que deba ser calificado como caso fortuito o fuerza mayor.

Sobre el particular, el artículo 1315° del Código Civil dispone:

“Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.”

Como se aprecia del artículo glosado, conforme al artículo 1315° del Código Civil, para que un evento pueda ser calificado como caso fortuito o fuerza mayor, debe tratarse de una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible, situación que no se ha producido en el presente procedimiento.

En efecto, no es posible considerar que la entrada en operaciones del sistema informático comercial denominado ATIS, es una fuerza ajena extraordinaria, imprevisible e irresistible, al tratarse de un evento programado por dicha empresa ⁽³⁾, cuyo inicio de operaciones debió conllevar necesariamente a la adopción de las medidas apropiadas de previsión para evitar los posibles “fallos” en el sistema ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾, a efectos de dar cumplimiento a su obligación de reconectar, en la oportunidad señalada en el artículo 54° de las Condiciones de Uso, el servicio telefónico de los abonados que habían pagado el monto correspondiente para que se ejecute la reconexión del servicio ⁽⁶⁾.

En el mismo sentido, sólo puede aceptarse como causal eximente de responsabilidad el caso fortuito o la fuerza mayor, en la medida que el obligado -en este caso, Telefónica- demuestre haber actuado con la diligencia debida (v.g. acreditando haber verificado por un período razonable los resultados arrojados en forma simultánea tanto por el sistema anterior al ATIS –que se tendría como respaldo- como por el nuevo sistema ATIS y demostrando la

³ Así lo revela la comunicación GGR-107-A-078/OT-05 del 17 de febrero de 2005 que señala: “La presente tiene por finalidad comunicarle que el día lunes 21 de febrero se iniciará la implantación de nuestro nuevo Sistema Informático Comercial “ATIS” (...) Tal como expusimos ante su despacho, “ATIS” es un sistema cuyo desarrollo ha demandado aproximadamente tres (3) años de labor en los que han estado comprometidos 240 profesionales a tiempo completo”.

⁴ Sobre este tema, como lo veremos mas adelante, la empresa señala que adoptó las medidas de seguridad razonables y adecuadas, pero no lo acredita.

⁵ Según Osterling el requisito de la previsión se exige cuando el deudor no previó lo que debía; o cuando, habiendo previsto el acontecimiento, se obligó a algo que presumiblemente iba a ser imposible. En ambos casos el acontecimiento es imputable al deudor, pues equivale a un hecho suyo. Osterling Parodi, Felipe. “La inejecución de Obligaciones”. Biblioteca Para Leer el Código Civil Vol. 1. Fondo Editorial PUCP 1990. Página 125.

⁶ Nótese que según Osterling el requisito de la irresistibilidad supone la imposibilidad de cumplimiento pues la dificultad de cumplimiento no exonera al deudor, aun cuando la prestación se haya convertido en más onerosa de lo previsto. Tampoco interesa la situación personal del deudor. Osterling, Op. Cit. Página 125.
En el presente procedimiento administrativo Telefónica no ha acreditado además la imposibilidad de cumplimiento de sus obligaciones.

plena efectividad de este nuevo sistema), no resultando suficiente la simple alegación de la empresa Telefónica, referida a que adoptó las medidas de seguridad razonables y adecuadas para evitar la existencia de “fallos” en su sistema.

De otro lado, respecto a lo señalado por la empresa, en el sentido que mediante carta GGR-107-A-078/OT-05 del 17 de febrero de 2005 comunicó al OSIPTEL que estaban iniciando el proceso de implementación del sistema ATIS y que podrían producirse algunas “fallas”, cabe señalar que conforme se advierte del contenido de la citada comunicación, la empresa indicó que con la entrada en servicio del sistema ATIS eventualmente podría producirse alguna “incomodidad” y que su personal estaría preparado para corregir y/o subsanar cualquier inconveniente que se genere en sus procesos internos o en la atención a sus clientes, sin acreditar la adopción previa de medidas de seguridad apropiadas, por lo que la invocación de caso fortuito o fuerza mayor no es procedente.

Finalmente, es de mencionar que en sus descargos remitidos mediante carta GGR-107-A-253/OT-06, la empresa Telefónica argumentó diversos hechos como causas del retraso en la reactivación de los cincuenta y seis servicios telefónicos (⁷), los mismos que revelan la responsabilidad de la empresa en la reactivación tardía de dichos servicios telefónicos.

2. Sobre la tipificación de la conducta sancionable

Señala Telefónica que la conducta tipificada como sancionable por el artículo 54° de las Condiciones de Uso requiere, para la configuración del hecho sancionable, que concurren dos situaciones, el retraso en la reconexión del servicio telefónico y la falta de compensación a los abonados por el cobro de la tarifa por renta por los días que estuvieron sin servicio y por el cobro de la tarifa por reconexión, por lo que al haber Telefónica compensado a sus abonados, no cabe la aplicación de la multa.

Señala además que de no considerarse la compensación efectuada a los abonados se estaría aplicando el artículo 54° de las Condiciones de Uso de manera fraccionada, lo cual atenta contra el principio de tipicidad y legalidad (⁸).

⁷ “El retraso en la reactivación de cincuenta y seis (56) casos se produjo con la entrada en operaciones de nuestro Sistema Informático Comercial “ATIS” (...)

Hacemos notar que en cuarenta y siete (47) líneas dentro de esta casuística, el retraso se produjo por posibilitar estos pagos en agencias bancarias y agencias autorizadas, ambos, canales de cobro gestionados por terceros.

En ocho (8) casos las órdenes de reactivación no pudieran ser enviadas oportunamente por un problema en las centrales. A la fecha hemos efectuado los cambios respectivos en los aplicativos e implementado mayores controles para asegurar el envío de las órdenes de reactivación.

En un caso, el servicio telefónico N° 5306340 pertenece a una central (TRAC) que se encuentra dentro de la red móvil. La coordinación con el operador ha generado un retraso en la reactivación del servicio”.

⁸ Las normas legales citadas por Telefónica son las siguientes:

Constitución Política del Estado Peruano

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.

Ley del Procedimiento Administrativo General

“Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía”.

Sobre el particular, el artículo 54° de las Condiciones de Uso dispone lo siguiente:

“Artículo 54.- Reactivación del servicio suspendido

En caso que la suspensión se deba a falta de pago del recibo, la empresa operadora deberá reactivar el servicio cuando se haya efectuado el pago de la totalidad de la suma adeudada y el respectivo interés, salvo que la empresa operadora decida reactivar el servicio con un pago parcial de la suma adeudada.

Esta reactivación también se efectuará cuando el recibo vencido hubiera sido reclamado y se hubiera realizado el pago a cuenta de la parte no reclamada.

La empresa operadora deberá reactivar el servicio como máximo hasta el segundo día hábil siguiente de efectuado el pago correspondiente o de presentado el reclamo respectivo de acuerdo a lo dispuesto en la Directiva de Reclamos. En caso contrario, deberá compensar al abonado mediante la exoneración o devolución del monto pagado por concepto de reactivación por suspensión, si éste existiese. Asimismo, en caso el servicio permaneciera suspendido después de vencido el plazo para la reactivación, se aplicará lo establecido en el artículo 35.

La empresa operadora podrá aplicar una tarifa por concepto de reactivación por suspensión”. (Sin subrayado en el original).

Conforme se advierte, no se trata en el presente procedimiento administrativo sancionador de una interpretación analógica, extensiva o fraccionada del artículo 54° de las Condiciones de Uso. La obligación referida al plazo máximo de la empresa operadora para reactivar el servicio telefónico del abonado que ha efectuado el pago correspondiente para que se ejecute la reconexión de su servicio telefónico o que ha presentado el reclamo respectivo según la Directiva de Reclamos es clara y su incumplimiento ha sido expresa e inequívocamente tipificado ⁽⁹⁾ ⁽¹⁰⁾ como infracción leve en el artículo 2 Anexo 5 de las Condiciones de Uso.

La compensación al abonado, cuando la reactivación del servicio telefónico no se produjera en el plazo previsto en el artículo 54° de las Condiciones de Uso, constituye una obligación adicional de la empresa operadora ⁽¹¹⁾, que es consecuencia de su incumplimiento en reactivar el servicio telefónico en el plazo máximo establecido.

⁹ Conforme a las funciones desarrolladas en la Ley 27332, OSIPTEL está facultado a tipificar infracciones administrativas por el incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales o disposiciones legales o normativas.

Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

“c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos.”

¹⁰ Sobre el tema de la tipicidad en las infracciones administrativas conviene además tener presente, la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano emitida en el expediente N° 010-2003-AI/TC publicada el 04 de enero de 2003, en la que señala lo siguiente: “Esta exigencia de “lex certa” no puede entenderse, sin embargo, en el sentido de exigir al legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales. Ello no es posible, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso. Ni siquiera las formulaciones más precisas, las más casuísticas y descriptivas que se puedan imaginar, llegan a dejar de plantear problemas de determinación en algunos de sus supuestos, ya que siempre poseen un ámbito de posible equívocidad. Por eso se ha dicho, con razón, que en esta materia no es posible aspirar a una precisión matemática por que éste escapa incluso a las posibilidades del lenguaje”.

¹¹ Conforme se advierte del tercer párrafo del artículo 54° de las Condiciones de Uso la palabra “deberá” ha sido empleada en dos oportunidades, la primera para efectos de la reactivación del servicio en el plazo allí establecido y la segunda al referirse a la compensación.

En efecto, la obligación de compensar al abonado, tiene como finalidad cautelar los derechos de las personas a quienes no se les ha reactivado el servicio telefónico en la oportunidad debida mediante la exoneración o devolución del monto pagado por concepto de reactivación por suspensión; así como a través de la aplicación de lo establecido en el artículo 35° de las Condiciones de Uso, sobre la imposibilidad de la empresa operadora de efectuar cobros correspondientes al período de duración de la interrupción del servicio debido a causas no atribuibles al abonado o usuario, mientras que la obligación de la reconexión oportuna del servicio telefónico a los abonados que han pagado el monto correspondiente para que se ejecute la reconexión de su servicio telefónico ⁽¹²⁾, tiene como finalidad cautelar el derecho del abonado a contar con la prestación del servicio ⁽¹³⁾.

En consecuencia, al haberse acreditado el incumplimiento consistente en la reconexión tardía de cincuenta y seis servicios telefónicos de abonados que realizaron el pago correspondiente para que se ejecute la reconexión de su servicio telefónico, resulta de aplicación la sanción administrativa prevista en el ordenamiento vigente.

3. Sobre la aplicación del principio de razonabilidad

Telefónica solicita dejar sin efecto la multa impuesta por la Gerencia General en aplicación de los criterios establecidos en el inciso 3) del artículo 230° de la Ley 27444 ⁽¹⁴⁾, para lo cual manifiesta lo siguiente: (i) el retraso en las reconexiones se produjo por un caso fortuito no atribuible a dicha empresa ⁽¹⁵⁾, (ii) compensó a sus cincuenta y seis (56) clientes por el cobro de la tarifa por renta por los días que estuvieron sin servicio y por el cobro de la tarifa por reconexión ⁽¹⁶⁾, (iii) el retraso en las reconexiones se produjo por el inicio de operaciones del sistema ATIS ⁽¹⁷⁾ y no ha existido reincidencia en el retraso de otras reconexiones del servicio telefónico ⁽¹⁸⁾.

Sobre el particular, es de mencionar que los criterios alegados por Telefónica han sido establecidos en el inciso 3) del artículo 230° de la Ley 27444 –al igual que los criterios especiales establecidos en el artículo 30° de la Ley 27336- como criterios tendientes a la graduación de la sanción ⁽¹⁹⁾ y no para determinar la existencia de la infracción como

¹² Que en este caso asciende a cincuenta y seis abonados.

¹³ O dicho de otro modo, a que la empresa operadora le brinde el servicio de manera continua e ininterrumpida, conforme a lo establecido en las Condiciones de Uso.

Artículo 34.- Continuidad del servicio

La empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida, sujetándose a lo establecido en la presente norma.

¹⁴ Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

¹⁵ En referencia a la existencia o no de intencionalidad.

¹⁶ En referencia al perjuicio causado.

¹⁷ En referencia a las circunstancias de la comisión de la infracción.

¹⁸ En referencia a la repetición en la comisión de la infracción.

¹⁹ Morón Urbina, Juan Carlos. Comentarios Nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. Primera Edición Octubre de 2001. Página 514. “Los criterios para la graduación de la sanción son: la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de la infracción”.

pretende Telefónica, en consecuencia, no corresponde dejar sin efecto la multa impuesta mediante la Resolución N° 092-2007-CD/OSIPTEL.

De otro lado, es de mencionar que dichos criterios no constituyen, en el caso concreto, alegaciones válidas para reducir el monto de la multa impuesta en la Resolución impugnada; toda vez que si bien en el presente procedimiento administrativo sancionador no se ha detectado reincidencia ⁽²⁰⁾, (i) el retraso en la reconexión del servicio telefónico de cincuenta y seis abonados por el inicio de operaciones del sistema ATIS de Telefónica, no puede ser calificado como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor ⁽²¹⁾, (ii) la documentación remitida por Telefónica en su recurso de apelación no genera certeza respecto de la compensación que habría realizado a los cincuenta y seis abonados según lo dispuesto en el artículo 54° de las Condiciones de Uso, y (iii) la empresa Telefónica no ha acreditado diligencia debida ante el inicio de operaciones de su sistema ATIS para evitar la reconexión tardía del servicio telefónico a sus abonados ⁽²²⁾.

Adicionalmente, se confirma el análisis sobre la gradación de la sanción realizado en el numeral 6) en la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL ⁽²³⁾.

Respecto a lo alegado por Telefónica en el sentido que devolvió a sus cincuenta y seis abonados el cobro de la tarifa por renta por los días que estuvieron sin servicio y el cobro de la tarifa por reconexión, es de señalar que la documentación remitida por la empresa con su recurso de apelación, obrante de fojas 156 a 238, no es consistente con la información que consta en la carta 228-GFS/2006 que inició el presente administrativo sancionador y en la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL, información que además no ha sido cuestionada por la empresa operadora en el presente procedimiento administrativo.

En efecto, algunos de los documentos alcanzados muestran que el recibo comprometido – que habría sido materia de la devolución- tiene una numeración diferente a la numeración del recibo que consta en la carta 228-GFS/2006 y en la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL ⁽²⁴⁾, no habiendo la empresa Telefónica explicado las razones de esta diferencia.

Igualmente, algunas de las notas de crédito alcanzadas consignan un número de teléfono diferente al que consta en la carta 228-GFS/2006 y en la Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL ⁽²⁵⁾, diferencia que tampoco ha sido explicada en este caso por la empresa.

Asimismo, algunas de las notas de crédito alcanzadas no consignan el número de teléfono del abonado al que habría efectuado la compensación correspondiente ⁽²⁶⁾.

²⁰ Conforme se señala en la página 25 Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL del 26 de marzo de 2007.

²¹ Como se ha desarrollado en la Sección III, el numeral 1 de la presente Resolución.

²² Los numerales (i), (ii) y (iii) se refieren a los argumentos expuestos por la empresa Telefónica sobre la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado y las circunstancias de la comisión de la infracción.

²³ Sobre el comportamiento posterior del sancionado, Telefónica ha presentado en su Recurso de Apelación información sobre las compensaciones realizadas a los abonados afectados, lo que será analizado a continuación.

²⁴ Por ejemplo: las notas de crédito correspondientes a los servicios telefónicos 72526873, 54462907, 54271295, 54455154, 43310408, 51328614, 44283309, 54204994, 54463170, 54421593, 61591277, 54437534, 54463680, 54461391, 54422078, 54211917, 43328212, 44254980 obrantes, respectivamente, a fojas 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219.

²⁵ Por ejemplo: las notas de crédito obrantes a fojas 190, 221 y 228.

²⁶ Por ejemplo: las notas de crédito obrantes a fojas 181, 182 y 198.

De otro lado, la fecha consignada en algunas de las denominadas notas de crédito corresponde a abril del año 2007 ⁽²⁷⁾, lo que evidencia que la empresa habría efectuado algunas de las devoluciones alegadas después de notificada la resolución de primera instancia y contradice lo señalado en sus descargos alcanzados mediante carta N° GGR-107-A-253/OT-06 de fecha 25 de abril de 2006 ⁽²⁸⁾.

En consecuencia, corresponde confirmar el monto de la multa equivalente a cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias impuesta a la empresa Telefónica mediante Resolución N° 092-2007-GG/OSIPTEL.

Sin perjuicio de lo señalado, corresponde que este Consejo Directivo disponga que la Gerencia de Fiscalización verifique la obligación de la empresa Telefónica de compensar a los cincuenta y seis abonados que fueron afectados con la reconexión tardía de su servicio telefónico habiendo pagado el monto correspondiente para que se ejecute la reconexión de su servicio telefónico.

En aplicación de las funciones previstas en el Reglamento General del OSIPTEL y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su sesión N° 302;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con fecha 20 de abril de 2007 contra la Resolución de Gerencia General N° 092-2007-GG/OSIPTEL del 26 de marzo de 2007.

Artículo 2°.- Disponer que la Gerencia de Fiscalización verifique la compensación efectuada a los cincuenta y seis abonados a los que se refiere el presente procedimiento administrativo conforme a lo establecido en el artículo 54° de las Condiciones de Uso.

Artículo 3°.- Encargar al área de Comunicación Corporativa notifique la presente resolución a la empresa apelante y a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLELMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo

GSC/gld

²⁷ Por ejemplo: las notas de crédito obrantes a fojas 157, 159, 163, 164, 166, 173, 175, 177, 182, 185, 189, 190 y 194.

²⁸ En dichos descargos obrantes a fojas 43 y 44, Telefónica señaló "En todos los casos que se produjo un retraso en la reactivación de los servicios telefónicos hemos exonerado del cobro de reactivación a los clientes, así como dejado de cobrar los días de retraso en la reactivación".