

INFORME N° 178-GL/2009

A : **ALEJANDRO JIMÉNEZ MORALES**
Gerente General

DE : **ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA**
Gerente Legal

ASUNTO : **Recurso de Apelación presentado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución N° 3**

REF. : Expediente N° 0006-2008/TRASU/GUS-PAS

FECHA : 28 de agosto de 2009

I. OBJETIVO:

En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), en el procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) iniciado contra dicha empresa por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 47° de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, RGIS) al haber exigido el pago al usuario, a pesar de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo. En primera instancia, Telefónica fue sancionada por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (en adelante, TRASU) con una multa equivalente a cincuenta y uno (51) UIT. Contra dicha decisión Telefónica interpuso recurso de reconsideración, el cual fue declarado infundado.

Se recomienda confirmar la Resolución N° 3 y, por ende, confirmar la sanción impuesta a través de la Resolución N° 1.

II. ANTECEDENTES:

Mediante carta N° C. 106-TRASU/2008 de fecha 18 de agosto de 2008, la Secretaría Técnica del TRASU, en calidad de órgano instructor, notificó a Telefónica el inicio del PAS, por la presunta comisión de infracción tipificada en el artículo 47° del RGIS, por la exigencia de pago que realizaba esta empresa al usuario a pesar de la exigencia de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo.

Mediante Carta DR-067-C-0884/DS-08, el 15 de septiembre de 2008 Telefónica presentó sus descargos.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 21 de abril de 2009, notificada el 27 de abril de 2009, el TRASU resolvió sancionar a Telefónica con una multa equivalente a cincuenta y un (51) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 47° del RGIS al haber requerido a los usuarios realizar el pago a pesar de encontrarse en trámite los procedimientos de reclamo Nos. 00015-2007/TRASU/GUS-RQJ, 00105-2007/TRASU/GUS-RQJ, 0723-2007/TRASU/GUS-

RQJ, 00112-2008/TRASU/GUS-RQJ, 00306-2008/TRASU/GUS-RQJ y 00308-2008/TRASU/GUS-RQJ.

Con fecha 19 de mayo de 2009, Telefónica interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1.

Mediante Resolución N° 3, de fecha 30 de junio de 2009, notificada el 07 de julio de 2009, el TRASU declaró infundado el recurso de reconsideración de Telefónica.

El 30 de julio de 2009, Telefónica interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 3 del Expediente N° 00006-2008/TRASU/GUS-PAS.

Mediante Resolución N° 4 del 3 de agosto de 2009, el TRASU concedió el Recurso de Apelación interpuesto, elevando el expediente al Consejo Directivo del OSIPTEL.

III. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De acuerdo al artículo 58° del RGIS, frente a la interposición de un recurso de apelación contra una sanción impuesta por el TRASU, el órgano competente para pronunciarse, luego de que los actuados sean elevados por dicho Tribunal, es el Consejo Directivo del OSIPTEL.

Por otro lado, el artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), establece que el término para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios. Asimismo, el artículo 209° de la LPAG prescribe que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico.

En función a las normas citadas en los párrafos que anteceden, se deduce que para admitir y dar trámite al Recurso de Apelación presentado por Telefónica deben concurrir los siguientes requisitos:

- a) Que se interponga contra la Resolución del TRASU a través de la cual se impuso la sanción o resolvió el recurso de reconsideración.
- b) Que se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho.
- c) Que se interponga en el plazo de quince (15) días, contados a partir de la notificación del acto o resolución que se pretende impugnar.

En la impugnación, Telefónica cuestiona la Resolución del TRASU N° 3 que resolvió el recurso de reconsideración contra la Resolución N° 1. En consecuencia, se cumple con el primero de los requisitos enunciados.

Asimismo, como se profundizará más adelante, Telefónica cuestiona los criterios adoptados por el TRASU para imputarle la comisión de la infracción del artículo 47° del RGIS, la valoración de las pruebas realizada por el TRASU así como el

supuesto incumplimiento de principios del procedimiento administrativo. Se evidencia, entonces, que el segundo requisito también ha sido observado.

Finalmente, según se advierte del cargo de notificación obrante en el Expediente N° 00006-2008/TRASU/GUS-PAS, la Resolución del TRASU N° 3 fue notificada el 7 de julio de 2009, en tanto que el Recurso de Apelación de Telefónica ingresó a la mesa de partes del OSIPTEL el 30 de julio de 2009, es decir, dentro del plazo previsto en la norma; razón por la que el tercer requisito, igualmente, se entiende cumplido.

En virtud a lo anterior, deviene admisible y procedente en cuanto a su tramitación el Recurso de Apelación interpuesto por Telefónica.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales fundamentos de la impugnación de Telefónica en los siguientes:

- Los requerimientos de pago que se realizaron no tuvieron como objeto coaccionar al cliente al pago de los montos reclamados pues las cartas de cobranza se enviaron desconociendo los procedimientos de reclamos en curso. Los casos de los Expedientes de Queja N° 0723-2007/TRASU/GUS-RQJ, N° 0306-2007/TRASU/GUS-RQJ y N° 0308-2008/TRASU/GUS-RQJ son prueba de ello.
- El TRASU no ha respetado el principio de culpabilidad ni el de presunción de licitud al no haber valorado la debida diligencia con la que actuó.
- El TRASU está vulnerando el principio de tipicidad pues al aplicar el texto del segundo párrafo del artículo 47° del RGIS a este caso, está realizando una interpretación extensiva del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 716, añadiendo supuestos distintos y no previstos en dicha la norma.

V. ANÁLISIS:

Seguidamente se analizarán las argumentaciones formuladas por Telefónica.

5.1 Sobre la intencionalidad de coacción en los requerimientos de pago efectuados por Telefónica

Telefónica sostiene en su apelación que, en los casos materia de análisis, los requerimientos de pago que se realizaron no tuvieron como objeto coaccionar al cliente al pago de los montos reclamados dado que las cartas de cobranza se enviaron desconociendo los procedimientos de reclamos en curso. Por ello, al tomar conocimiento de éstos, procedió a ajustar los montos reclamados y declarar fundados los reclamos que se presentaron sin dificultades así como a gestionar con la empresa encargada de las cobranzas para que interrumpa la gestión de cobro iniciada, hasta que finalicen los procedimientos de reclamo.

Agrega Telefónica que nunca tuvo la intención de exigir el pago y para acreditar ello cita dos (2) casos que a continuación serán analizados:

Expediente N° 0723-2007/TRASU/GUS-RQJ

Telefónica sostiene que en este caso el reclamo del cliente fue declarado infundado mediante Resolución N° RES-767-R-A-033036-07-0 la cual fue notificada el 11 de abril de 2007 por lo que, luego de los quince (15) días hábiles previstos para que el cliente pueda impugnar esa decisión y sin que ello sucediera, era válido proceder con el requerimiento de pago el que fue realizado el 12 de mayo de 2007, no pudiendo prever que posteriormente el TRASU declarara inválido el cargo de notificación. En virtud a ello, Telefónica considera que no se configura la infracción del artículo 47° del RGIS debido a que la invalidación del acto de notificación fue a posteriori al requerimiento de pago y por ende no habría pretendido coaccionar al pago.

En el caso citado por Telefónica, el TRASU tramitó la queja presentada por el señor Jacinto Emiliano Llanos Lizzetti el 27 de junio de 2007 por la no contestación oportuna de su reclamo BRF-5792405, y por los requerimientos de pago respecto de los recibos febrero, marzo y mayo de 2007, toda vez que el requerimiento se habría efectuado a pesar de tener un reclamo en trámite. El requerimiento de pago se llevó a cabo el 12 de mayo de 2007.

De la información que obra en el expediente, se advierte que la resolución por la Telefónica resolvió el reclamo BRF-5792405 no habría sido notificada válidamente pues, conforme lo ha declarado el TRASU, el notificador realizó la entrega bajo puerta sin indicar datos que permitieran identificar e individualizar el inmueble, por lo que la indicada resolución¹. En tal sentido, el requerimiento de pago por el recibo de febrero de dos mil siete se habría efectuado cuando el reclamo aún se encontraba en trámite, conforme se puede advertir del siguiente detalle.

Expediente N° 00723-2007/TRASU/GUS-RQJ

Recibo de febrero de 2007:

Emisión de recibo	:	18.02.2007
Reclamo de facturación	:	14.03.2007
Resolución de primera instancia	:	04.04.2007
Cargo de notificación inválido	:	11.04.2007
Requerimiento de pago	:	12.05.2007
Requerimiento de pago	:	14.06.2007
Queja	:	27.06.2007
Resolución del TRASU (Queja)	:	24.07.2007

Se puede advertir que la situación que alega Telefónica (invalidación del acto de notificación posterior al requerimiento de pago) fue generada porque no cumplió con las disposiciones vigentes relativas a la notificación de resoluciones, lo que ocasionó que la Resolución N° RES-767-R-A-033036-07-0 no haya sido correctamente notificada, impidiendo que el administrado tome conocimiento de la misma y que, sin haberse tomado el cuidado al respecto, Telefónica considere

¹ Telefónica no consignó los números de los inmuebles colindantes y del frente, además no señaló el N° poste eléctrico cercano y de suministro de luz exterior, no resultando suficientes los datos contenidos en el acta para individualizar el domicilio del usuario.

consentida la referida resolución, requiriendo el pago de montos durante el trámite del procedimiento de reclamo.

A partir de ello se desprende que dependía de Telefónica realizar la verificación correspondiente del cargo de notificación para realizar el cobro válido respectivo; sin embargo, no lo hizo. En caso contrario, la empresa operadora habría advertido la invalidez del acto de notificación.

Cabe resaltar que el hecho que la invalidación del acto de notificación fuera a posteriori al requerimiento de pago, no exime de responsabilidad a Telefónica pues esta empresa conocía la normativa vigente respecto a las notificaciones de sus resoluciones por lo que, de haber verificado la validez del correspondiente cargo de notificación, pudo haberse abstenido de efectuar la cobranza indebida, sin requerir para ello un pronunciamiento expreso previo del TRASU.

Expedientes N° 0306-2007/TRASU/GUS-RQJ y N° 0308-2008/TRASU/GUS-RQJ

Telefónica sostiene que los casos de los Expedientes N° 0306-2007/TRASU/GUS-RQJ y N° 0308-2008/TRASU/GUS-RQJ estaban referidos a varias facturaciones comprendidas entre los años 2002 y 2007 lo que complicó el proceso de intercambio de información con las empresas gestoras de cobranzas generándose errores. Agrega a ello que, según el literal e) del Art. 16° de la Ley de Funciones y Facultades de OSIPTEL, se restringe la obligación de resguardo de la información de facturación a tres (3) años, plazo que en este caso fue ampliamente excedido.

En estos casos referidos por Telefónica, se advierte que en el caso del Expediente N° 00306-2008/TRASU/GUS-RQJ, se tramitó la queja presentada por el señor Victor Gonzalo Iturry Ruiz, en representación de la empresa RADIODIFUSORA 1160, S.A. el 08 de abril de dos mil ocho por el requerimiento de pago efectuado mediante las cartas N° 00392415, N° 00411964 y N° 00420930, toda vez que los requerimientos se habrían efectuado a pesar de tener reclamos en trámite. El TRASU declaró improcedente la queja en el extremo referido al requerimiento de pago efectuado mediante la Carta N° 00392415, y fundada por el requerimiento de pago con reclamo en trámite efectuado mediante las cartas N° 00411964 y N° 00420930.

En el Expediente N° 00308-2008/TRASU/GUS-RQJ, se tramitó la queja presentada por el mismo administrado el 08 de abril de dos mil ocho por el requerimiento de pago efectuado mediante las cartas N° NOT-TELEF-12-07 y N° NOT-TELEF-03-08-002212, toda vez que los requerimientos se habrían efectuado a pesar de tener reclamos en trámite. El TRASU declaró fundada la queja.

De la información que obra en el expediente se puede advertir que Telefónica realizó requerimiento de pago durante el trámite de procedimientos de reclamo, conforme se aprecia en la siguiente información detallada:

<u>Expediente N° 00306-</u> 2008/TRASU/GUS-RQJ	<u>Expediente N° 00308-</u> 2008/TRASU/GUS-RQJ
Reclamo por facturación: 14.12.2007	Reclamo por facturación: 14.12.2007
Resolución de primera instancia: 29.01.2008	Requerimiento de pago: 24.01.2008
Requerimiento de pago: 19.02.2008	Resolución de primera instancia: 26.02.2008
Recurso de Apelación : 21.02.2008	Requerimiento de pago: 26.02.2008
Requerimiento de pago: 12.03.2008	Recurso de Apelación : 27.02.2008
Queja: 08.04.2008	Requerimiento de pago: 18.03.2008
Resolución del TRASU: 07.05.2008	Queja: 08.04.2008
(Queja)	Resolución TRASU (Queja): 24.04.2008

Con relación a estos dos casos, consideramos que ni la complejidad ni la antigüedad de la información que se manejaba en los reclamos presentados por el señor Victor Gonzalo Iturri Ruiz, en representación de la empresa Radiodifusora 1160 S.A. son fundamentos jurídicos válidos para eximir de responsabilidad a Telefónica en este caso².

En efecto, esta empresa tenía conocimiento de que nuestro vigente ordenamiento jurídico en materia de protección del usuario del servicio de telecomunicaciones exige a los operadores cumplir con una serie de prescripciones, entre las cuales se encuentra el no requerir el pago del monto reclamado a los usuarios que hubiesen presentado un reclamo y que el mismo se encuentre en trámite. Ello conlleva la obligación de gestionar la información que posee de forma apropiada y acorde con las obligaciones que la ley le impone.

Además, no podría sostenerse que, en virtud a la limitación temporal de la obligación de resguardo de la información sobre facturación, se puede amparar el incumplimiento del ordenamiento jurídico vigente pues como se ha mencionado Telefónica conoce las obligaciones que permanecen vigentes y que debe cumplir.

En virtud a lo señalado, los argumentos vertidos por Telefónica en los dos casos citados no acreditan una causal eximente de responsabilidad respecto de la infracción del artículo 47° del RGIS.

Finalmente, con relación a la intencionalidad o fines que se perseguían al efectuar los requerimientos de pago, debe señalarse que, al no estar contemplado el elemento subjetivo del dolo en el artículo 47° del RGIS a efectos de entender configurada la infracción, no corresponde amparar los argumentos de Telefónica respecto a su intención en los hechos analizados y si corresponde analizar la diligencia de esta empresa, como a continuación se realizará.

² Se ha podido advertir que durante el procedimiento Telefónica ha indicado que los requerimientos de pago se efectuaron dado el volumen de información y la antigüedad de los recibos reclamados, lo que generó algunos errores propios de la acción humana en la información de la empresa gestora de cobranza.

5.1 Sobre la diligencia de Telefónica

Telefónica señala que si se comete un error en el requerimiento de pago de un monto reclamado, evidentemente es la conducta posterior la que va a demostrar que no hubo intencionalidad ni deseo de infringir una norma y es lo que habría hecho en el presente caso pues, al tomar conocimiento de los requerimientos de pago por error involuntario, procedió a ajustar los montos reclamados y a cesar el cobro de los mismos, declarando fundado los reclamos.

Telefónica indica que resolución impugnada establece que no se debe tomar en cuenta la intencionalidad, y procede a imponer directamente una sanción, lo cual resulta contrario al Principio de Presunción de Licitud y de Culpabilidad.

Al respecto, a efectos de determinar la existencia o no de sanciones, debe observarse el principio de culpabilidad o responsabilidad, y en consecuencia, deberá evaluarse, si el comportamiento de Telefónica puede considerarse culposos, o doloso si es que así lo establece el artículo 47° del RGIS. Conforme al análisis hecho del artículo 47° del RGIS, puede apreciarse que el segundo párrafo no contempla el elemento de dolo a efectos de entender configurada la infracción, por lo que solo corresponde determinar si Telefónica actuó con culpa o no.

Sobre el particular, observamos que la culpa o imprudencia está relacionada con la inobservancia del cuidado debido, la cual es exigida a los administrados -en este caso Telefónica- respecto al cumplimiento de lo dispuesto mediante una norma. Es decir, dicho deber de cuidado está directamente relacionado con la diligencia que los administrados deben tener a efectos de evitar incurrir en una posible infracción, máxime cuando se trata de infracciones cuyo conocimiento y por ende, debida observancia, resulta exigible al administrado.

Cabe precisar que el deber de diligencia que se le exige a las empresas operadoras es superior al común exigido, ya sea por su grado de especialidad o porque desarrolla actividades que son consecuencia de una concesión. Sin embargo, se advierte que Telefónica no ha observado ese deber de cuidado al efectuar requerimientos de pago de montos que estaban en trámite de reclamo.

Con relación a lo señalado por Telefónica sobre su conducta posterior, es importante resaltar que el deber de cuidado o diligencia que se le exige está destinado a evitar consecuencias perjudiciales por ejemplo de la infracción de una norma como ha sucedido en este caso. Por lo tanto la diligencia debida se demuestra con las acciones que se realizaron para evitar el incumplimiento de la norma y no sobre las acciones posteriores destinadas a enmendar la infracción, por lo que no corresponde acoger sus argumentos al respecto.

En virtud de lo expuesto, la conducta de Telefónica no podría considerarse como una actuación diligente que buscó prevenir una posible infracción.

Sobre la vulneración al principio de tipicidad

Telefónica sostiene que se está vulnerando el principio de tipicidad en tanto que el TRASU estaría interpretando los alcances del segundo párrafo del artículo 47° del RGIS, extendiendo a su vez la aplicación del artículo 14° del Decreto Legislativo N° 716 (norma que determina y limita los alcances de lo previsto en el artículo 47° del

RGIS) a supuestos no recogidos por dicho precepto toda vez que los reclamos formulados por los usuarios materia del presente procedimiento sancionador, no han sido supeditados o condicionados, en cuanto a la presentación del reclamo ni en cuanto a la subsistencia del trámite ante la empresa operadora, al cumplimiento del pago previo ni bajo la aplicación de ninguno de los supuestos previstos en el segundo párrafo del artículo 47º del RGIS

Al respecto, el principio de tipicidad establecido en el artículo 230º inciso 4) de la Ley N° 27444, indica que: *“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. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria”*.⁴

Amparado en el artículo 24º de la LDFF que habilita al OSIPTEL a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas, este organismo ha tipificado como un supuesto de infracción grave la utilización de modalidades que coaccionen al usuario por el no pago del monto reclamado, sin que ello implique una interpretación extensiva del artículo 14º del Decreto Legislativo N° 716 y, por ende, tampoco implica una vulneración del principio de tipicidad.

En efecto, el artículo 47º del RGIS establece lo siguiente:

“Artículo 47.- La empresa que transgreda mediante cualquier modalidad el Artículo 14 del Decreto Legislativo N° 716, incurrirá en infracción grave. A lo establecido en el presente artículo no es de aplicación el Artículo 55 de este Reglamento.

*Entre otros supuestos, se consideran transgresiones a la norma a que se refiere el párrafo anterior, las suspensiones, cortes del servicio o la resolución del contrato de abonado, durante un procedimiento de reclamación en cualquier instancia, que no estén válidamente sustentados en una norma vigente; **la utilización de modalidades que coaccionen al usuario por el no pago del monto reclamado**; la exigencia indirecta de pago del monto reclamado; y, la no aceptación del pago del monto no reclamado”*.

Cabe precisar que el segundo párrafo del artículo 47º del RGIS incluye, en virtud a las facultades legales del OSIPTEL a las que se ha hecho referencia, un supuesto distinto al del primer párrafo del mencionado artículo, pero siempre referido al tema de obtención del pago –como en el primer párrafo- por medios vedados. El supuesto a que se refiere este párrafo es aquél en que ya se aceptó el reclamo y, en consecuencia, se encuentra en trámite el procedimiento en primera o segunda instancia, y se pretende condicionar el pago a través de mecanismos citados con carácter enunciativo (no taxativo) tales como las suspensiones, el corte del servicio o la resolución del contrato de abonado, en la medida que esas acciones no se encuentren debidamente sustentadas en una norma vigente.

Precisamente, la conducta que se viene analizando es el requerimiento de pago a usuarios a pesar de encontrarse en trámite procedimientos de reclamo. Como señala Telefónica, estos requerimientos se produjeron una vez ya admitidos a trámite los reclamos respectivos, supuesto de hecho que se encuentra debidamente contemplado en el segundo párrafo del artículo 47º del RGIS.

En virtud a lo expuesto, se concluye que en el expediente ha quedado demostrada plenamente la comisión de la infracción, la inexistencia de causales eximentes de responsabilidad; así como que no se ha infringido el principio de tipicidad.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

- 6.1 Por los fundamentos antes expuestos, se recomienda CONFIRMAR la Resolución N° 3 y, por ende, confirmar la sanción impuesta a Telefónica del Perú S.A.A. equivalente a cincuenta y un (51) Unidades Impositivas Tributarias por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 47° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, a la que se refiere la Resolución N° 1 del Expediente N° 00006-2008/TRASU/GUS-PAS.
- 6.2 Asimismo, al tratarse de una sanción impuesta frente a la comisión de una infracción grave, corresponde, de conformidad con el artículo 33° de la LDFF, la publicación en el Diario Oficial El Peruano de la resolución que el Consejo Directivo expida respecto del Recurso de Apelación presentado por Telefónica, conjuntamente con las Resoluciones de Gerencia General N° 1 y N° 3 del Expediente N° 00006-2008/TRASU/GUS-PAS.

Atentamente,

ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA
GERENTE LEGAL