

INFORME N° 079-GAL/2012

A : **MARIO GALLO GALLO**
Gerente General

DE : **L. ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA**
Gerente de Asesoría Legal

ASUNTO : **Recurso de Apelación presentado por la empresa Telmex Perú S.A. contra la Resolución N° 1**

REF. : Expediente N° 00006-2010/TRASU/GUS-PAS

FECHA : 18 de mayo de 2012

I. OBJETIVO:

En el presente informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por Telmex Perú S.A (en adelante, Telmex), 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: i) haber exigido el pago del monto reclamado al usuario, a pesar de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo; y ii) haber suspendido el servicio del usuario, a pesar de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo. En primera instancia, Telmex fue sancionada por el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (en adelante, TRASU) con dos multas equivalentes a cincuenta y uno (51) UIT cada una.

Sobre la base de los argumentos que a continuación se exponen, se recomienda declarar parcialmente fundado el recurso de apelación presentado.

II. ANTECEDENTES:

Mediante Carta C.059-2010/TRASU, del 3 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica del TRASU puso en conocimiento de Telmex el inicio de un PAS por la presunta comisión de la infracción tipificada en el artículo 47° del RGIS, debido a dos (2) conductas infractoras: i) la suspensión del servicio durante un procedimiento de reclamo y, ii) la exigencia de pago que habría realizado a distintos usuarios, a pesar de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo.

(i) Suspensión del servicio durante un procedimiento de reclamo y sin que dicha suspensión esté sustentada en una norma vigente

Esta conducta fue detectada en los siguientes expedientes de queja:

Expediente	Usuario
1. 01317-2008/TRASU/GUS-RQJ	Eduardo Cano Pizarro
2. 01326-2008/TRASU/GUS-RQJ	Jorge Galdos Villa
3. 00266-2009/TRASU/GUS-RGJ	Bertha Montero Marcos
4. 00529-2009/TRASU/GUS-RQJ	Carlos Santibañez Magallanes
5. 00543-2009/TRASU/GUS-RQJ	José Palacios Merino
6. 00869-2009/TRASU/GUS-RQJ	Juan Becerra Silva
7. 00950-2009/TRASU/GUS-RQJ	Consuelo Rojas Pantoja
8. 01162-2009/TRASU/GUS-RQJ	Mario Salazar Zapater
9. 01519-2009/TRASU/GUS-RQJ	Moisés Zúñiga Capuñay
10. 02479-2009/TRASU/GUS-RQJ	Diana Ccance Gonzales

(ii) Requerimiento de pago de montos que se encuentra con reclamo en trámite y sin que dicho requerimiento esté sustentado en una norma vigente

Esta conducta fue detectada en los siguientes expedientes de queja:

Expediente	Usuario
1. 01258-2008/TRASU/GUS-RQJ	Luis Ramírez Anaya
2. 00089-2009/TRASU/GUS-RQJ	Miguel Suarez Collazos
3. 01381-2009/TRASU/GUS-RQJ	Guillermo Haro Alfaro
4. 02230-2009/TRASU/GUS-RQJ	Juan García Miranda

- Mediante carta C.735-DJR/2010, del 15 de noviembre de 2010, Telmex solicitó una prórroga de diez (10) días hábiles adicionales para presentar sus descargos, toda vez que no contaba con las copias solicitadas de los expedientes.
- Mediante Carta C.063-TRASU/2010, de fecha 17 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica concedió el plazo adicional solicitado.
- Mediante carta C. 758-DJR, del 3 de diciembre de 2010, dentro del plazo ampliatorio concedido, Telmex presentó sus descargos.
- Mediante Carta C.065-DJR/2010, del 9 de febrero de 2011, Telmex presentó medios probatorios adicionales.
- Mediante Carta N° 030-TRASU/2011, el Órgano Instructor puso a conocimiento de Telmex la precisión respecto del artículo que tipifica la infracción indicada en la comunicación N° C.059-TRASU/2010, dada la entrada en vigencia a partir del 02 de octubre de 2010 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, aprobado mediante Ley N° 29571. Al respecto, se otorgó un plazo improrrogable de cinco (05) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la carta en mención, a fin que, de considerarlo pertinente formule sus descargos.
- Mediante carta C. 249-DJR/2011, de fecha 7 de junio de 2011, Telmex solicitó una prórroga de cinco (05) días hábiles adicionales para presentar sus descargos.
- Por Carta C.034-TRASU/2011, del 7 de junio de 2011, la Secretaría Técnica concedió el plazo adicional solicitado.
- Mediante carta C. 252-DJR/2011, de fecha 20 de junio de 2011, dentro del plazo ampliatorio concedido, Telmex presentó sus descargos.

- Mediante carta de fecha 22 de setiembre de 2011, Telmex solicitó audiencia a efectos de exponer sus argumentos, a través de un Informe Oral.
- Por Carta C.051-TRASU/2011 de fecha 30 de setiembre de 2011, la Secretaría Técnica concedió la solicitud.
- Con fecha 06 de octubre de 2011 se realizó el informe oral solicitado por Telmex.

Mediante la Resolución N° 1 de fecha 15 de marzo de 2012 – en adelante la Resolución impugnada - emitida en el presente expediente, se resolvió lo siguiente:

“1. **SANCIONAR** a la empresa operadora **TELMEX PERÚ S.A.** con una multa por la comisión de la infracción grave, de conformidad con el artículo 47° del RGIS por suspensión del servicio con reclamo en trámite e imponer una multa equivalente a cincuenta y un (51) UIT, conforme a las consideraciones expuestas en la presente resolución (...).

2. **SANCIONAR** a la empresa **TELMEX PERÚ S.A.** con una multa por la comisión de la infracción grave, de conformidad con el artículo 47° del RGIS por el requerimiento de pago durante el procedimiento con reclamo en trámite e imponer una multa equivalente a cincuenta y un (51) UIT, conforme a las consideraciones expuestas en la presente resolución.

La referida resolución fue notificada el 22 de marzo de 2012.

El 16 de abril de 2012, Telmex interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 1 del Expediente N° 00006-2010/TRASU/GUS-PAS.

Mediante Memorándum N 050-PD/2012, entregado el 18 de abril del presente año, la Presidencia del Consejo Directivo solicitó la elaboración del presente informe.

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 la elevación de los actuados 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 Telmex, 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, Telmex cuestiona los argumentos expresados en la Resolución del TRASU N° 1, que resolvió sancionar a dicha empresa por las infracciones ya señaladas. En consecuencia, se cumple con el primero de los requisitos enunciados.

En efecto, como se profundizará más adelante, Telmex 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 dicho Colegiado 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° 0006-2010/TRASU/GUS-PAS, la Resolución del TRASU N° 1 fue notificada el 22 de marzo de 2012, en tanto que el Recurso de Apelación de Telmex ingresó a la Mesa de Partes del OSIPTEL el 16 de abril de 2012, 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 Telmex.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales fundamentos de la impugnación de Telmex, que han sido expresados de manera sostenida, son los siguientes:

- En la resolución impugnada el TRASU ha violado el derecho al debido procedimiento que le asiste a Telmex, dado que ha aplicado en la realidad un régimen de responsabilidad objetiva.
- Las actuaciones de Telmex se enmarcan dentro de un comportamiento diligente de un concesionario, dado que ha cumplido el estándar de diligencia requerido, señala que una empresa diligente debe asignar sus recursos al cumplimiento de todas sus obligaciones de carácter regulatorio, de acuerdo a su importancia e impacto. Cita por ejemplo, que es irracional que una empresa invierta diez millones de dólares en el cumplimiento de la obligación específica de reconectar en el plazo de dos (2) días.
- La sanción impuesta es evidentemente desproporcionada, dado que el administrado goza del derecho que se le imponga – de ser el caso – una sanción adecuada a su comportamiento. La imposición de una alta sanción económica implica una decisión arbitraria, irrazonable y desproporcionada de acuerdo a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional.
- Cuestiona la tipificación contenida en el artículo 47° del RGIS, en tanto señala que el supuesto de hecho punible del citado artículo se encuentra íntimamente

relacionado al artículo 14° del Decreto Legislativo 716, estableciendo una forma de tipificación indirecta relativo al condicionamiento de la atención del reclamo.

V. **ANÁLISIS:**

En este punto se analizarán las argumentaciones formuladas por Telmex, así como los argumentos que el TRASU señaló en la resolución impugnada.

5.1 Sobre la infracción del artículo 47° del RGIS por parte de Telmex:

Telmex considera, respecto a la tipificación contenida en el artículo 47° del RGIS y a la vigencia del Decreto Legislativo 716, que a efectos de imponer cualquier tipo de sanción, resulta necesario que tanto el Decreto Legislativo N° 716 como el RGIS se encuentren plenamente vigentes, ya que de lo contrario el RGIS estaría haciendo una remisión (tipificación indirecta) a una norma que ya no forma parte del sistema jurídico peruano. En efecto, el Decreto Legislativo N° 716 actualmente se encuentra derogado, en virtud a lo dispuesto en la Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29571, norma que entró en vigencia el día 2 de octubre del 2011. De tal manera que a la fecha de notificación del presente intento de sanción, la norma que contiene el supuesto de hecho punible se encuentra derogada.

Sostiene – además- la vigencia y aplicación del artículo 47° del RGIS se encuentra íntimamente relacionada al Decreto Legislativo N° 716, ya que en el citado Decreto Legislativo se encuentra el supuesto de hecho punible y en el RGIS se encuentra únicamente una lista enunciativa de supuestos que transgredirían el Decreto Legislativo N° 716. Es por tales motivos que, al no encontrarse vigente el citado Decreto Legislativo y no habiéndose realizado ninguna modificación en el RGIS - a efectos de efectuar la correcta remisión a una norma que se encuentre vigente-, no resulta posible iniciar un procedimiento administrativo sancionador ya que de lo contrario se estaría vulnerando el principio de tipicidad.

Sobre el particular, ésta Gerencia de Asesoría Legal indica que el Decreto Legislativo 716 (1), Norma de Protección al Consumidor, en su artículo 14° establecía lo siguiente: *“Las empresas que prestan servicios públicos no podrán condicionar la atención de los reclamos formulados por los consumidores o usuarios al pago previo de la retribución facturada”*.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 716, fue derogado por la Ley N° 29571 que aprobó el “Código de Protección y Defensa del Consumidor”, el mismo que entró en vigencia el 02 de octubre de 2010, recogiendo en su artículo 24° el texto que a continuación se señala:

(1) El Decreto Legislativo fue publicado el 9 de noviembre de 1991. Emitiéndose posteriormente el TUO de la Ley de Protección al Consumidor D.S. N° 039-2000-ITINCI del 11 de diciembre de 2000 y luego el Texto Único de la Ley del Sistema de Protección al Consumidor D.S. N° 006-2009-PCM publicado el 30 de enero de 2009.

Artículo 24º.- Servicio de atención de reclamos

(...)

24.3 No puede condicionarse la atención de reclamos de consumidores o usuarios al pago previo del producto o servicio materia de dicho reclamo o del monto que hubiera motivado ello, o de cualquier otro pago.

Adicionalmente a lo señalado, la primera disposición complementaria derogatoria del Código señala, entre otros aspectos, que toda referencia al Decreto Legislativo N° 716 o al Decreto Supremo N° 006-2009-PCM se entenderá efectuada al Código de Protección y Defensa del Consumidor a partir de su entrada en vigencia, es decir a partir del 2 de octubre de 2010.

A mayor abundamiento, la exposición de motivos del RGIS señala textualmente:

“De acuerdo a lo establecido por el segundo párrafo del artículo 4º del Reglamento del OSIPTEL, corresponde a este organismo proteger al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de las prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, así como a los usuarios y empresas que presten dichos servicios de cualesquiera otras prácticas que los afecten. En correspondencia con tal mandato normativo, se ha previsto en el Proyecto un capítulo específico que señala como infracciones administrativas ciertos actos considerados lesivos hacia los usuarios de los servicios. Para estos efectos, OSIPTEL se remite a la norma específica de protección de los consumidores o usuarios, Decreto Legislativo 716 (...). Es pertinente mencionar que una eventual variación o modificación de tal norma no implica la ineficacia de la infracción prevista, ya que ésta se adecuará al texto modificado de la nueva norma. (El subrayado es nuestro)”

En tal sentido, podemos concluir que resulta incorrecta la interpretación de Telmex, toda vez que el artículo 47º del RGIS mantiene su eficacia y es válida para los efectos del presente procedimiento, dado que la Ley N° 29571 que aprobó el “Código de Protección y Defensa del Consumidor” simplemente recogió en un nuevo texto la disposición ya vigente contenida en el original artículo 14º del Decreto Legislativo N° 716, tratándose, desde una perspectiva sustantiva, de la misma norma, la cual rige desde 1991 hasta la fecha.

5.2 De los hechos imputados

a) Haber suspendido el servicio del usuario, a pesar de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo.

Al respecto, el artículo 47º del RGIS establece lo siguiente:

“Artículo 47.- La empresa que transgrede 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”. (el resaltado es nuestro).

Es preciso recordar que el presente PAS se inició, en este extremo, por diez (10) expedientes que son los siguientes:

Expediente	Usuario
1. 01317-2008/TRASU/GUS-RQJ	Eduardo Cano Pizarro
2. 01326-2008/TRASU/GUS-RQJ	Jorge Galdos Villa
3. 00266-2009/TRASU/GUS-RGJ	Bertha Montero Marcos
4. 00529-2009/TRASU/GUS-RQJ	Carlos Santibañez Magallanes
5. 00543-2009/TRASU/GUS-RQJ	José Palacios Merino
6. 00869-2009/TRASU/GUS-RQJ	Juan Becerra Silva
7. 00950-2009/TRASU/GUS-RQJ	Consuelo Rojas Pantoja
8. 01162-2009/TRASU/GUS-RQJ	Mario Salazar Zapater
9. 01519-2009/TRASU/GUS-RQJ	Moisés Zúñiga Capuñay
10. 02479-2009/TRASU/GUS-RQJ	Diana Ccance Gonzales

Sin embargo, de acuerdo a la información analizada por el TRASU – sobre todo el histórico de suspensiones- se ha configurado la infracción en cuatro (4) de ellos, el expediente N° 0266-2009/TRASU/GUS-RQJ, el expediente N° 01162-2009/TRASU/GUS-RQJ, el expediente N° 0869-2009/TRASU/GUS-RQJ y en el expediente N° 02479-2009/TRASU/GUS-RQJ.

Expediente N° 0266-2009/TRASU/GUS-RQJ (Bertha Montero Marcos)

Telmex indicó que el usuario señaló en su reclamo que no reconocía las llamadas adicionales que se le facturaron en el recibo N° 701-00542352, y que no se le ha aplicado el descuento correspondiente a la mensualidad por el servicio de cable.

Señala – además- que la suspensión se efectuó el 23 de febrero de 2009, en razón a que el usuario no había cancelado la parte no reclamada, teniendo pendiente de pago los cargos fijos del servicio de internet. Indica que el reclamo del cliente fue por *“el cuestionamiento de los montos de dos (2) de los tres (3) servicios facturados en el mencionado recibo, tal como se detalla en el Ticket de Atención de Reclamo”*. En tal sentido, la suspensión se realizó correctamente para lo cual adjunta el detalle de cobranza en el cual se corrobora el adeudo.

Sin embargo, el TRASU apreció que el valor reclamado asciende a S/. 395, 97 (trescientos noventa y cinco con 97/100 Nuevos Soles), monto que coincidió con el valor del recibo controvertido. Por tanto la voluntad del reclamante fue efectuar un reclamo por el valor total, hecho registrado en el formato de reclamo, no habiendo certeza de la existencia de un monto pendiente de pago y que estaba a cargo del usuario. Consecuentemente, la empresa operadora – en este caso - no se encontraba facultada para discriminar el monto reclamado ni para realizar la suspensión del servicio.

Expediente N° 01162-2009/TRASU/GUS-RQJ (Mario Salazar Zapater)

Telmex indicó que el usuario hizo un reclamo respecto al recibo N° 050-02647518, el cual fue atendido el 5 de junio de 2009, declarándolo parcialmente fundado, procediendo a la emisión de la Nota de Crédito N° 001-00021077 por la suma de S/. 5,80 (cinco y 80/100 Nuevos Soles), la misma que fue aplicada al recibo cuestionado, cancelándolo parcialmente e informándole que debía pagar la parte

no reclamada que era de S/. 284.20 (doscientos ochenta y cuatro y 20/100 Nuevos Soles).

De acuerdo a ello, el 2 de julio de 2009, procedió a suspender el servicio debido a la falta de pago del recibo N° 050-02647518, dado que el usuario fue notificado en su oportunidad con el saldo restante de pago.

Al respecto, el TRASU ha evidenciado que el usuario con fecha 1 de junio de 2009, cumplió con efectuar el pago a cuenta correspondiente al monto no reclamado, fecha incluso anterior al vencimiento del recibo reclamado (6 de junio de 2009), por un importe que coincide con el ticket del reclamo N° 73004, el cual indica como monto a pagar la suma de S/. 174.00 (ciento setenta y cuatro y 00/100 Nuevos Soles). En cuanto a la notificación de la resolución de la empresa operadora que atendió el reclamo, el TRASU ha considerado que la notificación de dicha resolución (de fecha 5 de junio de 2009) no cumple con los requisitos establecidos en la Directiva de Reclamos, por consiguiente a su juicio, el reclamo se encontraba aún en trámite.

En consecuencia, al haber el usuario cumplido con efectuar el pago de la parte no reclamada – conforme al monto establecido en el ticket de atención del reclamo- y, al haber Telmex suspendido el servicio el día dos de julio de 2009, cuando el reclamo se encontraba en trámite, se evidencia que la referida suspensión se encontraba injustificada.

Expediente N° 0869-2009/TRASU/GUS-RQJ (Juan Becerra Silva) y expediente N° 02479-2009/TRASU/GUS-RQJ (Diana Ccance Gonzáles)

En estos casos Telmex ha indicado que por errores humanos en la parte manual del procedimiento de atención de reclamos, los cuales no pudo advertirlos se originó la suspensión del servicio, hecho que afectó a algunos usuarios.

Como ha señalado el TRASU, Telmex es responsable de implementar sistemas o controles adecuados que eviten que los usuarios se vean afectados ante cualquier error. En efecto, nuestro ordenamiento en materia de protección al usuario impone a la empresa operadora una serie de prescripciones, lo cual conlleva a que ésta empresa capacite a su personal en la utilización de los sistemas e implemente sistemas o controles acordes a las obligaciones que la ley le impone. Por ello, tales alegaciones no pueden pretender que se le exima de responsabilidad en este caso.

En consecuencia, se ha probado ante el TRASU que se registró la suspensión injustificada del servicio referidas por los usuarios Bertha Montero Marcos, Mario Salazar Zapater, Juan Becerra Silva y Diana Ccance Gonzáles. Por ello, se concluye que en el presente caso, se ha configurado la infracción tipificada en el artículo 47° del RGIS.

En consideración a los fundamentos expuestos, esta Gerencia es de la opinión que Telmex ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 47° del RGIS.

b) Haber requerido el monto reclamado, a pesar de encontrarse en trámite un procedimiento de reclamo.

En este punto la discusión, en segunda instancia administrativa, gira en torno a si existió la exigencia o coacción del pago, por parte de Telmex, de montos que se encontraban en discusión en el procedimiento de reclamo tramitado bajo el expediente materia de sanción.

Esta conducta fue detectada en los siguientes expedientes de queja:

Expediente	Usuario
1. 01258-2008/TRASU/GUS-RQJ	Luis Ramírez Anaya
2. 00089-2009/TRASU/GUS-RQJ	Miguel Suarez Collazos
3. 01381-2009/TRASU/GUS-RQJ	Guillermo Haro Alfaro
4. 02230-2009/TRASU/GUS-RQJ	Juan García Miranda

Según el TRASU, el requerimiento de pago o la presión se habría realizado al haberse incluido en el texto del Recibo Telefónico los montos que estaban en discusión en un procedimiento de reclamo. De la información que obra en el expediente, se ha verificado que los montos reclamados están incluidos en una sección denominada "Saldo Anterior". Al respecto, Telmex sostiene que el hecho de incluirlo no puede ser considerado como un requerimiento de pago, pues su finalidad es brindar información al cliente, mas no exigir el pago de la totalidad del monto ahí expresado.

Cabe señalar que el TRASU verificó que se han incluido montos reclamados en el texto del Recibo Telefónico, sin embargo, se aprecia que dichos montos han sido incorporados dentro de un recuadro denominado por la empresa operadora "Saldo Anterior"; lo cual, en principio, tendría carácter informativo.

Sin perjuicio de ello, se puede apreciar que en los casos analizados, debajo o dentro de la sección Saldo Anterior, se consigna la fecha de vencimiento para el pago, de modo tal que - se advierte- no solo la información referida a una deuda anterior al recibo emitido sino que, adicionalmente, se consigna una fecha de pago para dicha deuda. Esto constituye una forma de presión en el usuario al considerar que está obligado a realizar el pago de la suma total acumulada, que incluye también el monto reclamado en la fecha de vencimiento del recibo emitido; prueba de ello son los escritos de queja presentados por los usuarios por requerimientos de pago de montos en reclamo.

No obstante, de acuerdo a la información analizada por el TRASU se ha configurado la infracción en uno (1) de ellos, que es el expediente N° 02230-2009/TRASU/GUS-RQJ.

Expediente N° 02230-2009/TRASU/GUS-RQJ (Juan Garcia Miranda)

Telmex señala que el señor García presentó un reclamo por el recibo N° 050-02688016; la resolución de primera instancia que declaró infundado el reclamo fue notificada el 4 de setiembre de 2009, por lo que con fecha 30 de setiembre de 2009 interpuso un recurso de apelación. Posteriormente, con fecha 30 de octubre de 2009 el usuario presenta una queja debido a que se incluyó el monto reclamado en el recibo de pago (N° 050-02716629).

Al respecto, la empresa señala que los conceptos y montos señalados en el recibo corresponden al período del 06 de setiembre de 2009 al 26 de setiembre de 2009, y que el proceso de facturación se cerró el 01 de octubre de 2009, horas después de la interposición del recurso de apelación. De acuerdo a ello, señala que no se realizó un requerimiento de pago, puesto que la fecha de presentación del “segundo reclamo” fue casi simultánea a la ejecución del proceso de facturación, los cuales son predeterminados.

Adicionalmente, menciona Telmex, la consignación de la información respecto a los saldos en los recibos no configura una acción de cobranza, sino una acción informativa. Manifiesta que se debe tener en cuenta que la leyenda incluida en los recibos indica a que si se encuentra al día en sus pagos se ignore la deuda, por lo que considera que no debe ser considerado como un requerimiento de pago dentro de un procedimiento de reclamo.

No obstante lo señalado, se advierte del “Ticket de Atención – Reclamo” que en el mismo se consignó como monto reclamado la totalidad del recibo facturado, por lo que Telmex debió considerar como valor reclamado el consignado expresamente en el formato de reclamo. Por tanto, la empresa operadora se encontraba impedida de requerir el pago del servicio por la totalidad del monto reclamado hasta la emisión del pronunciamiento final respectivo.

En efecto, en este caso, el 1 de octubre de 2009 Telmex efectuó un requerimiento de pago, mediante la emisión de la factura de octubre de 2009, que incluía un monto que aún se encontraba en trámite, dado que el usuario había interpuesto un recurso de apelación el 30 de setiembre de 2009, contra la respuesta de primera instancia que atendió su reclamo por el recibo de agosto de 2009.

En consideración a los fundamentos expuestos, esta Gerencia es de la opinión que Telmex ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 47º del RGIS, sin perjuicio de las particularidades del caso.

5.3 Sobre la presunta vulneración de principios en el PAS.

5.3.1 Principio del Debido Procedimiento

Telmex señala que si bien el artículo 54º del RGIS establece el procedimiento así como las reglas que deberán seguirse en el transcurso de un procedimiento administrativo sancionador, también debe tomarse en consideración las reglas establecidas en la LPAG. En ese sentido, sostiene que, en la emisión de la Resolución 1, ha existido inobservancia de su derecho a un debido procedimiento.

Al respecto, es preciso señalar que el referido principio obliga a las entidades a aplicar sanciones sujetándose al procedimiento establecido, respetando las garantías del debido proceso, donde los administrados gocen de los derechos y garantías como: el derecho a exponer sus argumentos, el derecho de ofrecer y producir pruebas, así como el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

En buena cuenta el principio del debido procedimiento constituye una garantía para los administrados frente a los órganos administrativos, que comprende el

derecho a exponer sus argumentos, ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho (2).

En el presente caso, Telmex fue notificada con el intento de sanción, se le otorgó el plazo correspondiente para que realice sus descargos, ha tenido oportunidad de exponer su posición y ejercer plenamente su derecho de defensa en las distintas etapas del procedimiento. En efecto, la empresa operadora ha planteado su posición, ha tenido la oportunidad de ofrecer las pruebas correspondientes, ha tomado conocimiento del informe de la Secretaría Técnica del TRASU, ha obtenido una decisión final de primera instancia motivada y fundamentada en derecho. Finalmente, ha tenido la oportunidad de cuestionar la referida decisión del Tribunal, como lo demuestra el recuso de apelación que es materia de análisis.

En virtud a ello, esta gerencia considera que se ha respetado el debido procedimiento del administrado, habiéndose cumplido con las garantías fundamentales en la aplicación de la sanción en cuestión.

Adicionalmente, a efectos de determinar la existencia o no de sanciones, debe observarse el principio de culpabilidad o responsabilidad, y en consecuencia, deberá evaluarse, conforme a lo anteriormente señalado si el comportamiento de Telmex puede considerarse culposos, o doloso si es que así lo establece el artículo 47° del RGIS. Conforme al análisis del citado artículo, 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 Telmex actuó con culpa o no.

Sobre el particular, observamos que la culpa o imprudencia se encuentra relacionada con la inobservancia del cuidado debido, la cual es exigida a los administrados -en este caso Telmex - 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.

Por esta razón, la alegación realizada por Telmex que es irracional que una empresa invierta diez millones de Dólares en el cumplimiento de la obligación específica de reconectar en el plazo de dos (2) días, es particularmente desatinada.

De lo señalado, se tiene 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, observamos que Telmex no ha observado ese deber de cuidado – por ejemplo- al emitir los recibos telefónicos en cuestión, pues como se ha sostenido reflejan una exigencia de pago de montos que han sido reclamados o

(2) Al respecto, el principio del debido procedimiento contenido en el Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aplicable a este procedimiento según lo dispuesto por su primera disposición transitoria, señala lo siguiente: *“Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundamentada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo”*.

suspensiones de servicio cuando los procedimientos de reclamo se encuentran en trámite. En consecuencia, la conducta de Telmex no podría considerarse como una actuación diligente que buscó prevenir una posible infracción.

Como se ha señalado en el presente expediente no se ha violado el derecho al debido procedimiento que le asiste a Telmex, ni se ha aplicado sólo un régimen de responsabilidad objetiva, dado que de acuerdo a lo actuado en el expediente el TRASU ha analizado las circunstancias particulares de cada caso y, de esta manera, ha sancionado por aquellos que realmente le generaba convicción. En efecto, cabe señalar que a lo largo del PAS han habido expedientes por los que no se ha establecido responsabilidad de la empresa operadora.

5.3.2 Sobre el Principio de Razonabilidad y la sanción a aplicar

Es importante mencionar que el presente procedimiento administrativo sancionador tiene dos extremos: i) por suspensión del servicio con reclamo en trámite, y ii) por requerimiento de pago a pesar de tener reclamo en trámite. Es decir, dos conductas que a juicio del OSIPTEL atentan contra un adecuado cumplimiento de la obligación que tiene la empresa operadora de no coaccionar a los usuarios reclamantes.

Habiéndose determinado la existencia de una infracción, esta gerencia considera que se debe tener en cuenta que, conforme lo establece el artículo 40° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo 008-2001-PCM, frente al incumplimiento de normas aplicables, de regulaciones o de obligaciones contenidas en los contratos de concesión, el OSIPTEL puede ejercer su función fiscalizadora y sancionadora imponiendo sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras que se encuentren incursas en este incumplimiento.

Con relación al extremo de **la suspensión del servicio con reclamo en trámite**, de conformidad con el artículo 30° de la LDDF, el daño o perjuicio causado constituye un elemento a ser tomado en cuenta para determinar la sanción a imponer, mas no para determinar si una infracción administrativa se cometió o no; máxime, si es evidente que la conducta infractora de Telmex afecta negativamente al interés público y al derecho de los usuarios de no ser coaccionados cuando interponen un reclamo.

Por tanto, frente a la afectación del interés público, cuya causa proviene de la conducta Telmex; corresponde que el regulador acuda a uno de los mecanismos que dispone a fin de no afectar el servicio público, es decir, imponga las sanciones correspondientes, en el entendido que es el medio más adecuado para que la empresa modifique su conducta infractora a futuro.

Adicionalmente, la Resolución N° 1, sin perjuicio de los demás consideraciones para la sanción señaló: “ (...) *Reincidencia: Sobre el particular, resulta relevante mencionar como antecedente el **Expediente N° 00014-2009/TRASU/GUS-PAS**, seguido contra la Empresa Operadora, se tramitó un procedimiento administrativo sancionador, por la comisión de la **infracción tipificada en el artículo 47° del RGIS**, advirtiéndose que, al igual en el presente caso, los actos constitutivos de la infracción fueron también la suspensión del servicio a pesar de mediar un reclamo en trámite (Resolución del TRAS N° 1 de fecha 13 de octubre de 2009). No obstante, el pronunciamiento emitido fue **revocado** en segunda instancia mediante Resolución de Presidencia N° 098-2009-PD/OSIPTEL del 18 de diciembre de*

2009, indicando que no correspondía la imposición de una sanción sino de una medida correctiva (...)"

Cabe precisar, que en la Resolución N° 1 se han considerado los criterios de gradación de la multa establecidos en el artículo 30° de la LDDF y los principios de la potestad sancionatoria administrativa señalados en el artículo 230° de la LPAG .

Por otro lado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 33° de la Ley N° 27336, *“Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves serán publicadas en el diario oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo”*; en tal sentido, corresponde disponer la publicación de la resolución a emitirse.

En cuanto, al extremo del **requerimiento de pago a pesar de tener reclamo en trámite**, el artículo 23° de la Ley N° 27336, *“Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL – en adelante LDFF- señala que las medidas correctivas serán aplicadas para evitar que un daño se torne en irreparable, para asegurar el cumplimiento de las futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Esta gerencia considera que la acción más idónea resultaba ser la de imponer una medida correctiva, en vista de que ésta se hubiera encontrado directamente referida a subsanar las deficiencias, en atención al Principio de Razonabilidad consagrado en la LPAG y considerando que se trata de un solo caso comprobado, máxime si el TRASU no menciona circunstancias referidas a la repetición, continuidad y/ o reiteración del requerimiento de pago en concreto.*

Cabe precisar que el objetivo de la actuación del regulador en el presente caso era corregir la conducta y evitar un daño mayor. Teniendo en consideración ello, el órgano instructor, antes de iniciado o en cualquier etapa del procedimiento administrativo sancionador, debió analizar la posibilidad de que la Gerencia General del OSIPTEL emitiera una Medida Correctiva a fin que Telmex rectificara su actuación.

No habiéndose verificado en este caso ninguno de estos hechos y considerando que, a criterio de esta gerencia, correspondía en este extremo la imposición de una medida correctiva y no la imposición de una sanción, se recomienda al Consejo Directivo revocar este extremo de la Resolución N° 01.

VI. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN:

1. De la revisión del expediente y los fundamentos expuestos se determina que Telmex ha incumplido lo dispuesto en el artículo 47° de la Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, RGIS), que justifica la sanción impuesta mediante Resolución N° 01-2011-GG/OSIPTEL en el extremo de suspensión del servicio con reclamo en trámite. No obstante, en cuanto al extremo de requerimiento de pago con reclamo en trámite, esta Gerencia considera que debió dictarse una medida correctiva.
2. En consecuencia, esta Gerencia de Asesoría Legal recomienda declarar PARCIALMENTE FUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por Telmex Perú S.A. contra la Resolución N° 01. Por ello, se recomienda: a) Confirmar lo resuelto en la Resolución N° 1 del Expediente N° 0006-2010/TRASU/GUS-PAS, en el extremo que dispuso imponer a Telmex S.A.C. una sanción 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 (suspensión del servicio con procedimiento de reclamo en trámite); y b) Revocar lo resuelto en la Resolución N° 1 del Expediente N° 0006-2010/TRASU/GUS-PAS, en el extremo que dispuso imponer a Telmex Perú S.A. una sanción 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 (requerimiento de pago de monto reclamado).

3. Para dichos efectos se adjunta el proyecto de resolución y el proyecto de Acuerdo del Consejo Directivo.

Atentamente,

L. ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA
GERENTE DE ASESORÍA LEGAL

AAT/gtl.

