



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DEL CUERPO COLEGIADO N° 003-2012-CCO-PAS/OSIPTEL

Lima, 21 de diciembre de 2012

EXPEDIENTE	002-2011-CCO-ST/IX-O Procedimiento Sancionador
MATERIA	Interconexión y otros
ADMINISTRADO	Telefónica del Perú S.A.A.

SUMILLA: Se dispone sancionar a Telefónica del Perú S.A.A. con una multa ascendente a cincuenta y un (51) Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 23° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL; y con una multa ascendente a ciento cincuenta y un (151) Unidades Impositivas Tributarias, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 44° de la Resolución N° 022-99-CD/OSIPTEL.

El Cuerpo Colegiado a cargo del procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones cometidas en el marco de la controversia tramitada en el Expediente N° 002-2011-CCO-ST/IX-O, por supuesto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 23° del Reglamento de Controversias anterior - Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL y el artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones – Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL.

VISTO:

El expediente N° 002-2011-CCO-ST/IX-O correspondiente al procedimiento sancionador iniciado contra Telefónica del Perú S.A.A.

CONSIDERANDO:

I. EMPRESA INVESTIGADA

Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) es una empresa privada dedicada a brindar servicios de telecomunicaciones. Por Decreto Supremo N° 11-94-TC, de 13 de mayo de 1994, obtuvo la concesión para prestar el servicio público de portador de larga distancia nacional y larga distancia internacional. Asimismo, mediante el referido Decreto Supremo, se le otorgó la concesión para prestar el servicio de telefonía fija local.

II. ANTECEDENTES

1. Con fecha 24 de enero de 2011, Convergía Perú S.A. (en adelante, CONVERGIA), mediante escrito, complementado posteriormente por sus escritos del 9 y 11 de febrero de 2011, interpuso denuncia contra TELEFÓNICA en materia de interconexión.¹

¹ Esta denuncia dio inicio a la controversia que se siguió en el Expediente N° 002-2011-CCO-ST/IX-O.

2. Con fecha 27 de enero de 2011, TELEFÓNICA efectuó el Primer Corte (1º Corte) de los servicios que venía prestando a CONVERGIA.
3. Con fecha 1 de febrero de 2011, mediante Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado (en adelante, el CCO) concedió la primera medida cautelar solicitada por CONVERGIA el 31 de enero de 2011 (Escenario 1). Dicho pronunciamiento fue confirmado por el Tribunal de Solución de Controversias (en adelante, TSC) mediante Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL del 14 de marzo de 2011.
4. Mediante Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL del 16 de febrero de 2011, el CCO admitió a trámite la denuncia de CONVERGIA.
5. Con fecha 20 de junio de 2011, mediante Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, el CCO concedió la segunda medida cautelar solicitada por CONVERGIA (Escenario 2).
6. Con fecha 22 de junio de 2011, a las 00:00 horas, TELEFÓNICA efectuó el Segundo Corte (2º Corte) del servicio en las ciudades del Escenario 2.
7. Mediante Resolución N° 004-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 24 de junio de 2011, se ordenó a TELEFÓNICA cumplir la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, debiendo ésta reconectar los servicios prestados en las ciudades del Escenario 2.
8. Por Resolución N° 005-2011-TSC/OSIPTEL del 25 de julio de 2011, el TSC confirmó la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL por la cual el CCO concedió la segunda medida cautelar, la misma que fue apelada por TELEFÓNICA².
9. Con fecha 19 de julio de 2011, la Secretaría Técnica emitió en el expediente principal el Informe Instructivo N° 011-STCCO/2011.
10. Con fecha 20 de julio de 2011, TELEFÓNICA efectuó el Tercer Corte (3º Corte) del servicio en las ciudades del Escenario 2.
11. Mediante Resolución Final N° 025-2011-CCO/OSIPTEL, de 09 de setiembre de 2011, el CCO: (i) declaró infundadas las pretensiones principales primera, segunda y tercera planteadas por CONVERGIA y sus respectivas pretensiones accesorias; (ii) dejó sin efecto las medidas cautelares otorgadas durante el procedimiento, sin perjuicio de la ejecución de la contracautela dispuesta mediante Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL; (iii) ordenó a la Secretaría Técnica realizar las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por supuestas infracciones al artículo 23° del Reglamento de Controversias y/o al artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones y de ser el caso proceder con el inicio formal del procedimiento sancionador; (iv) puso en conocimiento de la Gerencia General del OSIPTEL la Resolución Final, para que a través de las áreas

² Con fecha 28 de junio, el CCO emitió la Resolución N° 005-2011-MC1-CCO/OSIPTEL mediante la cual se concedió, sin efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL.

correspondientes, adopte las medidas que considere necesarias, en el marco de sus funciones; y (v) declaró improcedente la solicitud de CONVERGIA de ordenar el pago de costas y costos a TELEFÓNICA.

12. Con fecha 5 de diciembre de 2011, mediante Resolución N° 019-2011-TSC/OSIPTEL, el TSC confirmó la Resolución Final emitida por el CCO.
13. Mediante Oficio N° 058-STCCO/2012, de 27 de febrero de 2012, la Secretaría Técnica Adjunta del CCO (en adelante, STCCO) puso en conocimiento de TELEFÓNICA el inicio del procedimiento sancionador por los cortes (2° y 3°) efectuados durante la tramitación del procedimiento principal, remitiéndole el Informe N° 011-STCCO/2012 y otorgándole un plazo de diez (10) días para la presentación de sus descargos.
14. Con fecha 12 de marzo de 2012, TELEFÓNICA presentó su escrito de descargos en relación a lo argumentado por la STCCO en el Informe N° 011-STCCO/2012.
15. El 04 de octubre de 2012, la STCCO emitió el Informe N° 054-STCCO/2012 (en adelante, Informe Instructivo) mediante el cual se dan a conocer los resultados de la investigación y análisis realizados en el procedimiento sancionador seguido contra TELEFÓNICA por presuntas infracciones a lo dispuesto en el artículo 23° de la Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL, Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, Reglamento de Controversias anterior) y al artículo 44° de la Resolución N° 002-99-CD-OSIPTEL, Reglamento General de Infracciones y Sanciones (en adelante, Reglamento de Infracciones y Sanciones).
16. Mediante Resolución N° 001-2012-CCO-PAS/OSIPTEL de 10 de octubre de 2012, este CCO estimó conveniente poner en conocimiento de TELEFÓNICA el Informe Instructivo emitido por la STCCO a fin que, de así considerarlo, dicha empresa presente sus comentarios por escrito en un plazo de cinco (5) días hábiles.
17. Con fecha 19 de octubre de 2012, TELEFÓNICA solicitó la ampliación del plazo para presentar sus comentarios al Informe Instructivo.
18. Mediante Resolución N° 002-2012-CCO-PAS/OSIPTEL de 22 de octubre de 2012, este colegiado concedió a TELEFÓNICA un plazo adicional de tres (3) días hábiles para que presente sus comentarios al Informe Instructivo.
19. Con fecha 25 de octubre de 2012, TELEFÓNICA presentó sus comentarios al Informe Instructivo y solicitó el uso de la palabra para exponer sus argumentos al colegiado.
20. Por Oficio N° 163-STCCO/2012, la STCCO informó a TELEFÓNICA que, estando a lo dispuesto por el CCO, se le otorgaba el uso de la palabra.
21. El 19 de noviembre de 2012 se llevó a cabo el Informe Oral solicitado por TELEFÓNICA.
22. Con fecha 22 de noviembre de 2012, TELEFÓNICA presentó un escrito mediante el cual adjuntó la presentación expuesta en el Informe Oral.

III. INFRACCIONES IMPUTADAS

En el Informe N° 011-STCCO/2012 sobre inicio del procedimiento sancionador, se imputaron a TELEFÓNICA infracciones a los artículos 23° de la Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL, Reglamento de Controversias anterior y al artículo 44° de la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento de Infracciones y Sanciones. Al respecto, la STCCO concluyó lo siguiente en relación con los hechos materia de análisis:

- **Corte de fecha 22 de junio de 2011 (2° Corte):** Existen indicios que dicho corte se habría producido respecto de un servicio que constituía materia controvertida, y en tal sentido, corresponde el inicio de un procedimiento sancionador por infracción al artículo 23° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento de Controversias anterior.
- **Corte de fecha 20 de julio de 2011 (3° Corte):** Existen indicios que dicho corte se habría realizado en contravención a un pronunciamiento expreso del CCO, y en tal sentido, corresponde el inicio de un procedimiento sancionador por infracción al artículo 44° de la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento de Infracciones y Sanciones.

IV.POSICIÓN DE TELEFÓNICA

TELEFÓNICA, en su escrito de descargos indicó como principales argumentos:

4.1. Segundo Corte (2° Corte)

- En el procedimiento principal la controversia se encontró circunscrita a determinar la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA, siendo que el contrato de arrendamiento de circuitos y su ejecución no formó parte de la materia controvertida, toda vez que era un servicio independiente de la supuesta interconexión alegada por CONVERGIA.
- En virtud al precedente de observancia obligatoria establecido en la Resolución N° 024-2003-TSC/OSIPTEL (Expediente N° 003-2003-ST/IX - Cuaderno Cautelar), el artículo 23° del Reglamento de Controversias no le impide cobrar deudas no controvertidas ni suspender el servicio por falta de pago. En tal sentido, al encontrarse impagas las facturaciones de CONVERGIA por arrendamiento de circuitos de los meses de febrero, marzo, abril y mayo de 2011 y dado que dicho servicio no estaba controvertido, se encontraba legitimada para efectuar el corte del arrendamiento de circuitos.
- Adicionalmente, en caso se considerase al servicio de arrendamiento de circuitos como parte de la materia controvertida, el corte de servicio se encontraba legitimado por la falta de pago de la facturación correspondiente al mes de enero de 2011. Dicha facturación fue generada con anterioridad a la admisión a trámite de la denuncia de CONVERGIA, siendo que inclusive ésta ha reconocido la prestación del servicio durante ese mes.

4.2. Tercer Corte (3º Corte)

- Una vez otorgada la medida cautelar concedida mediante Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, correspondía a TELEFÓNICA mantener el servicio de arrendamiento de circuitos y a CONVERGIA continuar con el pago correspondiente por los servicios prestados, sin embargo CONVERGIA no cumplió con dicha obligación.
- Mediante cartas del 01, 08 y 15 de julio de 2011, TELEFÓNICA informó al CCO que CONVERGIA venía incumpliendo lo ordenado por la medida cautelar, toda vez que no había pagado las facturaciones de los meses de enero y junio de 2011. Asimismo, indicó que CONVERGIA no había cumplido con abonar las facturaciones correspondientes a los meses de febrero a mayo de 2011.
- El 06 de julio de 2011, el CCO emitió la Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL en la cual señaló que TELEFÓNICA se encontraba habilitada a cautelar sus derechos haciendo uso de los procedimientos legalmente establecidos.
- En virtud a dicha resolución, mediante carta del 15 de julio de 2011, TELEFÓNICA informó al CCO que dado el incumplimiento en los pagos por parte de CONVERGIA, procedería a efectuar el corte del servicio de arrendamiento de circuitos.
- En tal sentido, precisó que el corte del servicio se produjo luego de haber comunicado al CCO sobre el incumplimiento en los pagos por parte de CONVERGIA, siendo que inclusive se emitió la Resolución N° 007-2011-CCO/OSIPTEL que la facultaba para proceder al corte del servicio, motivo por el cual en atención a los principios de conducta procedimental y predictibilidad, considera que su conducta debe ser amparada por el CCO.
- Finalmente, TELEFÓNICA señaló que reconectó los servicios tras lo ordenado por la medida cautelar concedida por Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, en las cinco ciudades (Escenario 2) lo cual permitió que CONVERGIA se mantuviera interconectada, lo cual se desprende del acta de supervisión y lo señalado por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión en el Memorando N° 449-GFS/2011 del 02 de agosto de 2011.

V. INFORME INSTRUCTIVO

La STCCO en su Informe Instructivo concluyó lo siguiente:

1. TELEFÓNICA realizó el corte de servicios con fecha 22 de junio de 2011 (2º Corte) en contravención de lo dispuesto en el artículo 23º del Reglamento de Controversias anterior – Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL.
2. TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL al efectuar el corte de servicios con fecha 20 de julio de 2011 (3º Corte), infringiendo lo previsto en el artículo 44º del Reglamento de Infracciones y Sanciones – Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL.

VI. COMENTARIOS DE TELEFÓNICA AL INFORME INSTRUCTIVO

TELEFÓNICA formuló sus argumentos al Informe Instructivo emitido por la STCCO, entre los cuales destacan principalmente los siguientes:

6.1. Segundo corte (2º Corte)

- Ante la falta de pago de la obligación derivada del Contrato de Arrendamiento (materia no sujeta a la controversia), TELEFÓNICA podía suspender el servicio de arrendamiento de circuitos: CONVERGIA comunicó su decisión de resolver el referido contrato el 31 de enero de 2011. En consecuencia, correspondía pagar las obligaciones referidas hasta el mes de enero –afirmación que no fue cuestionada por CONVERGIA en sus escritos–.
- A pesar de que la STCCO recogió el argumento de TELEFÓNICA, en el desarrollo de la posición de la empresa investigada en el Informe Instructivo, ésta no se pronunció de forma posterior sobre la validez del corte.
- El caso “Nortek”³ habilitaba a TELEFÓNICA a efectuar el referido corte en la medida que el mismo estaba relacionado a un monto no controvertido. Adicionalmente, TELEFÓNICA señala que incluso en el supuesto que OSIPTEL hubiese interpretado que el mencionado corte se efectuó en base a un servicio controvertido, el caso “Nortek” también le habilitaba a cortar por falta de pago en aquellos supuestos en los que el referido servicio fuese parte de la controversia⁴.
- El artículo 23º del Reglamento de Controversias no puede desconocer un derecho de cobro establecido en el Contrato de Arrendamiento hasta el mes de enero de 2011, en tanto TELEFÓNICA y CONVERGIA admitieron la validez del referido contrato⁵: La STCCO “(...) *no puede pretender desconocer [el derecho de cortar] (...) sustentando que el procedimiento estuvo dirigido desde el inicio (...) a dilucidar la naturaleza y exigibilidad de los servicios provistos (...)*”, más no pronunciarse sobre la ejecución de alguna factura impaga; toda vez que la relación previa al mes de febrero no fue un punto controvertido, en tanto ambas partes admitían la validez del Contrato de Arrendamiento hasta dicha fecha⁶.
- El CCO no se pronunció en la parte resolutive de las Resoluciones N° 012 y 013-2011-CCO/OSIPTEL sobre la relación contractual derivada del Contrato de

³ El referido caso fue establecido mediante Resolución N° 024-2003-TSC/OSIPTEL.

⁴ En el primer párrafo de la página 6 del escrito N° 1 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 12 de marzo de 2012, TELEFÓNICA indicó lo siguiente:

“(…), consideramos que incluso en el supuesto en el que se considerara que los circuitos cuyo pago exige TELEFÓNICA a CONVERGIA formaban parte de la relación puesta a consideración en el procedimiento seguido por CONVERGIA, fue legítimo suspender la provisión del servicio de arrendamiento de circuitos por falta de pago”.

⁵ En el primer párrafo de la página 8 del escrito N° 3 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 25 de octubre de 2012:

“(…) la garantía establecida en el artículo 23º del Reglamento de Controversias no puede desconocer un derecho de cobro establecido en un Contrato de Arrendamiento aceptado por ambas partes y que no ha sido discutido en un procedimiento”.

⁶ Extracto recogido de la página 7 del escrito N° 3 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 25 de octubre de 2012.

Arrendamiento de Circuitos, en consecuencia, se desprende que dicha materia no fue parte de la controversia⁷.

- En la medida que la relación de interconexión existente y la de arrendamiento de circuitos eran independientes, cualquier cobro y corte por este servicio no podía contravenir lo establecido por el artículo 23° del Reglamento de Controversias.

6.2. Tercer corte (3° Corte)

- El CCO consideró que el artículo 23° del Reglamento de Controversias no aplicaba al caso en la medida que estimó necesario que CONVERGIA cumpliera con otorgar una contracautela para salvaguardar su interés.
- No era oponible a TELEFÓNICA la medida cautelar en tanto la condición establecida por el CCO no estaba siendo cumplida por CONVERGIA. En ese sentido, para que la medida cautelar surtiera efectos, CONVERGIA debía (i) presentar una carta fianza; y, (ii) cumplir con sus demás obligaciones de pago. De esta forma, TELEFÓNICA considera como falsas las afirmaciones de la STCCO, toda vez que TELEFÓNICA nunca señaló que hubiese incumplido lo dispuesto por el CCO en base a un incumplimiento de CONVERGIA.
- La medida cautelar establecía una condición suspensiva: En base a la condición establecida en la medida cautelar (otorgamiento de una carta fianza) por el mismo CCO, TELEFÓNICA no se encontraba obligada a restituir el servicio⁸.

6.3. Conducta procedimental de TELEFÓNICA

- TELEFÓNICA, en base a la buena fe, siempre mantuvo informado y consultó al CCO sobre el correcto proceder y la factibilidad de suspender el servicio de arrendamiento de circuitos.
- En la medida que la Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL⁹ declaró que TELEFÓNICA se encontraba “habilitada a cautelar sus derechos haciendo uso de los procedimientos legalmente establecidos”, TELEFÓNICA estuvo habilitada a efectuar el corte del 20 de julio de 2011. Sin perjuicio de la referida habilitación,

⁷ En la página 10 del escrito N° 1 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 12 de marzo de 2012:

“Como vemos, la controversia se encontró efectivamente circunscrita a determinar cuál es la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA y la naturaleza de la relación existente entre ambas. No obstante, el Contrato de Arrendamiento de Circuitos del año 2005 y su ejecución no formó parte de la misma en la medida que el mismo CCO en su resolución final no se pronunció en la parte resolutive sobre la relación contractual que existía entre TELEFÓNICA y CONVERGIA, en base al Contrato de Arrendamiento de Circuitos.(...)”.

En el primer párrafo de la página 10 del escrito N° 3 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 25 de octubre de 2012:

“(...) el Contrato de Arrendamiento de Circuitos del año 2005 y su ejecución no formó parte de la misma en la medida que el mismo CCO en su resolución final no se pronunció en la parte resolutive sobre la relación contractual que existía entre TELEFÓNICA y CONVERGIA, en base al Contrato de Arrendamiento de Circuitos.(...)”.

⁸ Extracto recogido de la página 12, del escrito N° 3, de fecha 25 de octubre de 2012, de Telefónica del Perú S.A.A.: *“Es más en base a esta condición de carta fianza ordenada por el mismo CCO TELEFÓNICA no se encontraba obligada a restituir el servicio”.*

⁹ Dicha resolución fue posterior a los dos comunicados cursados por TELEFÓNICA respecto al incumplimiento de la medida cautelar por parte de CONVERGIA.

TELEFÓNICA procedió con el corte no sin antes comunicar con 5 días de anticipación sobre dicha medida.

VII. NORMATIVA APLICABLE

En la misma línea de lo indicado por la STCCO en su Informe Instructivo, antes de entrar al análisis de fondo respecto de la comisión de las infracciones imputadas a TELEFÓNICA, debe considerarse que mediante Resolución N° 136-2011-CD/OSIPTel de fecha 27 de octubre de 2011, se aprobó el nuevo Reglamento General del OSIPTel para la Solución de Controversias entre Empresas (en adelante, el nuevo Reglamento de Solución de Controversias), el cual entró en vigencia el 18 de noviembre de 2011 y sustituyó al Reglamento anterior aprobado mediante Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTel.

Por tal motivo, y tomando en cuenta que la controversia suscitada entre CONVERGIA y TELEFÓNICA en cuyo marco se produjeron las infracciones que motivan el presente procedimiento, se inició con el Reglamento de Controversias anterior, corresponde, como aspecto previo al análisis de fondo, determinar cuál es la normativa aplicable tanto en los aspectos procedimentales, como respecto a las infracciones y sanciones correspondientes.

7.1. Normativa aplicable en materia procedimental

La Disposición Transitoria Única del nuevo Reglamento de Controversias, establece que: *“Los procedimientos en curso que se refieran a controversias entre empresas continuarán su tramitación de conformidad con lo previsto por las normas vigentes al momento en que se iniciaron”*.

En ese sentido, corresponde que las controversias iniciadas a partir del 18 de noviembre de 2011 fijen su tramitación conforme a las normas procedimentales establecidas en el nuevo Reglamento de Controversias.

En el presente caso se tiene que, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución N° 025-2011-CCO/OSIPTel de fecha 9 de setiembre de 2011, el CCO ordenó a la STCCO realizar las indagaciones necesarias a efectos de determinar si concurren circunstancias que justifiquen el inicio de un procedimiento sancionador a TELEFÓNICA por la comisión de supuestos cortes indebidos.

De acuerdo a lo establecido por el numeral 3 del artículo 234° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 (en adelante, LPAG), el procedimiento sancionador se inicia con la notificación del cargo al posible sancionado¹⁰. En el presente caso, TELEFÓNICA fue notificada sobre el inicio del presente procedimiento sancionador, mediante Oficio N° 058-STCCO/2012, el 27 de febrero de 2012.

¹⁰ **Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444**

“Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por: (...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia. (...).”

Conforme a lo señalado, las normas procedimentales que regirán la tramitación del presente procedimiento sancionador contra TELEFÓNICA son aquellas contenidas en el nuevo Reglamento de Controversias.

7.2. Normativa aplicable en materia de sanciones

A diferencia de las normas procedimentales, en la aplicación de las normas materiales –como son las que establecen una regla de conducta y/o una sanción– se debe tener presente los principios de la potestad sancionadora administrativa establecidos en el artículo 230º de la LPAG. Entre dichos principios figura el de irretroactividad de las normas sancionadoras, según el cual las infracciones se rigen por las normas vigentes al momento en que el administrado incurre en la conducta infractora, salvo que las normas posteriores le resulten más favorables¹¹.

En el presente caso tenemos que, la infracción imputada respecto del 2º Corte (22 de junio de 2011), se encontraba tipificada al momento de la realización del mismo, por el artículo 23º del Reglamento de Controversias anterior, por lo que en principio ésta sería la norma aplicable, salvo que el nuevo Reglamento de Controversias contenga una disposición más favorable respecto de la mencionada conducta.

De la revisión de ambos reglamentos se observa que el artículo 23º del Reglamento de Controversias anterior tipifica la conducta mencionada como infracción grave, mientras que el nuevo reglamento la tipifica como muy grave¹², lo cual implica la imposición de una sanción mayor.

Por lo tanto, tomando en consideración que la sanción prevista por el nuevo Reglamento de Controversias es más gravosa que la impuesta por la norma anterior, corresponde la aplicación de la norma vigente al momento de la comisión de la infracción, es decir, se aplica el artículo 23º del Reglamento de Controversias anterior, constituyendo el incumplimiento de este, infracción grave.

VIII. ANÁLISIS

8.1. SEGUNDO CORTE (2º CORTE)

a) Presunta infracción al artículo 23º del Reglamento de Controversias anterior

Como se ha indicado anteriormente, el artículo 23º del Reglamento de Controversias anterior, establece lo siguiente:

¹¹ **Ley del Procedimiento Administrativo General - Ley 27444**

“Artículo 230º Principios de la Potestad Sancionadora

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

(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores sean más favorables.”

¹² En la exposición de motivos de la referida norma se indica que el cambio se justifica en la necesidad de adecuar la calificación de la sanción prevista en el artículo 23º del Reglamento de Solución de Controversias a lo dispuesto en el artículo 79º-B y el numeral 41 del Anexo 5 del TUO de Normas de Interconexión y modificatorias, de modo que se uniformice el régimen de sanciones en materia de interconexión.

“Artículo 23°.- Corte o suspensión del servicio. Ninguna de las partes puede proceder al corte o suspensión del servicio o facilidad del servicio de telecomunicaciones correspondiente por fundamentos vinculados al objeto de la controversia. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo constituye infracción grave”. (El subrayado es nuestro).

Como lo han señalado las instancias de controversias en anteriores pronunciamientos, dicha norma tiene por objeto garantizar “(...) *que durante la tramitación de un procedimiento, ninguna de las partes pueda proceder al corte del servicio vinculado a la controversia, en tanto la suspensión de dicho servicio, cuando no existe un pronunciamiento de la autoridad en relación a la incertidumbre planteada por alguna de las partes, podría causar un perjuicio irreparable, no sólo para la empresa, sino también para los usuarios de dicho servicio público de telecomunicaciones*”¹³. (El subrayado es nuestro).

Es decir, la finalidad del citado artículo es establecer un mecanismo de protección tanto para las empresas como para los usuarios, contra los efectos negativos de posibles cortes de un servicio público de telecomunicaciones o facilidad relacionada a este, sustentados **en motivos que son inciertos y que justamente constituyen la materia en controversia** y que, por lo tanto, serán analizados y dilucidados por las instancias de solución de controversias.

Por su parte, en la Resolución Final N° 025-2011-CCO/OSIPTEL emitida por el CCO en el expediente principal de este procedimiento, se indicó que la protección otorgada por el artículo 23° se habilita con el pronunciamiento respectivo por parte del CCO a través de la resolución de admisión de la denuncia o mediante el otorgamiento de una medida cautelar para evitar el corte de los servicios involucrados. La necesidad de un pronunciamiento expreso del CCO, ya sea admitiendo la denuncia o concediendo una medida cautelar, se fundamenta en el hecho que el artículo 23°, al funcionar en los hechos como una medida cautelar que impide el corte o la suspensión de determinados servicios, requiere de un mínimo de verosimilitud de lo solicitado por la parte denunciante. Dicho pronunciamiento fue confirmado por el TSC mediante Resolución N° 019-2011-TSC/OSIPTEL.

❖ *Los hechos materia de la presunta infracción*

Por Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 20 de junio de 2011, este CCO concedió una segunda medida cautelar solicitada por CONVERGIA a fin de evitar el corte de servicios provistos por TELEFÓNICA en el Escenario 2, ordenando a dicha empresa mantener la prestación de tales servicios, y asimismo, ordenando a CONVERGIA presentar una carta fianza bancaria de cuando menos US\$ 46,000 dólares americanos, a modo de contracautela. Cabe indicar que mediante Resolución N° 004-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 24 de junio de 2012, y en atención a la carta fianza presentada por CONVERGIA, se ordenó a TELEFÓNICA que cumpla con lo dispuesto en la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL¹⁴.

¹³ Resolución del Cuerpo Colegiado N° 028-2005-CCO/OSIPTEL, de 3 de junio de 2005, correspondiente a la controversia seguida por System One World Communication Perú S.A.A. contra Telefónica del Perú S.A.A., en el Expediente N° 003-2004-CCO-ST/IX.

¹⁴ Dicho pronunciamiento fue confirmado por el TSC mediante Resolución N° 005-2011-TSC/OSIPTEL del 25 de julio de 2011.

Ahora bien, TELEFÓNICA efectuó el 2º Corte del servicio provisto en el Escenario 2 por un periodo que va desde las 00:00 horas del día 22 de junio a las 18:00 horas del día 24 de junio de 2011. En su oportunidad, TELEFÓNICA indicó que CONVERGIA no cumplió con el pago de sus obligaciones en virtud de los contratos suscritos entre ambas por lo que correspondía la suspensión de los servicios prestados¹⁵.

En sus descargos, TELEFÓNICA indicó como principales argumentos que la controversia se encontró circunscrita a determinar la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA, siendo que el contrato de arrendamiento de circuitos y su ejecución no formó parte de la materia controvertida, toda vez que era un servicio independiente de la supuesta interconexión alegada por CONVERGIA.

Asimismo, indicó que en virtud del precedente de observancia obligatoria establecido en la Resolución N° 024-2003-TSC/OSIPTEL (Expediente N° 003-2003-ST/IX-Cuaderno Cautelar), el artículo 23º del Reglamento de Controversias no le impide cobrar deudas no controvertidas ni suspender el servicio por falta de pago; por ello al encontrarse impagas las facturaciones de CONVERGIA por arrendamiento de circuitos y dado que dicho servicio no estaba controvertido, se encontraba legitimada para efectuar el corte del arrendamiento de circuitos. Finalmente, señaló que en caso se considerase al servicio de arrendamiento de circuitos como parte de la materia controvertida, el corte de servicio se encontraba legitimado por la falta de pago de la facturación correspondiente al mes de enero de 2011.

❖ *El artículo 23º del Reglamento de Controversias*

A continuación, este colegiado estima pertinente presentar un recuento de los pronunciamientos del los CCO respecto de la aplicación del artículo 23º del Reglamento de Controversias y de algunos argumentos de TELEFÓNICA en la tramitación de las diversas controversias, los cuales han sido materia de comentario a lo largo del presente procedimiento sancionador.

- ✓ En cuanto al ámbito de aplicación del referido artículo 23º se puede destacar lo siguiente:

¹⁵ Al respecto, se destaca lo siguiente:

- Escrito de TELEFÓNICA de fecha 21 de junio de 2011, mediante el cual informó al CCO sobre la suspensión efectiva del servicio de arrendamiento de circuitos: "(...) Convergía no ha cumplido con abonar los montos a los que hacemos referencia en el párrafo anterior, en virtud de lo cual y en estricto cumplimiento de los contratos que vinculan a ambas empresas, el marco regulatorio y el Código Civil, procederemos a suspender el servicio de los cinco (5) circuitos contratados a las 00:00 horas del día miércoles 22 de junio de 2011, así como a dar por resuelto el contrato que vincula a ambas empresas por falta de pago convenido"¹⁵. (El subrayado es nuestro)
- Escrito de CONVERGIA de fecha 28 de junio de 2011, mediante el cual corroboró que el anunciado corte fue efectuado por TELEFÓNICA, de acuerdo a lo siguiente: "Como bien sabe el CCO, Telefónica suspendió la interconexión y los servicios de originación, terminación, tránsito y transporte conmutado desde y hacia las ciudades de Cerro de Pasco, Piura, Lambayeque, La Libertad y Arequipa el día 22 de junio a las 00:00 horas, reconectándose los servicios recién el día viernes 24 de junio a las 18:00 horas aproximadamente con motivo de la medida cautelar otorgada por el CCO y luego de la presentación de la Carta Fianza por parte de Telefónica." (El subrayado es nuestro)
- Escrito de TELEFÓNICA de fecha 1 de julio de 2011, mediante el cual confirma lo señalado por CONVERGIA, y menciona además que se efectuó la reconexión a las 18:00 horas del día 24 de junio de 2011: "(...) procedimos a las 06:00 p.m. del día 24 de junio a levantar la suspensión por falta de pago de los circuitos arrendados a Convergía en las localidades de Arequipa, Cerro de Pasco, La Libertad, Lambayeque, Piura"¹⁵. (El subrayado es nuestro)

- En el caso tramitado en el Expediente N° 003-2003-CCO, seguido por Nortek Communications SAC contra Telefónica del Perú S.A.A., **el CCO no circunscribió el ámbito de aplicación del artículo 23° únicamente a montos controvertidos:** *“(…) la demanda genera obligación de las partes de abstenerse de cortar o suspender los servicios de telecomunicaciones vinculados al objeto de la controversia por fundamentos vinculados, en este caso por el no pago de los montos controvertidos”*¹⁶.
(Subrayado agregado)
- En la controversia Gamacon SAC contra Telefónica del Perú S.A.A.– Exp. N° 005-2003 , el CCO dejó establecido que **el ámbito de aplicación del artículo 23° podía abarcar conceptos controvertidos o montos controvertidos**¹⁷: *“Que, conforme al artículo 23° del Reglamento de Controversias (...), el acreedor se encuentra facultado a suspender el servicio de interconexión por falta de pago respecto de los conceptos o montos que no son materia de controversia”*¹⁸.
- ✓ En relación con la consideración de TELEFÓNICA que el artículo 23° representa una medida cautelar *per se*:
 - En el caso AT&T Perú SA contra Telefónica Móviles S.A.C. – Exp. N° 03-2002, Telefónica Móviles S.A.C. **identificó el artículo 23° como una medida cautelar *per se*** a razón de una interpretación esbozada por la denunciante, AT&T¹⁹. En ese sentido, Telefónica Móviles S.A.C. afirmó: *“(…) el artículo 10 [Antecedente normativo del artículo 23] del Reglamento de Solución de Controversias constituye una medida cautelar per se, (...) se estará generando en los operadores deudores de cargos de interconexión el incentivo perverso de demandar (sin importar la razonabilidad de su demanda) (...)”*²⁰.
 - De igual forma, en dos controversias tramitadas en los años 2004 y 2011, **TELEFÓNICA coincidió en la interpretación del artículo 23° como una medida cautelar *per se***. En el caso System One World Communication Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.– Exp. N° 003-2004, TELEFÓNICA señala: *“La medida cautelar per se contenida en el referido artículo 23 se mantuvo vigente desde el 29 de enero de 2004, fecha en la que SYSTEM ONE inició el procedimiento, hasta el*

¹⁶ Resolución N° 001-2003-CCO/OSIPTEL del Expediente N° 003-2003.

¹⁷ Para graficar mejor la diferencia entre “conceptos” y “montos” veamos el siguiente ejemplo:

Escenario 1: La empresa A discrepa con la empresa B respecto a unos 50 soles que le fueron cobrados de más. En ese sentido, los 50 soles indicados será el “monto controvertido”, mientras que el saldo restante será el monto no controvertido.

Escenario 2: La empresa A discrepa con la empresa B, respecto al concepto por el cual se le está cobrando en la factura de un mes determinado. En este caso, a diferencia del Escenario 1, no se está discutiendo sobre un monto determinado de la factura, sino sobre la fuente en base al cual se le está cobrando. De ahí que la controversia gire en base a dilucidar la naturaleza (o “concepto controvertido”) de la relación obligacional en base a la cual se le está cobrando a la empresa A.

¹⁸ Resolución N° 011-2003-CCO/OSIPTEL del Expediente N° 005-2003. Subrayado agregado.

¹⁹ En la referida controversia, AT&T planteó el siguiente razonamiento: *“(…) el Reglamento General para la Solución de Controversias (...) ha establecido un sistema cautelar objetivo que suspende con el simple planteamiento de la controversia la posibilidad de efectuar el corte del servicio”*.

²⁰ Página 10 del escrito N° 1 de Telefónica S.A.A., de fecha 08.03.02, del Expediente N° 003-2002, Cuaderno Cautelar.

17 de noviembre de 2004, fecha en que el CCO emitió Resolución Final. Es así que TELEFÓNICA, durante aproximadamente 10 meses, se vio limitada para ejercer el derecho de suspensión que las normas sectoriales le conferían²¹.

Asimismo, en el caso Convergencia Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. –Exp. N° 002-2011, procedimiento principal que origina el presente procedimiento sancionador, TELEFÓNICA indicó: “(...) una lectura del artículo 23 del Reglamento de Solución de Controversias permite concluir que para que opere esta suerte de medida cautelar de facto, es necesario que ambas partes tengan conocimiento sobre la materia controvertida. Ello se desprende desde que se señala que la prohibición de corte es respecto de “fundamentos vinculados al objeto de la controversia”²².

- ✓ En cuanto a la aplicación del artículo 23° cuando exista una medida cautelar de por medio:
 - En el caso System One World Communication Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. – Exp. N° 003-2004, en el marco de la petición de una medida cautelar promovida por TELEFÓNICA, ésta indicó que: “Esta medida cautelar [CARTA FIANZA] se encuentra destinada a evitar que nuestra empresa sufra un mayor perjuicio debido a los incumplimientos incurridos por SYSTEM ONE, mismos que podrían verse exacerbados en el caso que se le permita la utilización indebida del artículo 23 del Reglamento de Controversias”²³.
- ✓ Sobre la posibilidad de cortar el servicio sin la necesidad de una autorización del CCO:
 - En el caso System One World Communication Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.– Exp. N° 003-2004, TELEFÓNICA **sostuvo que en el marco de una controversia, sólo se puede proceder a efectuar el corte sobre la materia controvertida mediante autorización expresa del CCO:**

“Como no escapará al elevado criterio de los miembros del CCO, es perfectamente posible que –si no se concede la medida cautelar que aquí se solicita– al final del día TELEFÓNICA no pueda recuperar nunca los montos adeudados, toda vez que a la fecha no existe garantía alguna contra la cual hacerlos efectivos. Debe recordarse, por lo demás, que –salvo que el CCO expida una orden expresa que disponga la suspensión cautelar en el caso que SYSTEM ONE no emita las cartas fianza que aquí se solicitan– nuestra empresa se verá obligada a continuar proveyendo servicios de interconexión (de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 del Reglamento de Controversias) (...)”²⁴. (Subrayado agregado)

²¹ Página 5 del escrito N° 5 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 20.04.05, del Expediente N° 003-2004-CCO-ST7IX, Cuaderno Sancionador. Subrayado agregado.

²² Extracto recogido de la página 25 del escrito N° 4 de cuaderno cautelar, de fecha 15.02.12, del expediente N° 002-2011. Subrayado agregado.

²³ Extracto recogido de la página 3 del escrito N° 1 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 27.02.04, del expediente N° 003-2004, cuaderno cautelar.

²⁴ Extracto recogido de la página 4 del escrito N° 1 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 27.02.04, del expediente N° 003-2004, cuaderno cautelar.

- ✓ Respecto de las vías legales alternativas para cautelar el derecho a crédito, distintas al corte o suspensión del servicio:

- En el caso System One World Communication Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.– Exp. N° 003-2004, TELEFÓNICA indicó las vías alternativas para cautelar su derecho de crédito:

“(…) que TELEFÓNICA no pueda suspender la interconexión en cumplimiento del artículo 23º del Reglamento de Controversias no implica que no podamos ejercer acciones de cobro, solicitar garantías o no poner en práctica las medidas que fueran necesarias para evitar que los graves daños que nos viene produciendo la contraria incrementen. Actuar de otro modo no sólo importaría una seria negligencia, sino que otorgaría una ventaja indebida a la contraria en desmedro de sus competidores”²⁵.

“(…) nuestra empresa –en estricta aplicación del artículo 23 del Reglamento de Controversias– no suspenderá el servicio de interconexión en tanto no sea autorizada para ello por la autoridad competente (OSIPTEL). Sin embargo, dicha situación no limita –en modo alguno– que Telefónica pueda continuar con los requerimiento de pago por los montos que su representada adeuda y –mucho menos– que dejemos de solicitar la entrega de garantías (cartas fianza) por los referidos montos”²⁶.
(Subrayado agregado)

❖ *El objeto de la controversia tramitado en el expediente principal*

En relación con la materia controvertida (u objeto de la controversia como indica el citado artículo 23º) y los hechos en los que se fundamenta la suspensión o corte del servicio, ello, considerando lo indicado precedentemente, este CCO estima que:

- La materia controvertida está definida por aquellos asuntos sobre los cuales las partes divergen y cuya dilucidación corresponde al fondo de la controversia. De ahí que el camino de este tipo de controversias sea el partir de una incertidumbre por un conflicto de derechos hacia una certidumbre sobre el derecho prevalente, vía resolución. A su vez, dichos conflictos de derechos se constituyen en puntos controvertidos cuando la autoridad los fija como tales de modo que quede precisado qué cuestiones serán dilucidadas a través del procedimiento. En tal sentido, de acuerdo a Palacios Pareja, *“(…) los puntos controvertidos están constituidos por aquellos hechos afirmados por cada una de las partes como fundamento de sus peticiones que no son admitidos por la otra, respecto de los cuáles debe proporcionársele al Juez el medio o indicarle la vía para conocer y resolver acerca de su veracidad”²⁷.*
- Conforme a lo anterior, debe recordarse que mediante Resolución N° 013-2011-CCO/OSIPTEL, este colegiado, al encontrar discrepancia entre las partes sobre la

²⁵ Extracto recogido de la página 3 del escrito N° 2 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 17.03.04, del expediente N° 003-2004, Cuaderno Cautelar.

²⁶ Extracto recogido de carta “INCX-469-CA-0040/F-04”, de fecha 16.03.04, que obra como “Anexo 3-D” del escrito N° 3 de Telefónica del Perú S.A.A., de fecha 01.04.04, del expediente N° 003-2004.

²⁷ PALACIOS PAREJA, Enrique. *“La fijación de puntos controvertidos en la metodología de la investigación jurídica”*. En: Ponencias del I Congreso Nacional de Derecho Procesal. Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. 1996. Págs. 403-420.

naturaleza de la relación jurídica entre éstas, fijó y precisó como puntos controvertidos los siguientes:

- (i) *Determinar –en función de los medios probatorios– **la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA y la naturaleza de la relación existente entre ambas partes con sus consecuentes implicancias jurídicas** y, de ser el caso, determinar la exigibilidad de dichos servicios, de acuerdo a los criterios jurídicos pertinentes; en las localidades de Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali, Puno, Cerro de Pasco, Arequipa, La Libertad, Lambayeque y Piura.*
- (ii) *Determinar si TELEFÓNICA efectuó un corte indebido del servicio en aquellas localidades donde existía interconexión de acuerdo con el artículo 23° del Reglamento de Controversias y los numerales 30° y 33° del Anexo 5 de la Resolución N° 043-2003-CD-OSIPTEL, Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.*
- El TSC, coincidió con la posición del CCO respecto a la determinación de las materias controvertidas, tal como consta en su Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL, en la cual señaló que los argumentos de TELEFÓNICA, respecto a **si la relación en cuestión es una de arrendamiento de circuitos o de interconexión, debían ser considerados por el CCO en el expediente principal como objeto de la controversia a resolver.**

En tal sentido, tanto de las propias posiciones de las partes, como de lo señalado expresamente por el CCO y el TSC, se desprende que el debate giraba en torno a más de un servicio, incluso en función a servicios o facilidades adicionales del que podría depender el supuesto suministro del servicio de interconexión.

- El 17 de junio de 2011, TELEFÓNICA presentó un escrito mediante el cual informó que suspendería el servicio de arrendamiento de circuitos provisto en el Escenario 2, debido a la falta de pago de tal servicio. Así, TELEFÓNICA sustentó dicha medida en un informe de parte²⁸, según el cual los servicios brindados a CONVERGIA constituían un servicio no controvertido. No obstante, el informe que presenta adjunto a dicho escrito finaliza reconociendo que **“(…) aunque el corte del circuito tiene el efecto práctico de suspender la supuesta relación de interconexión entre TELEFÓNICA y CONVERGIA, en la realidad de los hechos no se está suspendiendo ningún servicio de interconexión, en la medida que las llamadas podrían realizarse sin ningún problema si CONVERGIA contrata los circuitos correspondientes a otro operador del mercado que podría habilitar un PDI con Telefónica”**²⁹. (El subrayado es nuestro).

De acuerdo a ello, la incidencia del corte impactaría necesariamente en la materia controvertida, esto es, dilucidar la naturaleza de los servicios involucrados en la relación existente entre CONVERGIA y TELEFÓNICA.

²⁸ Al respecto ver anexo 5-H del escrito de 17 de junio de 2011 de TELEFÓNICA: Informe N° 058-2011/BFU&LA/RA del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados, de 10 de junio de 2011 sobre la legalidad de la suspensión del servicio de arrendamiento de circuitos por falta de pago (Cuaderno Principal).

²⁹ Al respecto, ver la pág. 16 del Informe N° 058-2011/BFU&LA/RA del Estudio Benites, Forno, Ugaz & Ludowieg, Andrade Abogados, de fecha 10 de junio de 2011.

- La aplicación del precedente de observancia obligatoria aludido por TELEFÓNICA, se circunscribe a aquellos casos en donde además de existir montos controvertidos se tienen también otros montos no controvertidos, y que estos corresponden a servicios cuya naturaleza o efectiva prestación no es discutida, lo que no ocurre en la presente controversia, en la que justamente la materia controvertida consiste en determinar la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA. Como puede observarse dicho precedente contenido en la Resolución N° 024-2003-TSC/OSIPTEL establece lo siguiente:

“La prohibición de corte o suspensión del servicio prevista en el artículo 23° del Reglamento de Solución de Controversias implica un derecho contra la suspensión del referido servicio por falta de pago de montos que son objeto de controversia en un procedimiento ante OSIPTEL. Este derecho no impide al operador acreedor cobrar las deudas no controvertidas, ni tampoco le prohíbe suspender la interconexión por la falta de pago de tales deudas. En tal sentido, cuando existen montos impagos controvertidos sólo en parte, el operador acreedor podrá llevar a cabo válidamente el proceso de suspensión de la interconexión por falta de pago de la parte no controvertida de tales montos; de lo contrario, se extendería indebidamente la protección que ofrece la citada norma al operador deudor, autorizando el incumplimiento de obligaciones plenamente exigibles”. (El subrayado es nuestro).

❖ Informe Oral

En el Informe Oral efectuado con ocasión de la tramitación del presente procedimiento sancionador, TELEFÓNICA indicó en su presentación, entre otros, los siguientes argumentos³⁰:

- TELEFÓNICA comunicó al CCO su intención de suspender los servicios de arrendamiento de circuitos.
- La medida cautelar fue emitida de forma condicionada. Sólo se ordenó la reconexión de servicios cuando CONVERGIA cumplió con su mandato cautelar y no en aplicación del Reglamento de Controversias.
- La Secretaría Técnica sostiene la insólita tesis que TELEFÓNICA aún cuando cumplió con el mandato cautelar cometió una infracción al artículo 23° del Reglamento de Controversias.
- El CCO intentó de alguna forma proteger los intereses patrimoniales de TELEFÓNICA al otorgar la medida cautelar condicionada.
- La notificación de la medida cautelar (sobre presentación de la carta fianza de CONVERGIA) se dio vía fax por parte de la STCCO y pese a que ella no se ajustaba a derecho, TELEFÓNICA reconectó de inmediato.

b) Conclusiones del CCO sobre el 2° Corte

De lo antes expuesto y lo recogido en la Resolución N° 013-2011-CCO/OSIPTEL³¹ de fecha 27 de mayo de 2011, se desprende que el objeto principal de la controversia giraba

³⁰ Ver escrito N° 04 de TELEFÓNICA mediante el cual adjunta la presentación expuesta en el Informe Oral realizado el día 19 de noviembre de 2012.

³¹ Resolución que precisó y fijó los puntos controvertidos del procedimiento principal.

en torno a determinar la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA y la naturaleza de la relación existente entre ambas empresas.

Adicionalmente, como se ha señalado anteriormente con el recuento de los pronunciamientos de los diferentes CCO en diversas controversias en las que TELEFÓNICA ha participado, quedó definido que el ámbito de aplicación del artículo 23° comprendía las materias de (i) montos controvertidos, y (ii) conceptos controvertidos.

En efecto, en el presente caso, la controversia principal no giró en torno a montos impagos, sino respecto a la naturaleza del presunto servicio de interconexión que TELEFÓNICA brindaba a CONVERGIA³², conforme se señaló tanto en la Resolución que admitió la denuncia, como en la que estableció las materias controvertidas.³³

En ese sentido, se observa que todos los actos procedimentales durante la tramitación del procedimiento principal estuvieron dirigidos, desde el inicio de la controversia, a dilucidar la naturaleza y exigibilidad de los servicios provistos por TELEFÓNICA a CONVERGIA, más no a pronunciarse sobre la ejecución de alguna factura impaga³⁴ o la eventual resolución del Contrato de Arrendamiento de Circuitos, por lo que no cabía la aplicación del precedente de observancia obligatoria aludido por TELEFÓNICA. De ahí que, al no haber certeza sobre la naturaleza de la relación jurídica de las partes, la autoridad administrativa no estaba facultada a resolver de forma anticipada qué derecho era el preferente.³⁵

De otro lado, como se ha reseñado anteriormente, en el caso System One World Communication Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. – Exp. N° 003-2004, TELEFÓNICA indicó las vías alternativas para cautelar su derecho de crédito, diferentes al corte o suspensión del servicio³⁶ (en tanto dicha posibilidad se encuentre inhabilitada

³² Ver página 23 de la Resolución N° 025-2011-CCO/OSIPTEL, de 09 de setiembre de 2011.

“Con independencia del nombre que han otorgado las partes al servicio de transporte conmutado de terminación y originación de llamadas (ya sea overflow o servicios de interconexión en general) éste ha venido siendo prestado por TELEFÓNICA a CONVERGIA. Se infiere del Acuerdo 1 que este servicio fue identificado por las partes como parte del proceso de conciliación mensual de tráfico de interconexión” (El subrayado es nuestro).

³³ Es del caso mencionar que, la referida delimitación de la materia controvertida, fue posteriormente recogida por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 025-2011-CCO/OSIPTEL, mediante la cual resolvió la denuncia presentada por CONVERGIA en el procedimiento principal, en la cual siguiendo lo establecido en sus resoluciones previas, señaló lo siguiente:

*“En suma, la controversia versa sobre la pretensión de CONVERGIA a fin de que se mantenga el servicio de transporte conmutado de terminación y originación de llamadas en la medida que ese servicio lo considera parte de su relación de interconexión. En contrapartida, TELEFÓNICA, ha negado lo afirmado por CONVERGIA indicando que dicho servicio es ajeno a la relación de interconexión, en la medida que su prestación fue de carácter provisional y obediendo a la buena voluntad de su empresa (...)”*³³. (El subrayado es nuestro).

³⁴ El pago de dicha factura fue materia de discrepancias entre las partes respecto de los condicionamientos que habilitaban el pago. Dichas cuestiones no fueron materia de evaluación ante el órgano juzgador. Al respecto, el escrito de TELEFÓNICA de 8 de julio de 2011, señala:

“Así, mediante carta GER-047-2011 del 4 de julio de 2011, en respuesta a nuestro requerimiento de pago referido en el párrafo anterior, CONVERGIA señaló que el pago de la factura N° 4178-0020555 por el servicio de arrendamiento de circuitos provisto en el mes de enero se encontraba condicionada a la entrega por parte de TELEFÓNICA del sustento de 25 caídas de red ocurridas durante el periodo d2008-2010, tal y como se habría acordado en la reunión que sostuvieron los representantes de nuestras empresas el 8 de febrero de 2011”.

³⁵ Sobre el particular, este CCO cree conveniente señalar la diferencia entre una discrepancia entre montos y una discrepancia respecto a una relación jurídica:

Mientras que en el primer supuesto se discrepa únicamente sobre un monto de la obligación crediticia que nace de la relación jurídica entre las partes; en el segundo supuesto no se puede diferenciar montos controvertidos de los no controvertidos al ser la relación jurídica en su conjunto el objeto de controversia.

³⁶ *“(…) que TELEFÓNICA no pueda suspender la interconexión en cumplimiento del artículo 23° del Reglamento de Controversias no implica que no podamos ejercer acciones de cobro, solicitar garantías o no poner en práctica las medidas*

por aplicación del artículo 23°), dentro de un procedimiento ante OSIPTEL (E.g.: solicitar cartas fianza) y fuera de este (E.g.: acciones de cobro) para tutelar los derechos de crédito. De acuerdo a ello, TELEFÓNICA no se encontraba desprotegida ante una supuesta falta de pago de alguno de los servicios prestados a CONVERGIA.

De igual modo, en el Informe Oral del día 19 de noviembre de 2012, TELEFÓNICA mencionó algunas otras medidas legales con las que contaba la empresa, diferentes al corte o suspensión de los servicios³⁷.

De acuerdo a todo lo expuesto precedentemente, este CCO considera que TELEFÓNICA no puede amparar la legalidad del 2° Corte efectuado en el precedente de observancia obligatoria citado, en tanto la materia controvertida del procedimiento principal consistía en dilucidar la naturaleza de los servicios prestados por TELEFÓNICA a CONVERGIA, lo que fue puesto en conocimiento de las partes desde la admisión de la denuncia, estando plenamente vigente la protección del artículo 23° del Reglamento de Controversias³⁸.

Conforme a lo anterior, este CCO concluye lo siguiente:

- (i) La materia controvertida estuvo relacionada con la determinación de la naturaleza de la relación existente entre TELEFÓNICA y CONVERGIA, quienes tenían conocimiento de los alcances de la misma, al haber sido determinada previamente a la fecha del corte por el Cuerpo Colegiado en la Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, cuando se admitió la denuncia; y fue posteriormente

que fueran necesarias para evitar que los graves daños que nos viene produciendo la contraria incrementen. Actuar de otro modo no sólo importaría una seria negligencia, sino que otorgaría una ventaja indebida a la contraria en desmedro de sus competidores” (Escrito N° 2 de Telefónica).

“(…) nuestra empresa –en estricta aplicación del artículo 23 del Reglamento de Controversias– no suspenderá el servicio de interconexión en tanto no sea autorizada para ello por la autoridad competente (OSIPTEL). Sin embargo, dicha situación no limita –en modo alguno– que Telefónica pueda continuar con los requerimiento de pago por los montos que su representada adeuda y –mucho menos– que dejemos de solicitar la entrega de garantías (cartas fianza) por los referidos montos” (Escrito N° 3 de Telefónica)

³⁷ Extracto extraído de la transcripción del Informe Oral realizado el día 19 de noviembre de 2012: página 7

“(…), Osea, de 3 pedidos expresos, la resolución del CCO solo se podía entender relacionada con los 3 pedidos, no podía estar hablando de “otras medidas legales” que además no podíamos ejecutar... ¿qué, un procedimiento concursal?... Osea, ineficiente... el procedimiento concursal de Teleandina, hace 5 años lo hemos comenzado y todavía no se ha librado... [Ininteligible] ¿medida cautelar fuera del proceso? ¿Un proceso civil? Para que me la den tengo que iniciar el procedimiento 1 mes después, 7 meses después de [Ininteligible] este procedimiento... ¿Ejecución de la carta fianza del contrato principal? (...)”

³⁸ A mayor abundamiento, cabe mencionar el siguiente texto extraído de las páginas 9 y 10 de la transcripción del Informe Oral realizado en el presente procedimiento con fecha 19 de noviembre de 2012, con ocasión de unas preguntas realizadas por uno de los miembros del CCO:

“... Permítame una repregunta, entonces no cree que la naturaleza de la condición debería establecerse en función del alcance del artículo 23... Osea, si usted ha sostenido en este informe que el artículo 23 tiene una naturaleza imperativa, es una norma de derecho público, es una norma que en su concepto hacía innecesario el otorgamiento de una medida cautelar porque por sí mismo ya lo configura entonces, la única manera posible, la única interpretación válidamente posible de exigir una contracautela es que esa condición es resolutoria porque si ya el 23 me concede la medida, digamos per se, lo que el CCO estaba haciendo era tratando de equilibrar y evitar el abuso del derecho de que se beneficie con el artículo 23.”

(...)

“... Una última pregunta, con relación a la segunda medida. Se ha sostenido en el informe que Telefónica presentó hasta 3 escritos, inclusive solicitando la modificación de la medida y requiriendo el aumento del monto de la contracautela, yo le pregunto, si la medida cautelar estaba recurrida y al ser recurrida, el Tribunal de Osipitel había tomado jurisdicción –en términos administrativos–, para revisar si la medida cautelar había sido correctamente concedida o no, no era razonable que el CCO careciera de competencia para pronunciarse en lo sustantivo sobre una modificación de la medida, si cuando el CCO le refería que hiciera valer su derecho por la vías procedimentales legalmente establecidas, se estaba refiriendo no a suspensión o corte sino a procedimientos legales alternos.”

ratificada por el TSC mediante Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL y por el propio CCO mediante Resolución N° 013-2011-CCO/OSIPTEL.

- (ii) Por tanto, TELEFONICA incumplió lo establecido por el artículo 23° del Reglamento de Solución de Controversia anterior al efectuar el 2° Corte de los servicios provistos a CONVERGIA, incurriendo en infracción grave.

8.2. TERCER CORTE (3° CORTE)

Antes de realizar el análisis de la presunta infracción cometida por TELEFÓNICA al realizar el 3° Corte de los servicios provistos a CONVERGIA, conviene realizar las siguientes precisiones.

El Informe N° 011-STCCO/2012 adjunto al Oficio N° 058-STCCO/2012 que contiene el intento de sanción, señaló que el artículo 60° del Reglamento de Infracciones y Sanciones establece que si por la realización del mismo acto, una empresa incurriese en más de una infracción, se le aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad³⁹. Ello se condice con los principios de la potestad sancionadora en el que se encuentra el concurso de infracciones⁴⁰.

Como se ha indicado en el citado informe, en relación al 3° Corte (realizado el 20 de julio de 2011) se le imputó a TELEFÓNICA el supuesto incumplimiento del artículo 23° del Reglamento de Solución de Controversias anterior, y asimismo, la infracción del artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones. Ello, por el presunto incumplimiento de la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL.

En consecuencia, toda vez que las normas prevén que la empresa que infrinja el artículo 23° del Reglamento de Controversias incurrirá en “infracción grave” y aquella que viole el artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones incurrirá en “infracción muy grave”, corresponde que de ser encontrada TELEFÓNICA responsable de haber realizado un corte indebido, sea sancionada según la escala de infracciones muy graves.

a) Presunta infracción al artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones

El artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones establece lo siguiente:

“Artículo 44.- La empresa que incumpla con las resoluciones de un Cuerpo Colegiado o del Tribunal de Solución de Controversias en las materias contempladas en las normas referidas a la solución de controversias, incurrirá en infracción muy grave; salvo que el órgano que emitió la resolución incumplida hubiera señalado en ésta otra calificación. No se podrá señalar otra calificación tratándose de resoluciones que pongan fin a una instancia del procedimiento administrativo”.

(El subrayado es nuestro)

³⁹ Artículo 60° del Reglamento de Infracciones y Sanciones:

“ Si por la realización del o los mismos actos u omisiones, una empresa incurriese en más de una infracción, se le aplicará la sanción prevista para la infracción con mayor nivel de gravedad. (...)”.

⁴⁰ Artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General:

“La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)”

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

(...)”.

El artículo 7° del antiguo Reglamento de Controversias dispone que el CCO mantiene competencia en lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones, calificación de infracciones por el incumplimiento de aquellas y aplicación de las sanciones correspondientes, incluso cuando las resoluciones no han sido impugnadas o cuando dichas resoluciones han concluido su trámite en segunda instancia⁴¹.

La infracción citada se configura cuando se incumpla un mandato contenido en una resolución de las instancias de solución de controversias que verse sobre las materias de su competencia.

❖ *El mandato del CCO*

Tal como se ha expuesto anteriormente, por Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 20 de junio de 2011, el CCO concedió una segunda medida cautelar solicitada por CONVERGIA a fin de evitar el corte de servicios provistos por TELEFÓNICA en el Escenario 2, ordenándose a dicha empresa mantener la prestación de tales servicios, y asimismo, ordenándose a CONVERGIA presentar una carta fianza bancaria de cuando menos US\$ 46,000 dólares americanos, a modo de contracautela. Mediante Resolución N° 004-2011-MC1-CCO/OSIPTEL de fecha 24 de junio de 2011, y en atención a la carta fianza presentada por CONVERGIA, se ordenó a TELEFÓNICA que cumpla con lo dispuesto en la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL⁴².

TELEFÓNICA efectuó el 3° Corte del servicio provisto en el Escenario 2, desde las 14:41 horas del 20 de julio de 2011 a las 19:35 horas del 01 de agosto de 2011⁴³.

⁴¹ Artículo 7 de la Resolución 010-2002-CD-OSIPTEL – Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas:

(...)

Resuelta la controversia, los miembros del Cuerpo Colegiado cesarán en sus funciones. Sin embargo, mientras la controversia esté en trámite en segunda instancia, el Cuerpo Colegiado mantiene competencia en lo que se refiere a la ejecución y cumplimiento de sus resoluciones, calificación de infracciones por el incumplimiento de aquellas y aplicación de las sanciones correspondientes.

⁴² Dicho pronunciamiento fue confirmado por el TSC mediante Resolución N° 005-2011-TSC/OSIPTEL del 25 de julio de 2011.

⁴³ Este corte puede ser verificado en los siguientes hechos y documentos:

- Anexo 12-C del escrito de TELEFÓNICA de 08 de julio de 2011 (Cuaderno Cautelar): Escrito mediante el cual se puso en conocimiento del CCO la Carta NM-470-CA-0322-11, de 01 de julio de 2011, en la que TELEFÓNICA manifiesta a CONVERGIA su intención de corte del servicio de arrendamiento de circuitos ante el incumplimiento de pago de factura del mes de enero de 2011;
- Página 2 del escrito de TELEFÓNICA de 15 de julio de 2011 (Cuaderno Cautelar): Escrito mediante el cual se informó al CCO que en tanto CONVERGIA venía incumpliendo con el pago de los circuitos que viene utilizando de forma efectiva, procedería a suspender dicho servicio el 18 de julio a las 00:00 horas;
- Página 2 del escrito de TELEFÓNICA de fecha 20 de julio de 2011 (Cuaderno Cautelar): Escrito mediante el cual TELEFÓNICA señaló que "(...) *siendo evidente que de acuerdo a derecho corresponde que Telefónica suspenda el servicio de arrendamiento de circuitos ante el incumplimiento de pago por parte de Convergía, se informa a su respetuoso CCO que el día de hoy a las 14:50 horas (aproximadamente) se procedió con el mismo*";
- Página 1 del escrito de TELEFÓNICA de 03 de agosto de 2011 (Cuaderno Principal): Escrito mediante el cual TELEFÓNICA indicó que: "(...) *no obstante que Telefónica discrepa profundamente con la reconexión dictada respecto del servicio de arrendamiento de circuitos suspendido, así como los criterios desarrollados por el ilustre Tribunal de Solución de Controversias para confirmar la segunda Medida Cautelar dictada por el CCO, hemos procedido -como no podría ser de otra forma- a reconectar de forma inmediata el servicio de arrendamiento de circuitos brindado por Convergía en las mencionadas localidades, hecho que ocurrió de forma efectiva el 1° de agosto a las 7:35 pm*";
- Informe de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, comunicado a través de Memorando N° 449-GFS/2011, de 2 de agosto de 2011: En dicho informe, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión, luego de realizar una acción de inspección con la finalidad de verificar el tipo de servicios que serían materia del anunciado corte, en caso de producirse, concluyó lo siguiente: "*Por tanto se puede concluir, que se cortó el servicio de arrendamiento de*

❖ *Los descargos de TELEFÓNICA*

En sus descargos, TELEFÓNICA indicó como principales argumentos que el corte del servicio se produjo en razón de que CONVERGIA incumplió con lo dispuesto en la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL al no efectuar el pago (facturación de enero a junio de 2011) por los servicios efectivamente prestados. Asimismo, indicó que el corte del servicio se produjo luego de haber comunicado al CCO sobre el incumplimiento en los pagos por parte de CONVERGIA, siendo que inclusive éste emitió la Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 6 de julio de 2011, que la facultaba para proceder al corte del servicio.

❖ *Informe Oral*

En el Informe Oral efectuado con ocasión de la tramitación del presente procedimiento sancionador, TELEFÓNICA indicó en su presentación, respecto al 3° Corte, entre otros, los siguientes argumentos⁴⁴:

- La medida cautelar fue emitida de forma condicionada. Sólo con la entrega de la carta fianza, el CCO ordenó la reconexión. Sin el cumplimiento de esta condición (otorgamiento de carta fianza), TELEFÓNICA no se encontraba obligada a restituir el servicio. Así, el CCO impuso dos condiciones: (i) la entrega de la carta fianza y (ii) que CONVERGIA debía continuar con el pago de los servicios efectivamente prestados.
- TELEFÓNICA cumplió estrictamente el mandato cautelar y sólo suspendió los servicios por falta de pago después del pronunciamiento expreso del CCO.
- TELEFÓNICA podía cortar aquellos servicios no controvertidos.
- TELEFÓNICA solicitó la modificación de la contracautela y el levantamiento de la medida cautelar.
- La Resolución del CCO, indicó que TELEFÓNICA podía utilizar los procedimientos legalmente establecidos, en ese sentido ésta interpretó que podía ejercer el derecho que había solicitado hasta en tres (3) ocasiones al CCO sobre el corte del servicio. Pues era la única forma de cautelar sus derechos patrimoniales y constitucionales de forma eficiente.

b) Conclusiones del CCO respecto del 3° Corte

De las comunicaciones cursadas entre las partes⁴⁵, se observa que al igual que sucedió en el 2° Corte, éstas estuvieron en desacuerdo respecto del servicio que debía

circuitos el día 20 de julio del presente año desde las 14:41 horas, el mismo que afectó a las interconexiones que empleaban dichos circuitos, sin afectar el transporte conmutado nacional.”

⁴⁴ Ver escrito N° 04 de TELEFÓNICA mediante el cual adjunta la presentación expuesta en el Informe Oral realizado el día 19 de noviembre de 2012.

⁴⁵ A modo enunciativo y no limitativo, ver:

- Carta N° 470-CA-0322-11 de 1 de julio de 2011;
- Carta N° GER-047-2011 de 4 de julio de 2011;

mantenerse habilitado, lo que posteriormente dio lugar a una discusión que terminó en la exigibilidad de las facturas emitidas por TELEFÓNICA, hecho que no fue materia de controversia conforme a lo explicado en el acápite anterior. Así, conforme a los mismos argumentos desarrollados para el análisis del 2º Corte, la existencia de posibles facturaciones impagas por parte de CONVERGIA a TELEFÓNICA, no justificaban la realización del corte del servicio en aplicación del artículo 23º del Reglamento de Controversias.

Resulta necesario reiterar que en la presente controversia no es posible efectuar la distinción entre montos controvertidos (facturación de los meses indicados por TELEFÓNICA) y aquellos que no lo están, toda vez que el objeto central de la controversia se encontraba orientado a dilucidar la naturaleza de la relación de servicios existente entre CONVERGIA y TELEFÓNICA.

La medida cautelar (Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL) se encontraba destinada a asegurar el pronunciamiento final del CCO en función de los puntos controvertidos fijados por las partes, así como proteger los servicios de los usuarios potencialmente afectados por el corte de los servicios⁴⁶. Así, al alterar el curso normal de la prestación de los servicios controvertidos con los cortes de los servicios (con la suspensión o corte de los mismos) ponía en riesgo el pronunciamiento final del CCO. En términos coloquiales, el corte de los servicios podía alterar la “foto” de la materia controvertida a dilucidar y poner en riesgo el pronunciamiento final del colegiado.

La Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL de fecha 06 de julio de 2011, dejó a salvo el derecho de TELEFÓNICA de cautelar sus derechos, haciendo uso de los procedimientos legalmente establecidos, precisando que se debería realizar sin perjuicio de los alcances de la medida cautelar contenida en la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, la cual ordenaba a TELEFÓNICA a mantener la prestación de los servicios que venía brindando a CONVERGIA en el Escenario 2 (sin diferenciar por tipos de servicios: interconexión o arrendamiento de circuitos, porque esa era justamente la materia controvertida) y, por lo tanto, le impedía cortar el servicio.

Lo dispuesto por la Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL guardaba concordancia con lo establecido por el artículo 23º del Reglamento de Controversias, en virtud del cual los servicios provistos a CONVERGIA se encontraban protegidos, así como con lo dispuesto por la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 20 de junio de 2011, y los intereses que dicha resolución buscaba cautelar. De manera contraria, una interpretación como la que propone TELEFÓNICA, según la cual la Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 06 de julio de 2011, le habría facultado a cortar el servicio, nos llevaría a concluir que la citada resolución habría desconocido el derecho establecido por el artículo 23º.

-
- Carta N° 470-CA-0327-11 de 08 de julio; y,
 - Carta N° GER-052-2011 de 14 de julio;

⁴⁶ Ello además le fue señalado a TELEFÓNICA en el Informe N° 011-STCCO/2012 en la cual se indicó lo siguiente: “(...) es necesario mencionar que la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL fue clara en ordenar que se mantuviera la prestación de los servicios que se venían provisionando a CONVERGIA en el segundo escenario, por lo que la posibilidad de comunicación de los usuarios de CONVERGIA no debió verse afectada, efecto práctico de la medida de corte admitido incluso por el informe de parte presentado por TELEFÓNICA”.

A decir de TELEFÓNICA, ésta siempre mantuvo informado al CCO sobre su intención de efectuar el 3º Corte, lo cual debería considerarse en virtud del principio de conducta procesal y predictibilidad.

Al respecto, el CCO es contundente en indicar a TELEFÓNICA que al momento de tales comunicaciones, ésta tenía expreso conocimiento que este colegiado había perdido competencia para manifestarse respecto del eventual levantamiento de la medida cautelar, ello, en la medida que fue la propia TELEFÓNICA quien apeló dicho mandato (el mismo que fue confirmado por el TSC). Asimismo, debe anotarse que con posterioridad al pronunciamiento del TSC, TELEFÓNICA no hizo ningún pedido expreso al CCO para el levantamiento o modificación de la medida cautelar.

El artículo 146.2 de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, glosa que las medidas cautelares podrán ser modificadas o levantadas durante el procedimiento de oficio o pedido de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción. En la misma línea, el artículo 617º del Código Procesal Civil establece que la parte afectada con la medida cautelar puede efectuar similar pedido, el mismo que será resuelto previa citación a la otra parte.

En tal sentido TELEFÓNICA tenía conocimiento que la provisión de los servicios controvertidos no podía verse afectada, debiendo resaltarse que la orden del CCO le impuso el deber de proveer tales servicios a CONVERGIA.

Conforme a lo anterior, no puede entenderse que la Resolución N° 007-2011-MC1-CCO/OSIPTEL habilitó a TELEFÓNICA a efectuar el corte de los servicios por falta de pago; menos aún la empresa puede señalar que existió un mandato expreso del CCO que permitía el corte.

Adicionalmente, cabe señalar que la habilitación del corte por parte del CCO no se presume, la referida habilitación debe estar respaldada en una autorización expresa. En ese sentido, los efectos del artículo 23º tienen plena vigencia salvo que el CCO mediante pronunciamiento expreso disponga lo contrario. Lo cual no ocurrió en el presente caso.

A mayor abundamiento, como se ha mencionado anteriormente, en el caso System One World Communication Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A.– Exp. N° 003-2004, TELEFÓNICA mencionó que existen vías alternativas para cautelar su derecho de crédito, como acciones de cobro, solicitar garantías a u otras distintas al corte del servicio (en tanto dicha posibilidad se encuentra inhabilitada por aplicación del artículo 23º). En tal sentido, no es cierto que la empresa haya tenido el corte de los servicios como única forma de cautelar sus derechos patrimoniales.

Por lo expuesto, el CCO es de la opinión que TELEFONICA incumplió lo dispuesto en el artículo 44º del Reglamento de Infracciones y Sanciones al efectuar el 3º Corte de los servicios provistos a CONVERGIA, incurriendo en infracción muy grave.

Conforme a lo expuesto anteriormente, este CCO concluye lo siguiente:

- (i) TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto por el CCO en la Resolución N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL de fecha 20 de junio de 2011.

- (ii) Por tanto, TELEFONICA infringió lo establecido en el artículo 44° del Reglamento de Infracciones y Sanciones al efectuar el 3° Corte de los servicios provistos a CONVERGIA, incurriendo en infracción muy grave.

IX. GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

La facultad del OSIPTEL para imponer sanciones en el sector de los servicios públicos de las telecomunicaciones se encuentra establecida en el artículo 24° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades de OSIPTEL(en adelante, LDFF), ⁴⁷.

El Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Infracciones) establece el régimen de infracciones y sanciones aplicable por el OSIPTEL en ejercicio de su potestad sancionadora.

En ese sentido, por un lado, la Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL, antiguo Reglamento de Controversias, califica el incumplimiento del artículo 23° como una infracción grave. Por otro lado, el Reglamento de Infracciones, califica el incumplimiento del artículo 44° como una infracción muy grave.

De acuerdo con ello, y conforme a la escala de multas establecida en el artículo 3° del Reglamento de Infracciones, a las infracciones graves les correspondería la aplicación de una multa de entre 51 y 150 unidades impositivas tributarias (en adelante, UIT); y a las infracciones muy graves, les correspondería la aplicación de una multa de entre 151 y 350 UIT ⁴⁸.

Habiéndose determinado la existencia de la infracción por parte de TELEFÓNICA y a fin de determinar la graduación de la multa, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), en el artículo 30° de la LDFF, así como el principio de razonabilidad, según el cual las decisiones de la autoridad administrativa, cuando impongan sanciones a los administrados, deben adoptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido ⁴⁹.

⁴⁷ **LEY N° 27336.- ARTÍCULO 24°.- Facultad sancionadora y de tipificación**

24.1. OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley.

⁴⁸ **REGLAMENTO DE INFRACCIONES, ARTÍCULO 3°.-** La empresa que incurra en infracciones administrativas será sancionada de acuerdo a la siguiente escala:

(...)

2. La infracción grave será sancionada con una multa equivalente a entre cincuenta y uno (51) y ciento cincuenta (150) UIT.

3. La infracción muy grave será sancionada con una multa equivalente a entre ciento cincuenta y uno (151) y trescientos cincuenta (350) UIT.

⁴⁹ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

(...)

1.4 Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites

Con relación a este principio, establece el artículo 230° de la LPAG que la autoridad administrativa debe prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir con las normas infringidas; asimismo, se deben observar los siguientes criterios en orden de prelación a efectos de la determinación de la multa: gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido, perjuicio económico causado, la repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción, las circunstancias de la comisión de la infracción; el beneficio ilegalmente obtenido, y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.

Conforme a lo expuesto, se procede al siguiente análisis:

(i) Naturaleza y gravedad de la infracción, daño causado al interés público y/o bien jurídico protegido

En cuanto a la naturaleza y gravedad de las infracciones cometidas por TELEFÓNICA -según se ha explicado anteriormente-, el primer corte denunciado es calificado como grave, por incumplimiento del artículo 23° del Reglamento de Controversias, correspondiéndole una multa de entre 51 y 150 UIT de acuerdo a lo señalado en el Reglamento de Infracciones; mientras que el segundo corte es calificado como muy grave, por incumplimiento del artículo 44° del Reglamento de Infracciones, correspondiéndole una multa de entre 151 y 350 UIT de acuerdo a lo señalado por el referido Reglamento.

En ese sentido, el daño causado por la conducta de la infractora, se encuentra representado por los siguientes efectos: (i) haber incumplido el artículo 23° del Reglamento de Controversias, se ve reflejado en una afectación en la continuidad de la prestación del servicio público a los usuarios; y, (ii) haber incumplido el artículo 44° del Reglamento de Infracciones, al no cumplir con una orden de la autoridad, efectuada mediante Resolución en el transcurso de un procedimiento, generando así una alteración en las condiciones adecuadas para apreciar y resolver la materia controvertida.

(ii) Perjuicio económico causado

En el caso bajo análisis, la conducta infractora, si bien no se ha evidenciado en la tramitación del caso, es innegable que ha causado perjuicio económico a los usuarios afectados con la suspensión del servicio.

(iii) Repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción

Al respecto, este CCO considera que en el presente caso no se ha detectado elementos que configuren estos agravantes.

de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

(iv) Las circunstancias de la comisión de la infracción

Como elemento atenuante, se considera que TELEFÓNICA, cumplió con reconectar los servicios objeto de controversia en cuanto tomó conocimiento de la entrega de la carta fianza a este CCO (Resolución N° 004-2011-MC1-CCO/OSIPTEL).

(v) Beneficio ilícito obtenido

En el presente caso, no se evidencia un beneficio cuantificable, por lo que este criterio agravante no será tomado en cuenta.

(vi) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

En este acápite se deberá verificar si se pone de manifiesto la voluntad de la empresa en cometer la infracción, o si, por el contrario, su comportamiento, pese a haber incurrido en la infracción, pone en evidencia que no tuvo por finalidad incumplir la normativa.

En este caso no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de la infracción.

(vii) Capacidad económica del sancionado

El artículo 25° de la LDFF señala que las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En el presente caso, las infracciones cometidas por TELEFÓNICA se produjeron en el año 2011, en tal sentido, la multa a imponerse a TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los ingresos brutos obtenidos en el año 2010.

En consecuencia, de acuerdo con los límites a la imposición de multas establecidos por la normativa vigente, así como a los criterios para la graduación de la sanción desarrollados en los párrafos precedentes y el principio de razonabilidad; el Cuerpo Colegiado ha llegado a la conclusión que corresponde sancionar a TELEFÓNICA por el 2° Corte con una multa equivalente a 51 UIT por la infracción al artículo 23° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento de Controversias anterior; y, por el 3° Corte con una multa equivalente a 151 UIT por infracción al artículo 44° de la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL, Reglamento de Infracciones y Sanciones.

Finalmente, en la medida que en este caso una infracción cometida por TELEFÓNICA es muy grave, el Cuerpo Colegiado considera que, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 33° de la LDFF⁵⁰, debe ordenarse la publicación de esta resolución, una vez que

⁵⁰ Ley N° 27336

Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL

Artículo 33°.- Publicación

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.

la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Primero.- Sancionar a Telefónica del Perú S.A., por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 23° de la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, que tuvo lugar con ocasión del corte de servicio efectuado a Convergía Perú S.A., el 22 de junio de 2011, luego de haber sido notificada del inicio del procedimiento administrativo signado con el N°002-2011-CCO-ST/IX-O, con una multa ascendente a cincuenta y un (51) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo Segundo.- Sancionar a Telefónica del Perú S.A.A., por la comisión de la infracción muy grave, tipificada en el artículo 44° de la Resolución N° 022-99-CD/OSIPTEL, que tuvo lugar al incumplir el mandato contenido en la Resolución N° N° 003-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, llevando a cabo un nuevo corte de servicios a Convergía Perú S.A., con fecha 20 de julio de 2011, con una multa ascendente a ciento cincuenta y un (151) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo Tercero.- Ordenar la publicación de la presente resolución, una vez que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL, de conformidad con lo establecido por el artículo 33° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

REGÍSTRESE Y COMUNÍQUESE.-

Con la intervención de los señores miembros del Cuerpo Colegiado Galia Mac Kee Briceño, Rodolfo Castellanos Salazar y José Rodríguez González.