

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 039-2009-GG/OSIPTEL

Lima, 20 de febrero de 2009

EXPEDIENTE N°	:	00002-2008-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

VISTOS (i) el Informe de la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL (GFS) N° 549-GFS/2008 y (ii) el Informe N° 006-ALPA/2009 del Área Legal de Procedimientos Administrativos de la Gerencia Legal del OSIPTEL, por medio de los cuales se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento previo de determinación de infracciones iniciado a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA), por la supuesta comisión de las infracciones tipificadas en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Condiciones de Uso), aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y en el artículo 46° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), aprobado mediante la Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL.

I. ANTECEDENTES

1. OSIPTEL es un organismo de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, creado y regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por D.S. N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285 y por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
2. De conformidad con el artículo 40° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM del 2 de febrero de 2001, el OSIPTEL es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión. Así también el artículo 41° del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.
3. En ejercicio de sus competencias y atribuciones, el Consejo Directivo del OSIPTEL expidió el 11 de febrero de 1999 el RGIS, publicada el 14 de febrero de 1999, que recoge las conductas u omisiones calificadas como infracciones administrativas en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, y en el que se establece un régimen de sanciones aplicable a las empresas operadoras infractoras. El 7 de setiembre de 2001 y el 1 de octubre de 2005 se publicaron las Resoluciones N° 048-2001-CD/OSIPTEL y 058-2005-CD/OSIPTEL respectivamente, que modifican diversos artículos del RGIS.

4. TELEFÓNICA es una empresa concesionaria para la prestación del servicio de telefonía fija local, teléfonos públicos, portador local y de larga distancia nacional e internacional, y como tal está obligada a cumplir las disposiciones establecidas en el marco normativo vigente y en sus respectivos contratos, encontrándose dentro del ámbito de la función supervisora del OSIPTEL.

II. HECHOS

1. Con fecha 3 y 6 de agosto, 20 y 27 de setiembre, así como 5 y 7 de noviembre de 2007, la GFS efectuó supervisiones a través de llamadas al número telefónico de información y asistencia 104 de TELEFÓNICA, a fin de verificar la correcta aplicación del artículo 6º de las Condiciones de Uso y de lo dispuesto por los literales b) y d) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 716 (Ley de Protección al Consumidor) con relación a la información brindada a los usuarios sobre el producto Trío Telefónica (TRÍO).
2. El 29 de agosto de 2007 se efectuó una acción de supervisión en las instalaciones de TELEFÓNICA, con el objetivo de recopilar la información proporcionada a los usuarios sobre las condiciones de prestación del TRÍO, de conformidad con lo establecido en las Condiciones de Uso.
3. Como resultado de las mencionadas acciones de supervisión, mediante Informe N° 14-GFD-20-70/2008 del 10 de enero de 2008, se concluyó que TELEFÓNICA no cumplía con lo dispuesto por el artículo 6º de las Condiciones de Uso y, por los literales b) y d) del artículo 5º de la Ley de Protección al Consumidor referido a la información que debe brindar toda empresa a las personas para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos.
4. Mediante carta N° C.23-GFS/2008, notificada el 10 de enero de 2008, la GFS comunicó a TELEFÓNICA el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador por haber presuntamente incumplido lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso y los literales b) y d) del artículo 5º de la Ley de Protección al Consumidor.
5. El 7 de febrero de 2008, TELEFÓNICA remite sus descargos mediante carta N° DR-067-C-0110/DS-08.
6. El 15 de setiembre de 2008 se puso en conocimiento de TELEFÓNICA nuevas llamadas realizadas el 11 julio de 2008 al número telefónico de información y asistencia 104. Mediante escrito de fecha 18 de setiembre de 2008, TELEFÓNICA se pronunció al respecto.
7. El 24 de setiembre de 2008, la GFS remite a esta Gerencia General su Informe de Análisis de Descargos N° 549-GFS/2008, mediante el cual recomienda se sancione a TELEFÓNICA y mediante Memorando N° 404-GG/2008, remitido al Área Legal de Procedimientos Administrativos el 29 de setiembre de 2008, se le requiere la emisión del informe legal respectivo.

III. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

El presente procedimiento administrativo sancionador se ha iniciado contra TELEFÓNICA por la imputación del incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso y en los literales b) y d) del artículo 5° de la Ley de Protección al Consumidor, que se pasará a analizar.

1. Descargos de la Empresa Operadora

Sobre los hechos imputados, TELEFÓNICA formula los siguientes descargos:

Información brindada a través de los canales de atención

TELEFÓNICA señala que la información brindada en su página web, la registrada en el SIRT, y en las fichas de afiliación, indican que los precios promocionales del TRÍO se aplicarán durante seis (6) meses. No obstante, manifiesta que en el caso de los dos primeros canales no se hace mención alguna del precio que se aplicará luego de transcurridos los seis (6) meses; mientras que en el caso de las fichas promocionales se indica que el precio promocional se aplicará por seis (6) meses y luego de ello se aplicarán las tarifas que se encuentren vigentes.

Por lo expuesto, señala que no ha existido desinformación al cliente, ni se ha dicho menos de lo que corresponde respecto de los alcances del beneficio promocional del TRÍO, ya que si bien el beneficio está vigente durante los seis (6) primeros meses luego de la afiliación, nada impide que pueda renovarse durante un tiempo adicional, manifestando que lo que pretende informar es que intenta extender dicho beneficio el mayor tiempo posible, opción que se encuentra establecida en el artículo 26° del Reglamento de Tarifas.

Es por ello que señala que en cada una de las llamadas al 104 sus asesores ampliaron la información a los clientes y no hicieron más que trasladarles una información que vienen aplicando a la fecha, no habiendo existido desinformación o información equivocada al abonado, pues se ha informado los alcances de una promoción con intención de ampliar su vigencia, siendo que el comportamiento de la empresa en relación al producto y el precio que cobra es consistente con la información que brinda.

Sobre particular, se observa que lo señalado por TELEFÓNICA acerca de la información ingresada en el SIRT e incluida en las fichas promocionales y brindada a través de su página web, resulta contraria a la información prestada por los operadores telefónicos a través del número telefónico de información y atención 104, en las supervisiones efectuadas los días 3 y 6 de agosto, 20 y 27 de setiembre, y 5 y 7 de noviembre de 2007, así como con la información obtenida en las instalaciones de TELEFÓNICA en la acción de supervisión efectuada el 29 de agosto de 2007, donde se señaló que el periodo de vigencia de la tarifa promocional del TRÍO no tiene un periodo específico de vigencia y se mantiene de forma indefinida mientras el abonado continúe afiliado.

Respecto a lo señalado por TELEFÓNICA sobre la inexistencia de desinformación al cliente, corresponde señalar que del texto del artículo 6° de las Condiciones de Uso, se desprende que la obligación de brindar la información se genera en diferentes momentos. Así, se señala que toda persona tiene derecho a recibir de la empresa la información necesaria (i) para tomar una decisión o (ii) realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como (iii) para efectuar un

uso o consumo adecuado de dichos servicios, es decir, que la empresa está obligada a brindar la información, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada.

Además, cabe precisar que la lista contenida en el artículo 6º de las Condiciones de Uso no es una lista cerrada. Como se ha señalado, el servicio de telecomunicaciones es notoriamente dinámico por lo que difícilmente podría establecerse una lista taxativa de la información que deben brindar las empresas operadoras al momento de la contratación y cuando fuera solicitada. De ahí que el propio artículo señale que *“La empresa operadora está obligada a brindar, previamente a la contratación y en cualquier momento en que le sea solicitada, información clara, veraz, detallada y precisa, como mínimo (...)”*.

En el presente caso, se advierte que TELEFÓNICA no cumplió con prestar información clara, veraz, detallada y precisa acerca del plazo de vigencia de la tarifa promocional del TRÍO, información que debió ajustarse a lo señalado en el SIRT, en las fichas promocionales y en la página web de TELEFÓNICA, toda vez que al formar parte de la información relacionada a la toma de decisión para la contratación del servicio, esta debía ser clara y precisa, a fin de permitir que el cliente pueda tomar una decisión o realizar una elección adecuada sobre dicha contratación.

Asimismo, siendo que la relevancia o necesidad de la información a ser proporcionada debe de evaluarse desde la perspectiva del solicitante y no ser determinada a partir de lo que la empresa operadora pueda considerar, el argumento de TELEFÓNICA sobre su intención de renovar la vigencia de la referida tarifa constituye una determinación unilateral de la información relevante para los potenciales clientes, constituyendo una potestad que se habría atribuido en virtud de la cual no estaría brindando información veraz ni precisa respecto del servicio ofrecido.

Imposición de dos multas por un mismo supuesto de hecho

TELEFÓNICA señala que se le pretende imputar más de una sanción frente a una misma conducta, vulnerando así el principio non bis in idem, toda vez que no cabe la imputación de dos sanciones frente a un mismo acto cuando tal acto habría infringido dos dispositivos legales que regulan el mismo supuesto de hecho, menos aún cuando considera que no existe infracción. Lo contrario implicaría un abuso de la potestad sancionadora, vulnerando el principio del debido proceso.

A fin de efectuar el análisis correspondiente, resulta importante indicar que el presente procedimiento sancionador se inició debido a que en las supervisiones efectuadas los días 3, 6 y 29 de agosto, 20 y 27 de setiembre, así como 5 y 7 de noviembre de 2007, se advirtió que TELEFÓNICA habría informado a los usuarios a través del número telefónico de información y asistencia 104 y en sus instalaciones, que la tarifa promocional del TRÍO era permanente en el tiempo, sin ninguna limitación o fecha de fin, manteniéndose de forma indefinida mientras el abonado continúe afiliado; información que no guarda relación con la información que dicha empresa incluyó en su página web, en sus fichas de afiliación y a través de SIRT sobre la mencionada promoción.

En ese sentido, de acuerdo a la carta de intento de sanción, TELEFÓNICA no habría proporcionado a los usuarios la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de

telecomunicaciones, omitiendo de esa manera brindar información veraz y precisa, incumpliendo con lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso y en el literal b) y d) del artículo 5º de la Ley de Protección al Consumidor.

Al respecto, debe indicarse que el derecho establecido en el literal b) del artículo 5º de la Ley de Protección al Consumidor, de recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios; y de lo establecido en el literal d) del artículo 5º de la misma norma, de no recibir información equivocada sobre los productos o servicios, ha sido regulado de forma más específica en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, estableciéndose la información que deben brindar los proveedores de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En tal sentido, teniendo en cuenta que los incumplimientos de los literales b) y d) del artículo 5º del Decreto Legislativo N° 716 fueron tipificados por el artículo 46º del RGIS, aprobado el 14 de febrero de 1999 y, que las Condiciones de Uso, norma del mismo rango, posteriormente⁽¹⁾, ha regulado de forma más específica la información que deben brindar los proveedores de servicios públicos de telecomunicaciones, estableciendo su propia tipificación; corresponde el archivo del presente procedimiento sancionador iniciado en este extremo.

En atención a lo señalado, esta Instancia determina se dé por concluido el procedimiento sancionador iniciado por la infracción tipificada en el artículo 46º del RGIS.

Nulidad de las supervisiones realizadas en el 104

TELEFÓNICA señala que las supervisiones realizadas a través de las llamadas telefónicas al número telefónico de información y asistencia 104, carecen de validez por no haber contado con su participación y por no reunir los requisitos mínimos exigidos, pues no se dejó constancia de lo actuado a través de un acta de supervisión, y los supervisores no se acreditaron como tales ni dieron la opción de rectificación de los operadores telefónicos, conforme lo establece el artículo 25º del Reglamento de Supervisión, -disposición aplicable a todo tipo de supervisión sin citación previa-; agregando que su inobservancia trasgrede los principios de legalidad administrativa y de debido procedimiento.

Sobre el particular, corresponde señalar que doce (12) de las trece (13) supervisiones llevadas a cabo, se efectuaron a través de llamadas telefónicas realizadas desde un teléfono ubicado en la sede del OSIPTEL de San Borja, al número de servicio de información y asistencia 104 de TELEFÓNICA, las mismas que fueron grabadas y cuyas declaraciones quedaron debidamente registradas de manera completa y fidedigna en medios magnéticos que obran a fojas 44 a 49, 72, 73, 79, 84, 88 y 89 del expediente N° 00170-2007-GG-GFS/20-70 y fueron transcritas y debidamente certificadas por un funcionario del OSIPTEL, conforme obra en fojas 50 a 68, 74 a 78, 80 a 82, 85 a 87, y 90 a 96 del citado expediente, por lo que constituyen instrumentos públicos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21.1 de la Ley 27336 ⁽²⁾ (en adelante LDFF).

¹ Publicadas el 19 de diciembre de 2003.

² Artículo 21º.- Transcripción de las grabaciones

21.1 Las transcripciones de las grabaciones de las declaraciones realizadas durante una acción de supervisión requiere ser certificada por un funcionario del OSIPTEL para ser considerados instrumentos públicos.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 14° de la LDFF ha contemplado la realización de supervisiones como las efectuadas en el presente procedimiento a través de las llamadas al número de servicio de información y asistencia 104, facultando a los funcionarios del OSIPTEL a comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros para efectos de realizar una acción de supervisión; regulando a través del artículo 15° la facultad de sus funcionarios para citar o formular preguntas tanto a funcionarios de la empresa como a terceros, así como la posibilidad de utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o en vídeo.

En consecuencia, el presente procedimiento se ha adecuado a la LDFF, al regular dicha Ley de manera expresa y especial como una forma de registrar los hechos en las acciones de supervisión, las grabaciones magnetofónicas o en vídeo, no siendo incluso necesaria, tal como ha señalado la Presidencia del Consejo Directivo mediante Resolución N° 186-2007-PD/OSIPTEL del 28 de noviembre de 2007⁽³⁾, la denominada “acta de supervisión”, tal es así que producto de las supervisiones llevadas a cabo los días 3 y 6 de agosto, 20 y 27 de setiembre, así como 5 y 7 de noviembre de 2008 se expidieron certificaciones de las grabaciones, realizadas de conformidad con el artículo 21.1 de la LDFF.

Lo señalado en el párrafo anterior es asimismo concordante con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 20° de la LDFF⁽⁴⁾, que señala que se procede a dejar constancia de las incidencias observadas en una acción de supervisión en un acta que se levanta en el mismo acto y lugar en que fuera realizada, siempre que dicha acción de supervisión sea llevada a cabo fuera de las instalaciones de OSIPTEL. Asimismo, el artículo 18° del Reglamento de Supervisión establece la obligación de dejar constancia de las incidencias observadas en una acción de supervisión en un acta, luego de llevada a cabo una visita de supervisión.

En ese sentido, como ambas normas señalan textualmente, la obligación de levantar un acta se genera cuando se trata de incidencias relacionadas con supervisiones que se efectúan fuera de las instalaciones de OSIPTEL y/o en las instalaciones de la empresa supervisada. Ello se confirma con la disposición establecida en el literal d) del artículo 19° del mismo Reglamento, que establece como uno de los requisitos indispensables que debe contener un acta, la descripción de las incidencias observadas durante la acción de supervisión, la cual se inicia en el momento del ingreso al local o lugar y culmina con el levantamiento del acta.

En el presente caso, las llamadas telefónicas efectuadas al servicio de información y asistencia 104 realizadas sin previo aviso, que motivaron el inicio del presente procedimiento sancionador se llevaron a cabo en las instalaciones de OSIPTEL, las mismas que debieron efectuarse varias veces, sin comunicación previa a la empresa, ni identificación del supervisor, ni levantamiento de acta, pues resultaba indispensable no alertar a la empresa, a

³ Resolución que resuelve un recurso de apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. por la imposición de una medida correctiva tramitada en el expediente N° 00038-2007-GG-GFS/MC. Cabe señalar que en este caso median también grabaciones de diversas llamadas telefónicas realizadas al servicio de atención de la empresa, así como las transcripciones respectivas.

⁴ “Artículo 20.- Acta

20.1 Llevada a cabo una acción de supervisión fuera de las instalaciones de OSIPTEL, se procederá a dejar constancia de las incidencias observadas en un acta que será levantada exclusivamente por el o los funcionarios de OSIPTEL, en el mismo acto y lugar en que fuera realizada la acción. Una copia de esta acta deberá ser entregada a un representante de la entidad supervisada, quien podrá dejar constancia en la misma acta de comentarios referidos a la acción de supervisión”.

fin de conseguir la verificación del cumplimiento de la norma, con respuestas espontáneas, pues de lo contrario, se hubieran visto desnaturalizados los objetivos de la supervisión.

Por otro lado, resulta importante señalar que el artículo 25º del Reglamento de Supervisión establece lo siguiente:

Artículo 25.- *Los funcionarios competentes de OSIPTEL o los especialistas instruidos deben:*

(...)

e) En los casos a que se refiere el Artículo 24 del presente Reglamento, si el funcionario competente de OSIPTEL comprobase la comisión de alguna infracción, debe esperar un tiempo prudencial para que se rectifique la conducta e identificarse como tal, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que correspondan. En este caso, no procederá la aplicación de sanción alguna si hay rectificación inmediata por parte del funcionario de la empresa supervisada y la misma se efectúa de manera voluntaria, sin que medie requerimiento o identificación del funcionario competente del OSIPTEL.

Como se observa del artículo citado, el supervisor está en la obligación de esperar un tiempo prudencial para que, en caso de haber advertido la comisión de una infracción, el funcionario de la empresa supervisada pueda rectificar su conducta. Sin embargo, el mismo artículo seguidamente señala que no procederá la aplicación de sanción si hay rectificación inmediata, es decir, dentro del mismo acto de supervisión, y de manera voluntaria sin requerimiento del supervisor.

En el presente caso, de las transcripciones se advierte que, en las doce (12) llamadas, realizadas en horas y días distintos con diferentes operadores, se brindó información sobre el plazo de vigencia de la tarifa promocional del TRÍO que no se adecuaba a la información registrada por TELEFÓNICA en el SIRT, y a la contenida tanto en sus fichas promocionales como en su página web, y que en todos los casos los operadores mantuvieron las mismas aseveraciones aún cuando contaron con el tiempo y oportunidades suficientes para rectificarse y brindar la información correcta de manera inmediata y voluntaria, sin que medie requerimiento o identificación del funcionario competente del OSIPTEL, tras las diversas y claras preguntas efectuadas por éste, que tenían como finalidad otorgar a los operadores la oportunidad de corregir la información brindada, tal como se observa a continuación:

3 de agosto de 2008 (10:16 am), Operador: Fabiana Vela

(...)

Telefónica: *Muy aparte, también tenemos otra segunda opción que es el trío full al segundo, quiere decir que su línea controlada ahora estará siendo migrada a una línea abierta, a una línea libre al segundo dos, que esta línea le está brindando 11400 segundos de comunicación, es decir 190 minutos mensuales, muy aparte también estará contando con su Speedy de la velocidad mil, incluida la zona de seguridad, también con el paquete eh completo, estelar de Cable Mágico incluido CMD, Canal N y Plus Tv. Por estos tres servicios en provincia su precio normal sería de 361 soles, pero como lo estamos brindando con el 21% de descuento está saliendo a 283 soles, con respecto a provincia. Para Lima su precio normal sería de 396 soles y como lo estamos brindando por lanzamiento con el 22% de descuento, usted estará pagando 308 soles.*

Ulises Zamora: *Una consulta señorita y este descuento cuánto tiempo dura*

Telefónica: Ah bueno, el descuento es para todos los meses hasta que usted crea necesario contar con este trío.

Ulises Zamora: Ah osea por ejemplo, puede pasar, eh yo contrato o me afilio al trío en este mes y sigo teniendo estos descuentos por un año y

Telefónica: claro, el tiempo que usted crea necesario contar con el trío

(...)

Ulises Zamora: Claro, yo pago mensual 344, pero digamos hoy estamos en agosto, el, el próximo año podría seguir pagando 344

Telefónica: Sí

Ulises Zamora: Con las misma condiciones, o es que va a variar algo o

Telefónica: No, no va a variar en nada, esto va a ser el pago fijo mensual, como le indicaba, hasta el tiempo que usted crea necesario contar con nuestro trío

Ulises Zamora: Ah ya, osea puedo tenerlo ocho meses, nueve meses y sigo pagando 344 con las condiciones actuales

Telefónica: Ajá, correcto

(...)

3 de agosto de 2007 (10:31 am), Operador: Cindy Enriquez

(...)

Ulises Zamora: Dime y este monto es promocional, este monto termina en algún momento o se va a mantener con las condiciones actuales

Telefónica: Es el pago, es el monto que se mantiene men eh de manera mensual y para siempre, no, por eso es que se le da este paquete, este la indicación

Ulises Zamora: Ah y no tiene un tope como una promoción, digamos seis meses

Telefónica: Por ejemplo, lo que nosotros le damos es esto, no, es el paquete que usted una vez adquirido es el un único pago que van a hacer de aquí para adelante, no, ahora no es que ustedes de repente van a llegar a contar con este, con este pago y de ahí, no, de repente va va a cambiar, no, tiene que pagar más, no, no, ahora si en caso me indica por la promoción

Ulises Zamora: No, no te entendí lo que me dijiste, este, lo que quiero estar un poco seguro es si este pago de 344 soles para provincia con las condiciones actuales, tiene una especie de vigencia, digamos que pasan unos seis meses y ya este se anula o acaba una promoción

Telefónica: No, no, no para nada... por eso se le dice que es el paquete trío

Ulises Zamora: Se mantiene, no hay ningún

Telefónica: Para que este triado el servicio a uno solo, un solo pago, un solo, es como si fuera un solo servicio y por eso va a tener ese costo, el servicio trío

Ulises Zamora: No hay modo, no hay modo de que aumente este monto pasados seis meses digamos

Telefónica: No, no aumenta, para nada

(...)

3 de agosto de 2007 (10:44 am), Operador: José Valle

(...)

Ulises Zamora: Ya haber de lo que de lo que te entiendo es, quiere decir que yo para poder cambiar de algún o desafilarme ¿tengo que esperar seis meses? o no, o he entendido mal

Telefónica: Claro, la idea de que usted se mantenga seis meses mínimo

Ulises Zamora: Ah digamos es lo ideal no

Telefónica: Exacto

Ulises Zamora: Y lo que me pregun, preocupa te soy sincero es el tema del monto que yo quiero pagar, porque quisiera, quisiera saber bien eso, sale 283 y no tiene ningún límite este 283 esta promoción

Telefónica: En internet no, y tampoco en la línea telefónica son 11400 minutos, perdón segundos

Ulises Zamora: No, a lo que me refiero en límite es que acabe la vigencia de este descuento promocional

Telefónica: No, no, no tiene límites

Ulises Zamora: ¿perdón?

Telefónica: No hay límite señor

Ulises Zamora: Osea se mantiene a través del tiempo

Telefónica: Así es

(...)

6 de agosto de 2007 (09:55 am), Operador: Angie

(...)

Ulises Zamora: Pero este 283 que está incluido en esa promoción que tu me dices, este no tiene ningún límite o sea ¿siempre va, va a ser válida esa, ese descuento promocional?

Telefónica: Sí señor sí, hasta que usted hasta que usted desee adquirir el servicio, ¿no?

Ulises Zamora: ¿perdón?

Telefónica: Hasta que usted, hasta que usted se desee retirar del servicio, no hay que termina la promoción y se le aumenta el, el saldo fijo, ¿no?

Ulises Zamora: Perdón, lo que me, lo último que me dijiste no lo entendí

Telefónica: La promoción siempre usted va a pagar lo mismo si usted adquiere lo que es los tríos, no hay que después se le va a cambiar

Ulises Zamora: Ah se va a mantener siempre

Telefónica: Señor

Ulises Zamora: No es que va a cambiar, no va

Telefónica: ¿Qué le parece señor la oferta?

Ulises Zamora: Eh yo quería saber simplemente si iba a cambiar, eh digamos si este descuento promocional tenía un límite

Telefónica: No señor

(...)

06 de agosto de 2007 (10:05 am), Operador: Jorge Brayson

(...)

Ulises Zamora: No, y sobre el tema del del descuento promocional tiene alguna vigencia este descuento a a...

Telefónica: Bueno el trío se va a mantener, no

Ulises Zamora: Eh y el y el monto el monto que yo voy a pagar eh ¿tiene algún algún plazo de vigencia este descuento promocional?

Telefónica: No, no, no, no, no tiene bueno ninguna vigencia es por el tiempo que usted tenga el servicio, no.

Ulises Zamora: Ah

Telefónica: Sale fijado por los 283 soles

Ulises Zamora: Ah ya, puede ser independientemente puede ser un año con el mismo monto y no hay problema

Telefónica: Y no hay ningún problema, no

(...)

6 de agosto de 2007 (10:15 am), Operador: Carol

(...)

Ulises Zamora: Ya y una consulta, eh este descuento promocional que están realizando tiene alguna vigencia, ¿termina en algún momento?

Telefónica: No es permanente, como le digo, siempre va a contar con 283 que le va a venir, no, si usted desea como le digo hacer llamadas de larga distancia o móviles, o sigue haciendo llamadas como líneas libre ya sería un pago adicional, ¿correcto?

Ulises Zamora: Ya pero el monto del descuento promocional, por ejemplo de 283 soles, tiene alguna vigencia, ¿termina en algún momento?

Telefónica: No, como le digo, si todos los meses le va a venir en una sola, en una sola factura por los tres servicios 308 soles, en todo caso correcto

(...)

20 de setiembre de 2007 (11:20 am), Operador: Varillas

(...)

Ulises Zamora: Y dime hay una vigencia de este período promocional, ¿termina en algún momento?

Telefónica: No no ese es el costo.

Ulises Zamora: Eh y se mantiene eh por

Telefónica: Por el tiempo que desee contar con el paquete.

(...)

20 de setiembre de 2008 (5:33 pm), Operador: Guerrero

(...)

Ulises Zamora: Genial, una consulta pero estás seguro que es 288 y permanece eh por 7, 8 meses 9 meses el tiempo que yo considere.

Telefónica: Claro, exactamente pero es un contrato mínimo de permanencia de 6 meses lo que tendrías.

Ulises Zamora: Claro o sea pero podría estar 8 meses 9 meses y el monto sigue siendo...

Telefónica: Igual exactamente.

Ulises Zamora: ¿Cómo?

Telefónica: Sí sigue igual la la el monto es igual caballero.

(...)

27 de setiembre de 2007 (11:37 am), Operador: Suárez

(...)

Ulises Zamora: *Y una consulta adicional, este descuento promocional tiene algún plazo de vigencia, termina en algún momento o permanece en el tiempo*

Telefónica: *Por el momento no nos han mencionado nada, pero el contrato cuando usted hace la solicitud el contrato es por 6 meses.*

Ulises Zamora: *El contrato es por 6 meses...*

Telefónica: *Sí*

Ulises Zamora: *...¿Y sabes algo sobre si el descuento termina en algún momento? ¿Me podrías informar por favor?*

Telefónica: *No no no no no va haber ningún eh eh no va no no va haber eh que en algún momento se va a pasar a otros costos.*

Ulises Zamora: *Ah ¿o sea yo voy a seguir pagando 283 soles a través del tiempo digamos 7, 8 meses?*

Telefónica: *Así es.*

(...)

5 de noviembre de 2007 (4:49 pm), Operador: Roberto León

(...)

Ulises Zamora: *Ah ya, y una consulta adicional, este terminados estos 6 meses vuelve a la tarifa anterior o la tarifa esta de 283 soles se mantiene*

Telefónica: *No, si usted gusta puede pedir la baja o retira en este caso el trío, pero como el acabo de indicar eso depende del cliente, no*

Ulises Zamora: *Ya pero en materia del precio, ¿el precio se mantiene?*

Telefónica: *No, el precio sigue igual, el precio no varía*

Ulises Zamora: *Si yo por ejemplo de acá a 7 meses 8 meses yo quiero seguir con el trío eh no vuelve a la tarifa anterior, se mantiene siempre*

Telefónica: *No, se mantiene igual*

(...)

7 de noviembre de 2007 (11:35 am), Operador: Acochea

(...)

Ulises Zamora: O sea, ¿igual se mantiene eh a través del tiempo este descuento promocional?

Telefónica: Así es

Ulises Zamora: No tiene un plazo de vigencia

Telefónica: No señor

Ulises Zamora: O sea podría tener siete ocho meses un año y el monto de 283 se mantiene varia eh in invariable.

Telefónica: Va a variar si usted hace llamadas porque es una línea libre

Ulises Zamora: Ah, solamente por el por los minutos adicionales, pero el monto fijo de 283 sí se mantendría

Telefónica: Así es

(...)

7 de noviembre de 2007 (5:00 pm), Operador: Corina Arias

(...)

Ulises Zamora: Una consulta, y este monto se va a mantener en el tiempo digamos eh un año ocho meses ¿yo voy a seguir pagando este mismo monto? o termina en algún momento

Telefónica: Es indefinidamente

Ulises Zamora: ¿Perdón?

Telefónica: Es indefinidamente indeterminadamente

Ulises Zamora: Ah ya, o sea yo siempre voy a seguir pagando esa misma tarifa eh por por ejemplo siete meses nueve meses, la podría tener tranquilamente, ¿no?

Telefónica: Un año, dos años

(...)

Como se observa, es el denominador común del conjunto de llamadas telefónicas efectuadas, que se comunica a los abonados que la tarifa mensual promocional del TRÍO no tiene período específico de vigencia y se mantiene de forma indefinida mientras el abonado continúe afiliado, observándose que el supervisor formuló consultas claras sobre el plazo de vigencia de la tarifa promocional del TRÍO, habiendo otorgado a los operadores diversas oportunidades para poder rectificarse en la información brindada, al solicitar el supervisor en más de una ocasión tal información; sin embargo, en todos los casos los asesores comerciales mantienen las mismas aseveraciones. En tal sentido, queda plenamente

demostrado que no es cierto lo señalado por TELEFÓNICA respecto a que los operadores no tuvieron oportunidad de rectificarse.

De otro lado, no se afectó el derecho de legítima defensa ni del debido procedimiento de TELEFÓNICA, porque con la notificación de la carta de intento de sanción se le dio a conocer los resultados de las acciones de supervisión, habiendo tenido la posibilidad de presentar sus descargos al respecto, lo cual hizo efectivo el 7 de febrero y el 18 de setiembre de 2008, como se observa en el expediente del presente procedimiento sancionador, por lo que mal podría decirse que la empresa se encontró en algún momento en un estado de indefensión, toda vez que efectivamente sí tuvo la oportunidad de presentar sus descargos.

Al respecto, cabe señalar que el artículo 22º del Reglamento de Supervisión señala que llevada a cabo la acción de supervisión, habiendo evaluado los hechos verificados, constatado el incumplimiento y establecida la necesidad de adoptar una medida definitiva, se deberá notificar a la empresa para que formule sus descargos; procedimiento que se siguió en el presente caso.

En razón a lo expuesto, es posible señalar que, se ha garantizado el debido procedimiento y se ha observado el principio de legalidad, al haberse actuado conforme a las normas y principios que rigen la función supervisora del OSIPTEL.

2. Determinación de la sanción

A fin de determinar la sanción a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el artículo 30º de la LDFF, que a continuación pasamos a analizar:

(i) Naturaleza y gravedad de la infracción:

El incumplimiento del artículo 6º de las Condiciones de Uso se encuentra tipificado como infracción grave, de acuerdo al artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso por lo que corresponde la imposición de una sanción que, de conformidad con la escala de multas establecida en la LDFF, deberá ser no menor de cincuenta y un (51) UIT ni mayor de ciento cincuenta (150) UIT.

(ii) Magnitud del daño causado:

No se cuenta con elementos objetivos que puedan determinar la magnitud del daño causado.

(iii) Reincidencia: No se ha incurrido en reincidencia.

(iv) Capacidad económica:

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 acciones de supervisión que dieron lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionador se realizaron en el año 2007, en tal sentido, la multa a imponerse a TELEFÓNICA no podrá exceder del 10% de los

ingresos brutos obtenidos en el año 2006.

Efectuado el análisis, se advierte que TELEFÓNICA cuenta con capacidad económica para asumir el monto pecuniario de la sanción y la multa a imponer no supera el porcentaje antes señalado.

(v) Comportamiento posterior del sancionado:

Obra en el expediente sancionador documentación que acreditaría que aún después de iniciado el presente procedimiento, TELEFÓNICA, a través de sus operadores, ha continuado brindando, información que se aparta de lo señalado por ella en el SIRT, en sus fichas promocionales y en su página web.

(vi) Beneficio obtenido por la comisión de la infracción:

En el presente caso no existen elementos objetivos que permitan determinar la magnitud del beneficio obtenido por la comisión de las infracciones.

Finalmente, corresponde tener en cuenta 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 de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido⁽⁵⁾.

Con relación a este principio, establece el artículo 230^o(⁶) de la LPAG que debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción. Cabe señalar, con relación a este último criterio que aunque no se ha configurado reincidencia, se ha evidenciado una repetición en la comisión de la infracción, toda vez que en el procedimiento tramitado en el expediente N° 21-2007-GG-GFS/PAS se acreditó el

⁵. 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 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.

⁶ Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.

Artículo 230^o.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

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

(...)

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

incumplimiento por parte de TELEFÓNICA a lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso; tal como se señaló en la Resolución de Gerencia General N° 096-2008-GG/OSIPTEL de fecha 7 de marzo de 2008, la misma que ha sido confirmada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 011-2008-CD/OSIPTEL de fecha 17 de julio de 2008.

En atención a los hechos acreditados, a los criterios establecidos en la LDFP y al principio de razonabilidad, corresponde sancionar a TELEFÓNICA con una sanción de multa equivalente a ochenta y cinco (85) UITs por la infracción grave tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso.

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- MULTAR a la empresa TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. con OCHENTA Y CINCO (85) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2º.- Dar por concluido el presente procedimiento administrativo sancionador en el extremo referido a la infracción grave tipificada en el artículo 46º del RGIS; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa del OSIPTEL la notificación de la presente Resolución a la empresa involucrada.

Artículo 4º.- Encargar a la Gerencia de Fiscalización coordine con la Gerencia de Comunicación Corporativa la publicación en el Diario Oficial “El Peruano” de la presente Resolución, cuando haya quedado firme, y ponga la multa impuesta en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas, para los fines pertinentes.

Regístrese y comuníquese.

ALEJANDRO JIMENEZ MORALES
Gerente General