

**PERÚ**Presidencia  
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor  
de Inversión Privada en  
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL N° 138-2009-GG/OSIPTEL**

Lima, 04 de mayo de 2009

EXPEDIENTE N°	:	<b>00002-2008-GG-GFS/PAS</b>
MATERIA	:	<b>Recurso de Reconsideración</b>
ADMINISTRADO	:	<b>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</b>

**VISTOS:**

- (i) El Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 039-2009-GG/OSIPTEL, presentado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA) el 20 de febrero de 2009 y;
- (ii) El Informe N° 027-ALPA/2009 del Área Legal de Procedimientos Administrativos de la Gerencia Legal del OSIPTEL;

**CONSIDERANDO:****I. ANTECEDENTES**

1. El 27 de julio de 2007, TELEFÓNICA procedió a registrar en el Sistema de Información y Registro de Tarifas del OSIPTEL (SIRT), las condiciones aplicables a la oferta de un nuevo producto en el mercado denominado "Trío Telefónica" (TRIO), el cual tenía un plazo de vigencia de su descuento promocional de seis (6) meses. Dicha información fue incluida de la misma manera en las fichas de afiliación y en la página Web de TELEFÓNICA.
2. 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 6° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Condiciones de Uso), aprobadas por la Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL y de lo dispuesto por los literales b) y d) del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 716 (Ley de Protección al Consumidor) con relación a la información brindada a los usuarios sobre el producto TRIO.
3. 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 TRIO, de conformidad con lo establecido en las Condiciones de Uso.
4. Como resultado de las mencionadas acciones de supervisión, mediante Informe N° 14-GFS-20-70/2008 del 10 de enero de 2008, se concluyó que TELEFÓNICA no cumplía con lo dispuesto por el artículo 6° de las Condiciones de Uso y, por los literales b) y d) del artículo 5° 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.
5. Mediante carta N° C.23-GFS/2008, notificada el 10 de enero de 2008, la Gerencia de Fiscalización (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.

6. El 7 de febrero de 2008, TELEFÓNICA remite sus descargos mediante carta N° DR-067-C-0194/DS-08.
7. 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.
8. 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.
9. El 20 de febrero de 2009, esta Gerencia General emite la Resolución N° 039-2009 GG/OSIPTTEL en la que resuelve multar a TELEFÓNICA con ochenta y cinco (85) UIT por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso y dar por concluido el presente procedimiento sancionador en el extremo referido a la infracción grave tipificada en el artículo 46º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS), aprobado mediante Resolución N° 002-99-CD/OSIPTTEL.

## **II. PRESENTACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN**

TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración, mediante escrito de fecha 18 de marzo de 2009, dentro del plazo establecido por la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) para ejercer el derecho de contradicción administrativa contra la Resolución N° 039-2009-GG/OSIPTTEL; ofreciendo como nueva prueba facturas que muestran que la empresa ha venido otorgando el beneficio promocional por un periodo mayor de 6 meses; copia de impresiones de la consulta efectuada en el SIRT sobre las tarifas promocionales de telefonía fija de TELEFÓNICA; así como las copias de los cargos de presentación de las demandas interpuestas impugnando las Resoluciones N° 186-2007-PD/OSIPTTEL y N° 011-2008-CD/OSIPTTEL.

## **III. ANÁLISIS**

TELEFÓNICA señala en su recurso de reconsideración que brindó información real a sus potenciales clientes, que la resolución impugnada carece de razonabilidad y proporcionalidad, que no se puede sustentar en dos resoluciones que están siendo discutidas en el Poder Judicial, y que no ha cumplido con el deber de motivación, exponiendo sus fundamentos, los mismos que se analizan a continuación:

### **1. Sobre la información brindada a sus potenciales clientes**

TELEFÓNICA señaló que no brindó información carente de veracidad sobre su promoción TRIO a las personas que se comunicaron al servicio 104, y mucho menos ha ocasionado perjuicios, por cuanto sólo hubo mayores beneficios para los clientes que han estado gozando de descuentos por periodos continuos, toda vez que, si bien informó a través del SIRT que la promoción TRIO otorgaba un beneficio promocional de seis (6) meses, lo cierto es que ha venido renovándolo por un periodo mayor, siendo ello lo que

se informó a través del 104, tal como se aprecia de las doce (12) grabaciones que forman parte del expediente de supervisión, pues en todos los casos sus asesores informaron que los descuentos se aplicaban por un periodo mayor a seis (6) meses siendo ello un hecho que se ha producido en la realidad, trasladándose información veraz, entendible y clara conforme lo exige el artículo 6º de las Condiciones de Uso. Para demostrar lo señalado, adjunta como nueva prueba copias de las facturas y de las impresiones de las consultas efectuadas en el SIRT sobre las tarifas promocionales de telefonía fija de TELEFÓNICA.

Sobre el particular, corresponde indicar que la conducta que se sancionó en la Resolución impugnada y que fue demostrada en las supervisiones efectuadas por la GFS, fue el haber informado TELEFÓNICA a sus clientes que el referido descuento no tiene un periodo específico de vigencia y se mantiene de forma indefinida mientras el abonado continúe afiliado, cuando en el SIRT, así como en las fichas promocionales y en su página Web informaba que el descuento promocional sería válido por un periodo de seis (6) meses desde el momento de afiliación a la mencionada promoción; configurándose de esa manera la infracción grave tipificada en el artículo 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso por el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6º de las Condiciones de Uso, al no haber proporcionado a los usuarios información clara, veraz, detallada y precisa sobre el plazo de vigencia del descuento promocional TRIO, omitiendo prestar información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Como se observa, se sancionó a TELEFÓNICA por haber brindado información sobre el descuento promocional del TRIO distinta a la que registró en el SIRT, en sus fichas promocionales y en su página web, tal como se advirtió de la comparación entre dichos medios y las transcripciones de las llamadas efectuadas por la GFS los días 3 y 6 de agosto, 20 y 27 de setiembre, y 5 y 7 de noviembre de 2007 al número telefónico de información y atención 104 y en la supervisión efectuada en las instalaciones de TELEFÓNICA el 29 de agosto de 2007, donde los operadores telefónicos y empleados de la empresa, informaron que el descuento promocional tendría una vigencia indefinida, mientras que al mismo tiempo en el SIRT, en sus fichas de afiliación y en su página Web TELEFÓNICA informaba que el plazo sería únicamente por seis (6) meses <sup>(1)</sup>.

Así, en el presente caso, se advirtió claramente que TELEFÓNICA incumplió con lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, toda vez que informó a los usuarios algo distinto a lo consignado por ella misma en el SIRT, en sus fichas promocionales y en su página Web.

En tal sentido, el hecho que TELEFÓNICA haya continuado renovando la promoción TRIO, lo cual acredita con las copias de facturas por el servicio prestado e impresiones de las consultadas efectuadas al SIRT sobre las tarifas promocionales de telefonía fija de la empresa, no puede considerarse como eximente de responsabilidad, toda vez que ello no desvirtúa que la mencionada empresa no haya informado de forma clara, veraz, detallada y precisa, cuál era el plazo de vigencia de la promoción TRIO, por cuanto es distinto informarle al usuario que el plazo de vigencia del descuento promocional es de seis (6) meses como está registrado en el SIRT, a informarle que el plazo es indefinido como lo manifestaron los operadores telefónicos y empleados de TELEFÓNICA.

---

<sup>1</sup> Las copias del registro en el SIRT obran a fojas 14 al 16 y 97 al 102 del expediente de supervisión; las copias de las fichas promocionales abran a fojas 18 al 21 y 33 al 40 del mismo expediente; mientras que la copia de la impresión de la página Web de TELEFÓNICA obra a folio 22 del expediente de supervisión.

2. Correspondencia entre la información brindada a través del 104 y la contenida en el SIRT

TELEFÓNICA señala que luego de haber registrado en el SIRT la promoción TRIO y su respectivo plazo de vigencia, ante la acogida del producto por parte de los usuarios decide renovar y mantener la promoción, por lo que a través de sus canales de atención informa que la prestación y condiciones del producto van a ser continuos y no sólo por seis (6) meses. Asimismo, en atención a lo establecido en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, considera que la información sobre la continuidad del beneficio era adecuada para el uso y consumo que el cliente da al servicio.

Agrega TELEFÓNICA que la decisión de renovar y mantener la promoción TRIO no puede modificarse en el SIRT hasta la fecha de término de la promoción. Así, considera que la temporalidad del registro del SIRT no puede obligarlo a transmitir a los clientes las restricciones de tiempo que no se van a dar, pues si el SIRT tuviera flexibilidad para el cambio durante la vigencia, sí se podría haber introducido de inmediato la decisión de renovación, asimismo, señala que tiene la libertad de ofrecer y cambiar con el tiempo sus productos y las condiciones de comercialización, en atención al contrato del abonado y lo dispuesto en el artículo 7º de las Condiciones de Uso.

Al respecto, se debe tener en cuenta que la información sobre la promoción TRIO registrada en el SIRT, específicamente, la que señala que el descuento promocional tendrá un plazo de vigencia de seis (6) meses contados desde el momento de la afiliación, es la que resulta exigible a la empresa operadora y es la que debe informar a los usuarios, toda vez que es la información que la empresa operadora está obligada a cumplir. En consecuencia, al haber prestado información diferente a la consignada en el SIRT, señalando que la promoción TRIO tiene un plazo de vigencia indefinido, TELEFÓNICA incumplió con lo establecido en el artículo 6º de las Condiciones de Uso.

Asimismo, como se señaló en la Resolución impugnada, 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.

3. No ha existido perjuicio a los abonados

TELEFÓNICA señala que la Resolución impugnada ha dejado claro que no existen elementos objetivos que puedan determinar la existencia de algún perjuicio a los abonados, pretendiendo sancionarla realizando un análisis aislado de los hechos sin considerar que más allá de la información brindada existe un claro beneficio a sus clientes. Agrega que la decisión de multa debe ir de la mano con la proporcionalidad y razonabilidad de dicha medida, por lo que al no haber daño, ni perjuicio, ni intencionalidad, ni beneficio ilegalmente obtenido, ni reincidencia, considera que se debe revocar la multa impuesta.

Al respecto, debe indicarse que el análisis del perjuicio, la intencionalidad, el beneficio ilegalmente obtenido y la reincidencia en la comisión de la infracción son aspectos evaluados para determinar la sanción impuesta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30º de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (LDFF) y en el numeral 3. del artículo 230º de la Ley del Procedimiento

Administrativo General, Ley N° 27444 (LPAG); lo que no descarta la configuración de la infracción, que fue analizada en la Resolución impugnada. En tal sentido, el no haber contado con elementos objetivos para determinar la magnitud del daño causado y el beneficio obtenido, y al no haber detectado reincidencia, no exime de responsabilidad a TELEFÓNICA ni la sustrae de la materia sancionable.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si bien no se ha detectado reincidencia en la conducta de TELEFÓNICA de acuerdo a lo establecido en el artículo 52° del RGIS <sup>(2)</sup>; lo que si se ha podido determinar es la repetición de su conducta con relación al incumplimiento de lo establecido en el artículo 6° de las Condiciones de Uso, lo cual se observó en el procedimiento administrativo sancionador citado en la Resolución impugnada, de conformidad con el literal c) del numeral 3 del artículo 230° de la LPAG, el cual ha sido un criterio que se ha tenido en cuenta al momento de graduar la sanción.

De otro lado, en la Resolución impugnada se tuvo en cuenta las supervisiones efectuadas el 11 de julio de 2008 y comunicadas a TELEFÓNICA el 15 de setiembre del mismo año, -cuyas transcripciones forman parte del expediente en el que se tramita el presente procedimiento sancionador-, para analizar el comportamiento posterior de TELEFÓNICA. Así, se advirtió que la citada empresa, ha continuado brindando información que se aparta de lo señalado por ella en el SIRT, en sus fichas promocionales y en su página Web.

4. No se puede sustentar la imposición de una multa sobre la base de dos expedientes que se encuentran en discusión en otras instancias

TELEFÓNICA señala que la Resolución N° 186-2007-PD/OSIPTEL citada en la Resolución impugnada, no puede considerarse como referente para descalificar sus descargos, toda vez que la misma se encuentra impugnada en la vía judicial y no cuenta con sentencia firme que le otorgue la calidad de cosa juzgada. Agrega, que lo mismo sucede con la Resolución N° 011-2008-CD/OSIPTEL que fue sustento para la imposición de la sanción, presentando como nueva prueba copia de los cargos de presentación de los recursos impugnatorios.

Al respecto, se debe indicar que la impugnación en sede judicial de una resolución administrativa firme dictada en última instancia administrativa, no desestima lo resuelto por la Administración hasta que sea declarada su nulidad en la instancia judicial. Sobre el particular, el artículo 9° de la LPAG dispone lo siguiente:

**Artículo 9.- Presunción de validez**

*Todo acto administrativo se considera válido en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda.*

En ese sentido, mientras la autoridad jurisdiccional no desestime la resolución administrativa, resulta procedente tomar en cuenta las posiciones plasmadas en ellas al momento de resolver otro procedimiento administrativo sancionador que contenga hechos o infracciones similares.

---

<sup>2</sup> **Artículo 52.-** Para efectos de las infracciones establecidas en el presente capítulo, se considerará la reincidencia siempre que exista resolución anterior firme o que haya causado estado; y que la infracción reiterada se haya cometido en el plazo de un año a computarse desde la fecha en que se notificó el documento previsto en el literal a) del Artículo 54, respecto de la infracción anterior.

5. La Resolución no ha cumplido con el deber de motivación

TELEFÓNICA considera que no se ha cumplido en la Resolución impugnada con el deber de motivación, por no sustentar cual ha sido el supuesto perjuicio ocasionado a los usuarios, y sustentar la multa y su gradación en una serie de referencias que no se encontrarían acorde a derecho. Asimismo, considera que, en atención a lo señalado en los artículos 3º y 6º de la LPAG, y a que el deber de motivación también exige que el sustento de la imposición de una sanción se base en verificaciones que representen el proceder de la empresa de manera sucesiva, la referencia utilizada en la Resolución impugnada para acreditar el comportamiento posterior de la empresa y por tanto gradar la sanción impuesta, no se encuentra debidamente motivada, configurándose una causal de nulidad conforme el artículo 10º de la LPAG.

Sobre el particular, el artículo 6º de la LPAG señala lo siguiente:

**Artículo 6.- Motivación del acto administrativo**

*6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.*

En atención al citado artículo, se observa que contrariamente a lo señalado por TELEFÓNICA, la Resolución impugnada ha sido debidamente motivada, por cuanto el análisis del perjuicio causado a los usuarios es un criterio que se tuvo en cuenta para graduar la sanción, lo cual fue analizado al desarrollar el criterio “magnitud del daño causado”, asimismo, se señaló que el artículo 230º de la LPAG establece como un criterio para la determinación de la sanción, - entre otros - la repetición de la comisión de la infracción, lo que se ha evidenciado, toda vez que en el procedimiento tramitado en el expediente N° 21-2007-GG-GFS/PAS se acreditó el 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, lo cual sustentó la repetición observada en la conducta de TELEFÓNICA, al nuevamente haber incumplido con lo establecido en el artículo 6º de las Condiciones de Uso, criterio válido para tener en cuenta y graduar la sanción impuesta en el presente procedimiento sancionador.

Por lo expuesto, no existen fundamentos para señalar que la Resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada.

De las consideraciones precedentes y teniendo en cuenta que, ni los fundamentos expuestos por TELEFÓNICA ni la nueva prueba ofrecida, desvirtúan su responsabilidad; corresponde confirmar la Resolución N° 039-2009-GG/OSIPTEL del 20 de febrero de 2009 en todos sus extremos.

**IV. SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS**

TELEFÓNICA solicita en el cuarto otrosí de su recurso de reconsideración, la suspensión de los efectos de la Resolución N° 039-2009-GG/OSIPTEL, en aplicación a lo dispuesto en el artículo 216.2º de la LPAG.

Sobre el particular, se establece en el literal d) del artículo 27º de la LDFF que los medios impugnatorios suspenderán únicamente el cobro de la multa impuesta.

Considerando que la Resolución impugnada impone a TELEFÓNICA una sanción pecuniaria, su cobro queda suspendido en atención a lo dispuesto en el artículo 27º de la LDFF, por lo que corresponde declarar procedente la solicitud aludida.

**POR LO EXPUESTO**, en aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41º del Reglamento General del OSIPTEL;

**SE RESUELVE:**

**Artículo 1º.-** Declarar **INFUNDADO** el recurso de reconsideración presentado por **TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.**, en consecuencia, **CONFIRMAR**, en todos sus extremos, la Resolución N° 039-2009-GG/OSIPTEL de fecha 20 de febrero de 2009; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**Artículo 2º.-** Declarar procedente la solicitud de suspensión de efectos de la Resolución N° 039-2009-GG/OSIPTEL del 20 de febrero de 2009, 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 TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A..

**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 o haya causado estado, de conformidad con el artículo 33º de la LDFF 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**