



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 063 -2012-CD/OSIPTEL

Lima, 28 de mayo de 2012

EXPEDIENTE N°	:	00010-2011-GG-GFS/PAS
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la Resolución N° 128-2012-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante "Telefónica") contra la Resolución de Gerencia General N° 128-2012-GG/OSIPTEL –en lo sucesivo "la Resolución"- que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 008-2012-GG/OSIPTEL, resolución que impuso a Telefónica: a) una multa de ciento cuarenta (140) Unidades Impositivas Tributarias (en lo sucesivo "UITs), al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobadas por Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL –en lo sucesivo "las Condiciones de Uso"- (¹), puesto que no informó a los usuarios que éstos no se encontraban facultados para efectuar la migración de los planes tarifarios, lo que habría vulnerado el derecho de toda persona a recibir la información necesaria para tomar una decisión o elección adecuadamente informada; y, b) una multa de diez (10) UITs por haber incumplido lo dispuesto en el artículo 96° de las Condiciones de Uso (²), puesto que no solicitó el lugar y fecha de nacimiento del abonado, a fin de acreditar la identidad del titular del servicio que solicita la migración de sus servicios.
- (ii) El Informe N° 075-GAL/2012, del 17 de mayo de 2012, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por Telefónica.
- (iii) El Expediente N° 00010-2011-GG-GFS/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES:

Mediante carta N° C.441-GFS/2011, notificada el 11 de abril de 2011, se comunicó a Telefónica el inicio del presente procedimiento administrativo sancionador –en lo sucesivo "el PAS"- por la presunta comisión de las infracciones tipificadas como

¹ El incumplimiento se encuentra tipificado como infracción grave en el artículo 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso.

² El incumplimiento se encuentra tipificado como infracción leve en el artículo 2° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso.

leve y grave en los artículos 2º y 3º del Anexo 5 de las Condiciones de Uso, por el incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 6º y 96º de la norma mencionada, al no haber informado a sus usuarios que éstos no se encontraban facultados para efectuar la migración de los planes tarifarios, dado que tal posibilidad corresponde únicamente al abonado, lo que habría vulnerado el derecho de toda persona a recibir la información necesaria para tomar una decisión adecuadamente informada en la migración del servicio contratado; así como por no solicitar el lugar y fecha de nacimiento del abonado, a fin de acreditar la identidad del titular del servicio que solicita la migración de sus servicios.

Mediante carta N° DR-107-C-0708/DF-11, recibida el 17 de mayo de 2011, Telefónica presentó sus descargos.

Por Resolución N° 008-2012-GG/OSIPTEL, del 11 de enero de 2012, se resolvió lo siguiente: a) multar a la empresa Telefónica con ciento cuarenta (140) UITs al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6º de las Condiciones de Uso; y, b) multar a la empresa Telefónica con diez (10) UITs, por haber incumplido lo dispuesto en el artículo 96º de las Condiciones de Uso.

El 3 de febrero de 2012, Telefónica interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 008-2012-GG/OSIPTEL, ofreciendo como nueva prueba un disco compacto conteniendo cinco (5) grabaciones de voz de contrataciones realizadas entre Telefónica y usuarios del servicio telefónico, las cuales, a criterio de la empresa operadora, acreditarían que su comportamiento se ajusta a lo dispuesto por las Condiciones de Uso.

Por Resolución N° 128-2012-GG/OSIPTEL de 20 de marzo de 2012 se declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto, confirmando la resolución impugnada.

El 23 de abril de 2012, Telefónica interpuso recurso de apelación contra la Resolución N° 128-2012-GG/OSIPTEL.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De conformidad con el artículo 57º del RGIS y los artículos 207º y 209º de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en lo sucesivo, LPAG), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación presentado por Telefónica, al cumplirse los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales argumentos de Telefónica son los siguientes:

- La Resolución habría sido emitida sin una motivación debida, requisito de validez de todo acto administrativo.
- La conducta de la Gerencia General vulneraría el principio de legalidad que rige la actuación de todos los funcionarios de la administración pública.

- La Resolución habría sido impuesta vulnerando el principio del debido procedimiento.
- Respecto de la imputación de contravención de lo dispuesto por el artículo 6° de las Condiciones de Uso.
- Análisis sobre la eficacia probatoria de las transcripciones de las llamadas materia del presente procedimiento.
- Respecto de la imputación de contravención de lo dispuesto por el artículo 96° de las Condiciones de Uso.
- Análisis sobre la eficacia probatoria de las transcripciones de las llamadas materia del presente procedimiento.
- Respecto de la imputación de contravención de lo dispuesto por el artículo 96° de las Condiciones de Uso.

IV. **ANÁLISIS:**

Con relación a los argumentos formulados por Telefónica, cabe señalar lo siguiente:

- No corresponde que Telefónica solicite que el órgano resolutorio de primera instancia, en la medida en que desestimó la nueva prueba aportada, revise su resolución sin haber aportado un fundamento probatorio que justifique ello. No basta una nueva argumentación jurídica como sustento de un recurso de reconsideración, y en consecuencia, no se afecta en modo alguno el principio de congruencia y por el contrario, se habría respetado plenamente el sentido de la existencia de un recurso –que es opcional para el administrado- como el de reconsideración.
- En atención a que sí se ha realizado el análisis de los extremos pertinentes del recurso de reconsideración, y a que el mismo ha sido debidamente motivado, no se ha vulnerado el principio de legalidad que rige la actuación de los funcionarios de la Administración Pública.
- En atención a la razón de ser del recurso de reconsideración, la actuación de la Gerencia General ha sido plenamente ajustada a derecho al declarar que: *“la nueva prueba presentada (...) no desvirtúa el hecho de haberse producido las infracciones previstas en los artículos 2° y 3° del Anexo 5 de las Condiciones de Uso; por tal motivo, no se puede considerar que dicha prueba justifique la revisión del análisis efectuado en la resolución impugnada acerca del cumplimiento de lo establecido por los artículos 6° y 96° de las Condiciones de Uso”* por lo que no cabe sustentar vulneración alguna al principio del debido procedimiento.

- Conforme al artículo 6° de las Condiciones de Uso, la información que debe ser proporcionada obligatoriamente por la empresa, debe ser suficiente para que la decisión que tome el futuro contratante sea la adecuada. De este modo no sólo se trata de una obligación que tiene la empresa operadora en la etapa que Telefónica denomina como informativa, sino también incluso en la inmediatamente anterior a la contratación.
- Si bien es cierto que no obra en autos la grabación de lo que Telefónica denomina fase informativa, se encuentra debidamente acreditado que con anterioridad a la formalización del contrato no existe advertencia alguna al futuro contratante en el sentido que la migración sólo puede ser realizada por el abonado titular del servicio o su representante debidamente autorizado.

Por otro lado, el propio dicho de Telefónica en su escrito de apelación confirma lo ya acreditado por el OSIPTEL durante el procedimiento en primera instancia, es decir, que Telefónica no informó debidamente al futuro contratante sobre la condición subjetiva que debe reunir para poder migrar a otro plan tarifario.

De lo expuesto queda evidenciado que no se ha vulnerado en absoluto el principio de tipicidad ni el de presunción de inocencia o actuación con apego a los deberes por parte del administrado.

- No es correcto lo señalado en el sentido que se sancionó por 28 casos de incumplimiento del artículo 96° de las Condiciones de Uso, pues expresamente de la lista de 28 casos se identifican 7 en que se incurre en incumplimiento del artículo 96°.

En relación al número de casos en que se basa la sanción, en las resoluciones de Gerencia General se sustenta debidamente que no se requiere la concurrencia de un número determinado de casos a efectos de imponer una sanción, por lo que nos remitimos a lo ahí señalado, argumentación que suscribimos.

En cuando a la conducta de Telefónica, precisamente se le sanciona porque no ha tomado las medidas necesarias y suficientes para que se cumpla con lo establecido en la normativa vigente, no bastando con los documentos con los que cuenta, sino que se requiere que los mismos se pongan efectivamente en práctica, lo que no ocurrió en el presente caso.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 075-GAL/2012, del 17 de mayo de 2012, emitido por la Gerencia de Asesoría Legal, el cual -conforme al artículo 6°, numeral 6.2 de la LPAG- constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

En consecuencia, de acuerdo a los fundamentos expuestos, corresponde declarar infundado el recurso de apelación presentado y, en virtud de ello, confirmar la sanción impuesta mediante la Resolución de Gerencia General N° 008-2012-GG/OSIPTEL del 11 de enero de 2012, por la infracción tipificada en el artículo

17° del RGIS, la misma que fue confirmada por la Resolución de Gerencia General N° 128-2012-GG/OSIPTEL del 20 de marzo de 2012 con motivo de la reconsideración interpuesta por Telefónica.

V. PUBLICACIÓN DE SANCIONES:

De conformidad con el artículo 33° de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336, las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones graves o muy graves deben ser publicadas en el Diario oficial El Peruano, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo.

Por tanto, al ratificar este colegiado las sanciones impuestas por la primera instancia administrativa, relativa a la comisión de infracciones graves, corresponde la publicación de la presente resolución y las Resoluciones de Gerencia General N° 008-2012-GG/OSIPTEL y N° 128-2012-GG/OSIPTEL, así como el Informe N° 075-GAL/2012.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 460 -2012, conforme consta en el acta correspondiente.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por Telefónica del Perú S.A.A. el 23 de abril de 2012, contra la Resolución de Gerencia General N° 128-2012-GG/OSIPTEL y, en consecuencia CONFIRMAR el monto de las multas impuestas por Resolución N° 008-2012-GG/OSIPTEL, las mismas que fueron confirmadas por la resolución apelada, y que ascienden a: a) ciento cuarenta (140) Unidades Impositivas Tributarias, al haber incumplido lo dispuesto en el artículo 6° de las Condiciones de Uso –conforme a la tipificación contenida en el artículo 3° del Anexo 5 del referido cuerpo normativo-, puesto que no informó a los usuarios que éstos no se encontraban facultados para efectuar la migración de los planes tarifarios, lo que habría vulnerado el derecho de toda persona a recibir la información necesaria para tomar una decisión o elección adecuadamente informada; y, b) una multa de diez (10) Unidades Impositivas Tributarias, por haber incumplido lo dispuesto en el artículo 96° de las Condiciones de Uso –conforme a la tipificación contenida en el artículo 2° del Anexo 5 del referido cuerpo normativo-, puesto que no solicitó el lugar y fecha de nacimiento del abonado, a fin de acreditar la identidad del titular del servicio que solicita la migración de sus servicios; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la referida Resolución.

Artículo 2°.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad de la Resolución de Gerencia General N° 128-2012-GG/OSIPTEL, conforme a los fundamentos expresados en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3°.- DEJAR SIN EFECTO la suspensión a que se contrae el artículo 2° de la Resolución de Gerencia General N° 128-2012-GG/OSIPTEL del 20 de marzo de 2012, al haberse declarado infundado el recurso de apelación interpuesto y desestimada la solicitud de nulidad deducida por Telefónica del Perú S.A.A.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la notificación de la presente resolución y del Informe N° 075-GAL/2012, que constituye parte integrante de la misma, a la empresa apelante; así como su publicación en el diario oficial El Peruano, conjuntamente con las Resoluciones de Gerencia General N° 008-2012-GG/OSIPTEL y N° 128-2012-GG/OSIPTEL; y asimismo, poner en conocimiento de la presente resolución a la Gerencia de Administración y Finanzas del OSIPTEL para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

MARTHA CAROLINA LINARES BARRANTES
Presidente del Consejo Directivo (e)