



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

OSIPTEL FOLIOS
GUS-TRASU 66

EXPEDIENTE N° 3847-2009/TRASU/GUS/RA
RECURSO DE APELACIÓN

RESOLUCIÓN: 1

Lima, 17 de septiembre de 2009.

CONCEPTOS RECLAMADOS	: SMS Premium incluidos en el recibo de mayo de 2009
NUMERO DE RECLAMO	: 54679
CICLO DE FACTURACIÓN	: 20
EMPRESA OPERADORA	: AMÉRICA MÓVIL PERU S.A.C.
RESOLUCIÓN DE EMPRESA OPERADORA	: DAC-COP-R/PPP-3263-09 DAC-COP-R/WLM-3668-09
RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL	: FUNDADO

VISTO: El expediente de la referencia y en atención a la documentación obrante en el mismo, el Tribunal sustenta la decisión adoptada en la presente resolución, en los siguientes fundamentos relevantes:

1. En el presente caso, EL RECLAMANTE cuestiona la facturación de SMS Premium en el recibo de mayo de 2009, manifestando no haber realizado este tipo de consumos, toda vez que contrató el servicio para el uso exclusivo de Internet, motivo por el cual desconoce el importe facturado.
2. LA EMPRESA OPERADORA declara infundado el reclamo, sustentado su decisión en los siguientes argumentos:
 - a. EL RECLAMANTE cuenta con el Plan Exacto C;
 - b. El servicio de Internet es un servicio adicional al que puede acceder, así como otros servicios los cuales se encuentran a su disposición;
 - c. Del detalle de llamadas se puede verificar que las comunicaciones se han realizado en el periodo materia de reclamo con total normalidad y continuidad;
 - d. EL RECLAMANTE señala no haber retirado el chip del MODEM; sin embargo, según lo verificado el reporte de identificación de cambio de conexión GSM-Dialers, emitido por el Área de Network Administration & Performance de la empresa operadora se ha detectado la presencia de un Malware Dialers, por el cual al ingresar a algunas páginas de Internet, en su mayoría las que figuran en los pop-ups, no se realiza una conexión a Internet sino una llamada telefónica. Cabe precisar que estos dialers se instalan silenciosamente modificando la configuración del sistema, reconvirtiendo una comunicación de tipo conexión en Internet a una comunicación de tipo llamada internacional con destino al país donde operan;
 - e. El acceso a Internet es únicamente controlado y administrado por EL RECLAMANTE, no siendo posible que se efectúe algún tipo de control o filtro de las páginas a las que puede acceder;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTELEXPEDIENTE N° 3847-2009/TRASU/GUS/RA
RECURSO DE APELACIÓN

- f. Se recomienda instalar un antivirus capaz de bloquear los dialers y mantenerlo actualizado o limitar su acceso a los distintos pop-ups que se muestran, en caso detectar que se ha configurado un dialers en la PC, sugiriéndose desconectar el MODEM-GPRS y eliminar el virus de la PC.
- g. EL RECLAMANTE se obliga al pago del tráfico efectivamente cursado durante el ciclo de facturación, la utilización del saldo que brinda la empresa es total responsabilidad del titular de la línea y es quien debe llevar el control del saldo, no se puede verificar quien realiza las llamadas, pero se puede asegurar que fueron realizadas desde el servicio celular, lo cual confirma que existió comunicación con cada uno de los números que fueron facturados como adicional.
3. EL RECLAMANTE manifiesta su disconformidad con la resolución de primera instancia, señalando que desconoce la forma en que puede tener acceso para hacer consumos al número 51029977, debido a que el uso de servicio es para navegación en internet a través del APN claro.pe.
4. LA EMPRESA OPERADORA resuelve rechazar el recurso de reconsideración, toda vez que la persona que presentó el mismo no habría acreditado su calidad de representante de EL RECLAMANTE.
5. EL RECLAMANTE manifiesta su disconformidad con la resolución de primera instancia, reiterando los argumentos de su reclamo inicial, precisando que al suscribir el contrato por servicio de Internet, no se le informó que podría tener acceso a este tipo de sms.
6. En sus descargos LA EMPRESA OPERADORA reitera los fundamentos de su resolución de primera instancia.
7. Al respecto, cabe precisar que el artículo 6° de las Condiciones de Uso de los servicios Públicos de Telecomunicaciones -Condiciones de Uso- establece que toda persona tiene derecho a recibir de LA EMPRESA OPERADORA la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación de los servicios públicos de telecomunicaciones, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de dichos servicios.

8. De igual manera, dicho artículo establece 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 sobre:

- (i) El servicio ofrecido;*
- (ii) Requisitos para acceder al servicio;*
- (iii) Características, modalidades, limitaciones y todas las opciones de planes tarifarios;*
- (iv) Periodicidad de la facturación;*
- (v) Plazo de contratación, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos; y,*



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

OSIPTEL FOLIOS
GUS-TRASU 62

**EXPEDIENTE N° 3847-2009/TRASU/GUS/RA
RECURSO DE APELACIÓN**

(vi) Alcances y uso de los equipos.

...///"

9. El objetivo de esta disposición es garantizar que los usuarios puedan recibir de LA EMPRESA OPERADORA toda la información necesaria que les permita tomar sus decisiones o realizar una elección adecuadamente informada en la contratación o utilización del servicio.
10. Es importante señalar que, el artículo 24° de la norma de Condiciones de Uso, establece que los conceptos facturables se sujetarán a las siguientes reglas:
 - (i) Estarán debidamente diferenciados, indicándose el servicio prestado y el período correspondiente;
 - (ii) Permitirán entender la aplicación de las tarifas;
 - (iii) Deberán sustentarse en las tarifas vigentes informadas por la empresa operadora, considerando las ofertas, descuentos y promociones que sean aplicables;
 - (iv) Deberán sustentarse en servicios contratados de acuerdo a los mecanismos de contratación; y
 - (v) Deberán sustentarse en prestaciones efectivamente realizadas
11. Complementariamente, el artículo 98° de las Condiciones de Uso, establece que la carga de la prueba de la solicitud y/o aceptación de la contratación de servicios públicos de telecomunicaciones, la modificación de los términos o condiciones de dicha contratación, contratación de ofertas, descuentos y promociones que requieran aceptación previa, contratación de servicios suplementarios o adicionales, y otras prestaciones derivadas de dicha norma, corresponde a LA EMPRESA OPERADORA.
12. Al efecto, el Tribunal considera que, a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por EL RECLAMANTE, es relevante analizar si, en efecto, LA EMPRESA OPERADORA ha cumplido con el requisito establecido en los artículos citados.
13. Del análisis de la documentación que obra en el expediente, se advierte LA EMPRESA OPERADORA ha elevado el Acuerdo para la Prestación del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) Post Pago N° C01-06-OCT07-927060 de fecha 13 de marzo de 2009 y sus respectivos Anexos, entre ellos el Anexo 3 – Plan Exacto C – Acuerdo PCS Consumer debidamente suscritos por Luis Roberto Carlos Loyaga, identificado con documento de identidad N° 32940378, en el cual figura que solicitó el servicio adicional de Internet Móvil Ilimitado.
14. Asimismo, de la información referida en el mecanismo de contratación se verifica que en el presente caso, lo que LA EMPRESA OPERADORA entregó al RECLAMANTE fue una tarjeta Modem a fin de utilizar el servicio de Internet Móvil Ilimitado.
15. En este sentido, del numeral II.2 del Anexo al Acuerdo PCS – Paquete de datos y Servicios 3G Banda Ancha Móvil, se advierte que LA EMPRESA OPERADORA le informó a EL RECLAMANTE la siguiente característica del Plan Internet Móvil:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTELEXPEDIENTE N° 3847-2009/TRASU/GUS/RA
RECURSO DE APELACIÓN

“...///

El Servicio Contratado por EL CLIENTE podrá ser utilizado para realizar conexiones hacia WAP, WEB o APN personalizados. No se descargarán los demás destinos diferentes de WAP, WEB o APN, tales como MMS entre otros. La posibilidad de realizar tráfico WEB y WAP depende del equipo del cliente y puede estar limitada por éste”.

...///”

16. En el Detalle de Llamadas correspondiente al periodo del 20 de abril al 19 de mayo de 2009, obrante de fojas 4 a 9 del expediente, se registran durante todo el periodo consumos por tráfico GPRS y llamadas de larga distancia internacional salientes.
17. Al respecto, este Tribunal aprecia que LA EMPRESA OPERADORA ha omitido elevar el documento que acredite haber informado expresamente al abonado que no obstante habérsele entregado como equipo terminal una tarjeta modem, se podrían generar llamadas a través de éste, las mismas que serían facturadas.
18. Sobre el particular, es preciso señalar que el inciso b del Artículo 5° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 716¹, establece que todo consumidor tiene derecho a 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.
19. En esta línea argumental, se aprecia que el derecho del consumidor, ha generado la obligación del proveedor de proporcionar la información que permita al consumidor realizar una elección libre. En atención a ello, se sostiene, que el consumidor tiene una información inferior a la del proveedor y un alto costo para obtenerla, lo que afecta su capacidad de discernimiento en condiciones igualitarias. Ello justifica que se imponga un deber de informar a quien ya posee la información o la puede obtener a un menor costo²ⁿ.
20. En ese sentido, es LA EMPRESA OPERADORA la que tiene la capacidad de conocer el tipo de servicio que brinda a través del uso del modem, informando debidamente la posibilidad de que a través de su uso en una PC se podrían generar envíos de sms Premium.
21. De otro lado, de la información obrante en el expediente, se aprecia que si bien LA EMPRESA OPERADORA ha remitido copia del documento Acuerdo para la Prestación del Servicio de Comunicaciones Personales (PCS) - Post Pago/Control Consumer Acuerdo N° C01-06-OCT07³; sin embargo, el mismo no registra fecha ni firma del titular del servicio.

¹ DECRETO SUPREMO N° 039-2000-ITINCI

² Espinoza, Juan. Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor.

³ En la cláusula décima tercera se señala: “Claro quedará exenta de cualquier responsabilidad en caso EL CLIENTE transmita información prohibida por ley contraria al orden público, la moral o las buenas costumbres, o que atente contra derechos de terceros; así como por la pérdida de información o daños en los sistemas o terminal de EL CLIENTE por causa de virus provenientes de Internet o por actos de terceros o hackers que pudieran afectar los sistemas o terminal”.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

OSIPTEL FOLIO 09
GUS-TRASU 68

**EXPEDIENTE N° 3847-2009/TRASU/GUS/RA
RECURSO DE APELACIÓN**

22. Por tanto, se aprecia que no obra documentación en el expediente que acredite que se informó expresamente a EL RECLAMANTE que se podrían efectuar llamadas o envíos de mensajes Premium al tener conectado el equipo con una PC.
23. Finalmente, al no haber sido elevadas pruebas relevantes que sustenten la resolución de primera instancia, este Tribunal considera que hay suficientes fundamentos para amparar el recurso interpuesto, debiendo declarar **fundado** el recurso.

De conformidad con las normas que viene aplicando el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios, tales como la Resolución N° 015-99-CD/OSIPTEL y sus modificatorias (Directiva que establece las Normas Aplicables a los Procedimientos de Atención de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones), la Resolución de Consejo Directivo N° 116-2003-CD/OSIPTEL y sus modificatorias que aprueba las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, los Lineamientos Resolutivos del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de OSIPTEL (Resolución N° 01-2004-LIN/TRASU-OSIPTEL y 001-2007-LIN/TRASU-OSIPTEL), así como la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) y el Código Procesal Civil en lo que fuera aplicable.

HA RESUELTO:

Declarar **FUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por EL RECLAMANTE por la facturación de SMS Premium incluidos en el recibo de mayo de 2009 y, en consecuencia, **REVOCAR** la resolución emitida por LA EMPRESA OPERADORA; lo cual implica que la solicitud de EL RECLAMANTE ha sido acogida favorablemente por este Tribunal y que, por lo tanto, a partir de la notificación de la presente resolución, LA EMPRESA OPERADORA, debe ajustar la facturación, o en su caso, devolver al reclamante el importe correspondiente a los conceptos reclamados, de conformidad con lo expresado en los considerandos precedentes.

Con la intervención de los señores Vocales Galia Mac Kee Briceño, Agnes Franco Temple y Eduardo Díaz Calderón.


Galia Mac Kee Briceño
Presidente de la Sala 2 del Tribunal Administrativo de
Solución de Reclamos de Usuarios


EDC/GC/FA

