

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS SECRETARIO DE CONSEJO DIRECTIVO
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 246-2020- GG/OSIPTEL
REF.	:	Expediente N° 00060-2015-GG-GFS/PAS
FECHA	:	11 de diciembre de 2020

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	Asesor	GUSTAVO OSWALDO CAMARA LOPEZ
REVISADO Y APROBADO POR	GERENTE DE ASESORIA LEGAL	LUIS ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA



I. OBJETO:

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA) contra la Resolución N° 246-2020-GG/OSIPTEL que declaró INFUNDADO el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL; mediante la cual se la sancionó con 350 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), al no seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio público móvil (al no exigir la exhibición y copia del documento de identidad).

II. ANTECEDENTES:

- 2.1. Mediante carta N° 1900-GFS/2015, notificada el 7 de octubre de 2015, la Dirección de Fiscalización e Instrucción¹ (en adelante, DFI) comunicó a TELFÓNICA el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por la presunta comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 3 y 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso) por cuanto habría incumplido lo dispuesto en el segundo y tercer párrafo del artículo 11² de la misma norma, conforme al siguiente detalle:³

Reglamento	Obligación	Tipificación	Conducta imputada	Gravedad
TUO de las Condiciones de Uso	Segundo párrafo del artículo 11	Artículo 4 del Anexo 5	No seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio público móvil, al no exigir la exhibición y copia del documento de identidad, en 80 acciones de supervisión.	Muy Grave
	Tercer párrafo del artículo 11	Artículo 4 del Anexo 5	No publicar un cartel o afiche en sus puntos de venta, difundiendo las obligaciones contempladas en el segundo párrafo del artículo 11 en 63 acciones de supervisión.	Grave

- 2.2. El 9 de noviembre de 2015, mediante carta N° TP-AR-GGR-3057-2015, TELEFÓNICA remitió sus descargos.
- 2.3. A través de la carta N° 1043-GG/2017, notificada el 18 de septiembre de 2017, la Gerencia General remitió a TELEFÓNICA copia del Informe N° 073-GFS/2017 (en adelante, Informe Final de Instrucción) en el que analiza la responsabilidad de dicha empresa operadora, otorgándole un plazo de cinco (5) días para la formulación de descargos.
- 2.4. El 9 de octubre de 2017, mediante carta N° TP-3083-AR-GGR-17, TELEFÓNICA remitió sus descargos al Informe Final de Instrucción, los cuales fueron ampliados mediante carta N° TP-3375-AR-GGR-17 recibida el 27 de noviembre de 2017.

¹ De acuerdo al nuevo Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, cuya Sección Primera fue aprobada por Decreto Supremo N° 160-2020-PCM y su Sección Segunda fue aprobada por Resolución de Presidencia N° 094-2020-PD/OSIPTEL, las funciones correspondientes a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización son realizadas en lo sucesivo por la Dirección de Fiscalización e Instrucción.

² Texto vigente hasta el 4 de junio de 2015, toda vez que el 5 de junio de 2015 entró en vigencia la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL que modificó diversos artículos del TUO de las Condiciones de Uso.

³ La imputación se sustentó en el Informe N° 1061-GFS/2015, de fecha 6 de octubre de 2015, emitida en el Expediente de Supervisión N° 401-2014-GG-GFS.



- 2.5. Mediante Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL notificada el 19 de diciembre de 2017, la Gerencia General⁴ sancionó a TELEFÓNICA conforme al siguiente detalle:

Reglamento	Obligación	Tipificación	Conducta imputada	Sentido
TUO de las Condiciones de Uso	Segundo párrafo del artículo 11	Artículo 4 del Anexo 5	No seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio público móvil, al no exigir la exhibición y copia del documento de identidad, en 77 acciones de supervisión.	Multa de 350 UIT
			No seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio, en 3 acciones de supervisión.	Archivo
	Tercer párrafo del artículo 11	Artículo 4 del Anexo 5	No publicar un cartel o afiche en sus puntos de venta, difundiendo las obligaciones contempladas en el segundo párrafo del artículo 11, en 63 acciones de supervisión.	Archivo

- 2.6. El 12 de enero de 2018, mediante carta N° TDP-0140-AG-ADR-18, TELEFÓNICA solicitó la acumulación de los expedientes N° 090-2014-GG-GFS/PAS y N° 060-2015-GG-GFS/PAS; e interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL, el cual fue ampliado el 24 de enero de 2018, mediante carta N° TDP-0250-AG-ADR-18.
- 2.7. Mediante Resolución N° 246-2020-GG/OSIPTEL⁵ del 6 de octubre de 2020, la Gerencia General⁶ resolvió denegar la solicitud de acumulación de los expedientes N° 090-2014-GG-GFS/PAS y N° 060-2015-GG-GFS/PAS; y declaró infundado el Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL.
- 2.8. El 27 de octubre de 2020, mediante carta N° TDP-3125-AR-ADR-20, TELEFÓNICA interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 246-2020-GG/OSIPTEL y solicitó audiencia de informe oral ante el Consejo Directivo.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado por Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL (en adelante, RFIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, (en adelante, TUO de la LPAG) aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia contenidos en las citadas disposiciones.

IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

TELEFÓNICA sustenta su Recurso de Apelación en los siguientes argumentos:

- 4.1. Corresponde dejar sin efecto la multa impuesta, toda vez que el OSIPTEL ha sancionado anteriormente la misma infracción para el mismo periodo de supervisión.

⁴ Dicha resolución se sustenta además en el Informe N° 151-PIA/2017 de fecha 15 de diciembre de 2017.

⁵ Notificada mediante correo electrónico del 6 de octubre de 2020.

⁶ Dicha resolución se sustenta además en el Informe N° 175-PIA/2020 de fecha 6 de octubre de 2020.



- 4.2. En virtud de la Retroactividad Benigna, corresponde revocar la sanción impuesta toda vez que la exigencia de la exhibición y conservación de la copia del documento de identidad actualmente no se encuentra vigente.
- 4.3. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, debido a que se ha descartado otras medidas que efectivicen el cumplimiento de los objetivos regulatorios.
- 4.4. Corresponde aplicar los atenuantes de responsabilidad al haberse implementado el sistema de verificación biométrica.
- 4.5. No se han motivado suficientemente los criterios de graduación de la multa impuesta.

V. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Respecto a los argumentos de TELEFÓNICA, cabe señalar lo siguiente:

5.1. Sobre la supuesta existencia de dos (2) sanciones por el mismo incumplimiento en el mismo periodo de supervisión

TELEFÓNICA considera que corresponde dejar sin efecto la multa impuesta mediante Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL -emitida en el presente PAS- toda vez que a través de la Resolución N° 034-2017-GG/OSIPTEL -emitida en los expedientes acumulados N° 090-2014-GG-GFS/PAS y N° 034-2016-GG-GFS/PAS- ya se le habría sancionado por el mismo incumplimiento del segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso en el mismo periodo de supervisión.

Al respecto, TELEFÓNICA expresa que el periodo de supervisión del presente expediente (noviembre de 2014 a febrero de 2015) coincide con el periodo de supervisión de los expedientes acumulados N° 090-2014-GG-GFS/PAS y N° 034-2016-GG-GFS/PAS, el cual empieza en enero de 2014 y concluye en junio de 2015. Sobre este último punto, TELEFÓNICA expresa que de la carta de inicio del PAS seguido en el Expediente N° 034-2016-GG-GFS/PAS se puede observar que las líneas activadas van hasta junio de 2015, las cuales fueron informadas por medio de su comunicación TPAG-GTR-1645-15 que detalla la relación de líneas a nombre de la señora Guisela Taboada.

Bajo estas circunstancias, TELEFÓNICA sostiene que, al tratarse de procedimientos que tienen periodos de supervisión coincidentes, la sanción impuesta en el presente PAS resulta contraria a los Principios de Razonabilidad, Uniformidad, de Predictibilidad y de Proporcionalidad, teniendo en cuenta el criterio contenido en la Resolución N° 229-2018-CD/OSIPTEL.

Asimismo, TELEFÓNICA agrega que dicho criterio habría sido reafirmado por el Consejo Directivo al sostener que la existencia de conexidad y periodos de supervisión subsumidos servirían como sustento para no sancionar doblemente un mismo supuesto, conforme se advierte del Informe N° 131-GAL/2020 que sustenta la Resolución N° 103-2020-CD/OSIPTEL.

Sobre el particular, cabe reiterar lo señalado por la Primera Instancia al momento de denegar la acumulación del expediente N° 060-2015-GG-GFS/PAS a los expedientes acumulados N° 090-2014-GG-GFS/PAS y N° 034-2016-GG-GFS/PAS en el sentido que si bien ambos expedientes se siguen contra TELEFÓNICA y versan sobre la misma obligación; no obstante, el periodo de supervisión en ambos casos es distinto.



Al respecto, se advierte que en los expedientes acumulados N° 090-2014-GG-GFS/PAS y N° 034-2016-GG-GFS/PAS la Primera Instancia emitió la Resolución N° 034-2017-GG/OSIPTEL⁷, mediante la cual sancionó a TELEFÓNICA por no seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación de 72 173 líneas de telefonía móvil prepago, las cuales fueron activadas entre el 1 de enero y el 2 de septiembre de 2014.

Es importante señalar que, en virtud del Principio de Discrecionalidad –recogido en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336-, la DFI dio inicio al expediente N° 034-2016-GG-GFS/PAS en función de la totalidad de las líneas activadas a nombre de la señora Guisela Taboada Campos, quien registraba a su nombre un total de 17 635 líneas, y no en función de un periodo de supervisión en específico. Cabe precisar que dicho expediente fue iniciado teniendo en cuenta la comunicación N° TP-AG-GTR-1645-15, recibida el 23 de junio de 2015, mediante la cual TELEFÓNICA remitió la información solicitada mediante carta N° 766-GPSU/2015, señalando que no conservaba la copia del documento de identidad de la señora Taboada.

Por el contrario, en el presente expediente la Primera Instancia ha sancionado a TELEFÓNICA por no seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio, sobre la base de setenta y seis (76) acciones de supervisión realizadas entre el 24 de noviembre de 2014 y el 13 de febrero de 2015 y una acción de supervisión realizada el 27 de mayo de 2015, conforme se advierte del Anexo 1 del Informe N° 151-PIA/2017 que sustenta la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL.

En consecuencia, al haber quedado acreditado que el periodo de supervisión analizado en la Resolución N° 034-2017-GG/OSIPTEL es distinto al periodo de supervisión evaluado en la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL, -es decir uno no se subsume dentro del otro-, no resultan aplicables al presente caso los criterios desarrollados en las Resoluciones N° 229-2018-CD/OSIPTEL y N° 103-2020-CD/OSIPTEL.

En efecto, a diferencia del presente caso, en la Resolución N° 229-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo revocó la multa impuesta por la no conservación de mecanismos de contratación al determinar que el periodo supervisado en el expediente N° 068-2017-GG-GSF/PAS -que comprendía desde julio de 2016 a mayo de 2017- se encontraba incluido en el periodo supervisado en el expediente N° 020-2017-GG-GSF/PAS que inició en agosto de 2015 y culminó en mayo de 2017.

Del mismo modo, en la Resolución N° 103-2020-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo dispuso la acumulación de los expedientes N° 005-2018-GG-GSF/PAS y N° 066-2018-GG-GSF/PAS iniciados por el incumplimiento del procedimiento de cuestionamiento de titularidad, luego de verificar, entre otros aspectos, que el periodo de supervisión de uno se encuentra subsumido en el otro.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los criterios a los que alude TELEFÓNICA no son aplicables al presente caso, no existe vulneración a los Principios de



⁷ Cabe señalar que dicha sanción fue reducida por la Resolución N° 257-2018-CD/OSIPTEL en función a la aplicación de atenuantes de responsabilidad.

Razonabilidad, Proporcionalidad, Uniformidad y Predictibilidad. Por lo tanto, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

5.2. Sobre la aplicación del Principio de Irretroactividad y Retroactividad Benigna

TELEFÓNICA sostiene que el objeto de las acciones de supervisión, realizadas entre noviembre de 2014 y febrero de 2015, recayó en verificar si se exigía la copia del documento de identidad así como su conservación posterior, como parte del procedimiento de contratación de líneas móviles prepago entonces vigente.

Sin embargo –agrega TELEFÓNICA- dicho procedimiento habría sido modificado mediante la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, publicada el 5 de junio de 2015. Asimismo, mediante la Resolución N° 006-2020-CD/OSIPTEL, publicada el 21 de enero de 2020, la exigencia de la copia y conservación del documento de identidad habría sido eliminada de nuestro ordenamiento.

En ese sentido, TELEFÓNICA señala que aunque la Primera Instancia sostenga que el procedimiento de verificación de identidad se mantiene en el tiempo, no se puede omitir que el procedimiento como se encontraba regulado no existe más. En este punto, TELEFÓNICA agrega que no cuestiona la existencia de una obligación de registro de datos personales sino que cuestiona la presunta interpretación extensiva de la Primera Instancia para negar la aplicación de la norma actual que -en su opinión- resulta más beneficiosa al contener un procedimiento con menos requisitos para la validación de la identidad.

En esa línea, TELEFÓNICA alude al Informe N° 058-PIA/2018 obrante en el Expediente N° 051-2017-GG-GSF/PAS, en donde se analizó el incumplimiento de la obligación de entrega física de las Páginas Blancas según el antiguo artículo 99 del TUO de las Condiciones de Uso. Al respecto, TELEFÓNICA expresa que en dicha ocasión, en forma posterior al inicio del PAS, se modificó la obligación de entrega de guías telefónicas con relación a la forma (medio) en que debía ser entregada, razón por la cual se declaró el archivo de la imputación.

Sobre dicha base, TELEFÓNICA considera que el criterio antes señalado es replicable al presente caso, en el que también se ha mantenido la obligación de validar los datos del abonado, pero se ha cambiado la forma en que dicho mecanismo debe darse, siendo que el actual resulta más flexible y ya no se requiere la exhibición ni la conservación de la copia del DNI. En consecuencia, la empresa operadora considera que debe revocarse la multa impuesta en virtud del Principio de Irretroactividad.

Al respecto, es preciso señalar que uno de los principios que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública es el Principio de Irretroactividad, recogido en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el cual establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados⁸; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna.

⁸ **Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

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 le sean más favorables. Las disposiciones sancionadoras producen efecto



Cabe indicar que, el Principio de Irretroactividad se fundamenta en el Principio de Seguridad Jurídica y el Principio de Legalidad que recoge el artículo 103 de la Constitución Política del Perú, en tanto la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Ahora, la aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una norma posterior establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito o al momento de su calificación por la autoridad administrativa.

Conforme a lo señalado en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1272, a través del cual se modificaron disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, se precisó que las disposiciones sancionadoras serán retroactivas en caso favorezcan al infractor en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción, (ii) la sanción, y (iii) los plazos de prescripción.

En esa misma línea, la “Guía Práctica sobre el Procedimiento Administrativo Sancionador” emitida por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos⁹, precisa que los supuestos respecto de los cuales podría aplicar la excepción al Principio de Irretroactividad son: (i) Tipificación de la infracción más favorable, (ii) Previsión de la sanción más favorable, incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva, y (iii) Plazos de prescripción más favorables; conforme se detalla a continuación:

“(…)

Mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272 se modificó el principio de irretroactividad a fin de precisar los supuestos respecto de los cuales se podría configurar su excepción, es decir, la aplicación retroactiva de una norma posterior más favorable. Estos supuestos son los siguientes:

- *Tipificación de la infracción más favorable.*
- *Previsión de la sanción más favorable. Incluso respecto de aquellas sanciones que se encuentran en ejecución al entrar en vigor la norma nueva.*
- *Plazos de prescripción más favorables.*

Como se puede apreciar, la nueva regulación del principio de irretroactividad no hace más que detallar los alcances de la retroactividad benigna, precisando que esta podrá ser aplicada para la tipificación de la infracción, determinación de plazos de prescripción, así como para la previsión de las sanciones administrativas (incluso cuando estas se encuentren en fase de ejecución). (…)”

A mayor abundamiento, la Doctrina¹⁰ sostiene que “en Derecho Penal tradicionalmente para solucionar los casos descritos se acude a la motivación de la reforma normativa



retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición

⁹ Consultar en <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/07/MINJUS-DGDOJ-GUIA-DEPROCEDIMIENTOADMINISTRATIVO-SANCIONADOR-2DA-EDICION.pdf>

¹⁰ GÓMEZ TOMILLO, Manuel e Iñigo SANZ RUBIALES. “Derecho administrativo sancionador. Parte General”. Tercera edición. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 201

posterior. Si tal reforma se debe a razones fácticas, es decir, a la transformación de circunstancias de hecho, no se aplicaría la norma posterior, aun cuando pueda beneficiar al reo. Por el contrario, si el cambio legal es debido a un cambio en la valoración del hecho, entonces sí cabe la retroactividad". (Subrayado agregado).

En el presente caso, a TELEFÓNICA se le ha sancionado por haber activado líneas prepago sin cumplir con el procedimiento previo de verificación de identidad y registro de los datos personales de los abonados, obligación prevista en el segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, que estuvo vigente en las fechas en que se realizaron las setenta y siete (77) acciones de supervisión que sustentan la sanción impuesta.

Es importante precisar que el procedimiento de verificación de identidad y registro de datos personales ha sido modificado sucesivamente por las Resoluciones N° 056-2015-CD/OSIPTEL, N° 096-2018-CD/OSIPTEL y N° 006-2020-CD/OSIPTEL, estableciéndose la obligatoriedad del sistema de verificación biométrica de identidad para la activación de servicios públicos móviles, en el cual –por su naturaleza tecnológica- no es exigible la presentación y la conservación de la copia del documento de identidad del abonado.

No obstante, hasta antes de la primera modificación del mecanismo de verificación de identidad efectuada mediante Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, es decir hasta el 4 de junio de 2015 -periodo dentro del cual, se realizaron las setenta y siete (77) acciones de supervisión- las empresas operadoras debieron verificar la identidad y registrar los datos del abonado a partir de la copia de su documento de identidad y conservar dicho documento, a efectos de acreditar el cumplimiento del procedimiento.

Cabe resaltar que tanto a la fecha de la comisión de la infracción, como en la actualidad, el TUO de las Condiciones de Uso ha contemplado la existencia de un procedimiento para obtener la información que confirmaría el registro de abonados de manera previa a la activación del servicio, siendo únicamente que este ha variado a efectos de contar con mecanismos que permitan mejorar dicha identificación, frente a los reiterados incumplimientos de las empresas operadoras; tal como se aprecia a continuación:

TUO de las Condiciones de Uso		
	Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL	Resolución N° 006-2020-CD/OSIPTEL
Obligación	<p>Artículo 11.- Registro de abonados de acuerdo a la modalidad de contratación del servicio (...) La información señalada en los numerales (i) y (ii) antes indicados, deberá ser solicitada al abonado al momento de la contratación, <u>debiendo exigirse la exhibición y copia del documento legal de identificación del abonado</u>, con la finalidad que la empresa operadora, en dicha oportunidad, proceda a registrar los datos personales del abonado a través de los mecanismos que hubiera dispuesto para tal fin (...) <u>La empresa operadora, bajo responsabilidad, sólo podrá instalar y/o activar el servicio, una vez que la</u></p>	<p>Artículo 11.- Registro de abonados de acuerdo a la modalidad de contratación del servicio La empresa operadora <u>debe verificar la identidad del solicitante de la contratación del servicio</u>, para lo cual debe exigirse la exhibición del documento legal de identificación del abonado. (...) No es necesario que la empresa operadora exija la exhibición de documento legal de identificación, en los siguientes casos: (...) iv) <u>Cuando en la contratación de servicios públicos móviles, la validación de identidad se realice utilizando el sistema de verificación biométrica de huella</u></p>



	<u>información proporcionada por el abonado sea incluida en el registro correspondiente. (...)</u>	<u>dactilar mediante tecnología de detección de huella viva.</u> Artículo 11-A.- Verificación de identidad del solicitante del servicio público móvil y para la contratación de servicios públicos móviles las empresas operadoras están obligadas a: 1. Verificar la identidad del solicitante del servicio, de acuerdo a lo indicado en el siguiente cuadro, <u>salvo las excepciones previstas en el artículo 11-C (...)</u> La empresa operadora <u>debe conservar y almacenar el reporte de la verificación</u> cuyo resultado ha sido confirmado por el RENIEC (...)
Infracción	Muy Grave	Muy Grave

En efecto, tal como se advierte en el cuadro anterior, la modificación del procedimiento de verificación de identidad del abonado, no constituye un cambio normativo más favorable a TELEFÓNICA en cuanto a la tipificación de la infracción, ni modifica la sanción correspondiente ni mucho menos modifica el plazo de prescripción de dicha infracción. Por el contrario, la normativa actualmente vigente exige la verificación de identidad a través de un mecanismo más sofisticado –como es el sistema de verificación biométrica- y también exige la conservación del reporte de dicha verificación, que se realiza acorde a dicha tecnología.

Por lo tanto, considerando que la regla general es que se aplica la norma vigente a la fecha de la comisión de la infracción, y que la retroactividad benigna solo se aplica de manera excepcional en los supuestos establecidos en la norma, al no haberse configurado ninguno de dichos supuestos, en el presente caso, no corresponde la aplicación de las modificaciones introducidas por la Resolución N° 006-2020-CD/OSIPTEL.

En este orden de ideas, tal como ha sido reconocido anteriormente por el Consejo Directivo¹¹, si bien el procedimiento de verificación de identidad y registro de datos personales ha sido modificado sucesivamente por las Resoluciones N° 056-2015-CD/OSIPTEL, N° 096-2018-CD/OSIPTEL y N° 006-2020-CD/OSIPTEL, ello no implica la liberación de responsabilidad por los incumplimientos cometidos al anterior procedimiento.

Así, sin perjuicio de haberse modificado el mecanismo aplicable y la numeración del articulado, el incumplimiento del procedimiento de verificación de identidad del abonado de manera previa a la activación del servicio mantiene su tipificación como una infracción muy grave en el artículo 4 del anexo 2 del TUO de las Condiciones de Uso.

Como puede advertirse, las particularidades del presente caso son distintas a las analizadas en el Informe N° 058-PIA/2018 obrante en el Expediente N° 051-2017-GG-GSF/PAS, puesto que en dicha ocasión, la Primera Instancia verificó que la obligación de entrega física de las guías telefónicas había sido sustituida por una norma posterior que, en su integridad, resultó más favorable. Por el contrario, como se ha expuesto anteriormente, la obligación de verificación de identidad del abonado antes de la activación del servicio introducida por la Resolución N° 006-2020-CD/OSIPTEL no



¹¹ Véase al respecto las Resoluciones N° 043-2017-CD/OSIPTEL, N° 049-2018-CD/OSIPTEL y N° 257-2018-CD/OSIPTEL

resulta más favorable que el procedimiento regulado en el artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, en su redacción original. Sin perjuicio de lo indicado, debe precisarse que el referido informe no ha sido emitido o hecho suyo por el Consejo Directivo, razón por la cual no lo vincula de cara al análisis del Principio de Predictibilidad.

Por lo tanto, al no ser jurídicamente posible aplicar la Retroactividad Benigna, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

5.3. Sobre la supuesta vulneración del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad

TELEFÓNICA sostiene que resulta preponderante que la entidad considere sus esfuerzos e inversiones asumidas para dar cumplimiento a la normativa investigada de manera debida, lo cual develaría que la imposición de una sanción pecuniaria no resulta acorde al Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad.

Al respecto, TELEFÓNICA indica que ha implementado en todos sus canales el mecanismo de validación biométrica por huella dactilar para la activación de líneas, asumiendo todos los costos y recursos necesarios para ello, lo cual habría sido validado tanto por la DFI, mediante el Informe de Supervisión N° 1140-GFS/2015, como por el Consejo Directivo mediante su Resolución 257-2018-CD/OSIPTEL. Agrega TELEFÓNICA, que el OSIPTEL también pudo verificar el funcionamiento del sistema de verificación biométrico de Identidad para la contratación de los servicios de telefonía móvil, en todos los canales de atención y puntos de venta de la empresa, conforme se advierte de la Acción de Supervisión el 15 de enero de 2020.

Finalmente, señala que continuamente viene optimizando los procesos de la mano con el mismo OSIPTEL a efectos de garantizar la seguridad en las contrataciones y reitera que la exigencia de la copia y conservación del documento de identidad, al día de hoy, ya no resultan exigibles en nuestra normativa. Por lo tanto, considera que en seguimiento de los parámetros de *enforcement* incorporados por el Decreto Legislativo N° 1272, corresponde revocar la resolución impugnada.

En principio, conviene reiterar que está plenamente acreditado que TELEFÓNICA cometió la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber activado el servicio público móvil en la modalidad prepago sin previamente efectuar el procedimiento de verificación de identidad del abonado, vigente al momento de la realización de cada una de las setenta y siete (77) acciones de supervisión imputadas.

Ahora bien, en cuanto a la implementación del sistema de verificación biométrica que TELEFÓNICA alega haber efectuado y que habría sido reconocida por el OSIPTEL sucesivamente mediante el Informe de Supervisión N° 1140-GFS/2015, la Resolución 257-2018-CD/OSIPTEL y la Acción de Supervisión el 15 de enero de 2020, es importante precisar que dichas acciones son posteriores a la comisión de la infracción imputada y derivan de una obligación normativa dispuesta por el Decreto Supremo N° 023-2014-MTC¹² y no por una decisión voluntaria de TELEFÓNICA.



¹² Publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2014

Cabe señalar que esta Instancia considera que, en virtud del enfoque de regulación responsiva, la Administración pública debe contar con una amplia gama de herramientas administrativas que puedan ser usadas ante el incumplimiento de obligaciones por parte de los administrados; sin embargo, dichas herramientas no constituyen una estructura rígida, sino que funcionan de forma flexible a fin de adaptarse a las circunstancias que presente determinado caso en particular.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la obligación establecida en el entonces vigente segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso, establece la posibilidad de sancionar el incumplimiento de la empresa operadora, independientemente de la cantidad de situaciones o casos en los que se advierta el incumplimiento. Asimismo, como ha sido expuesto en el numeral anterior del presente informe, se ha verificado que las modificaciones introducidas por la Resolución N° 006-2020-CD/OSIPTEL no resultan más favorables a TELEFÓNICA.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Instancia considera que imponer una sanción pecuniaria ante la comisión de la infracción por no seguir el procedimiento de verificación de identidad del abonado en forma previa a la activación del servicio público móvil, es acorde al principio de Razonabilidad y Proporcionalidad.

En efecto, en relación al **juicio de adecuación**, debe tenerse en cuenta que el procedimiento de verificación de identidad del abonado permite la correcta identificación de los abonados a fin de evitar que estos se vean involucrados en investigaciones de actos ilícitos efectuados a través de las líneas telefónicas. De allí que la sanción impuesta se encuentra plenamente justificada debido a que está destinada a reprimir la conducta infractora de TELEFÓNICA para que, en lo sucesivo cumpla con efectuar el procedimiento de verificación de identidad antes de la activación de las líneas.

Por otro lado, respecto del **juicio de necesidad** y la posibilidad de aplicar medidas menos gravosas en vez de una sanción, se verifica que no es posible imponer una Medida Correctiva puesto que, entre otros aspectos, la probabilidad de detección de la infracción es baja y el beneficio ilícito no es reducido. Del mismo modo, no correspondía aplicar comunicaciones preventivas o medidas de advertencia, debido a que la primera de ellas se impone en el marco de acciones monitoreo y, la segunda, pese a que puede ser impuesta durante la etapa de supervisión no resultaba aplicable considerando la gravedad del impacto de la infracción imputada.

Finalmente, en relación al **juicio de proporcionalidad**, la imposición de la multa busca generar incentivos suficientes para que la empresa operadora dé estricto cumplimiento al procedimiento de verificación de identidad de los abonados antes de la activación del servicio, lo cual permite concluir que el beneficio en favor del interés público es mayor que el eventual perjuicio que pueda afectar la esfera de TELEFÓNICA.

En consecuencia, al no existir vulneración del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA en el presente extremo.

5.4. Sobre la aplicación de atenuantes de responsabilidad

TELEFÓNICA considera que corresponde aplicar los atenuantes de responsabilidad previstos en el RFIS, dado que habría ejecutado una serie de acciones dirigidas a



optimizar y dar pleno cumplimiento a los mecanismos de seguridad para la debida contratación de líneas móviles, como es el caso de la implementación del Sistema de Verificación Biométrica.

TELEFÓNICA Agrega que dichas acciones han sido valoradas para atenuar en un 25% la multa impuesta, tal como consta en la Resolución N° 059-2018-CD/OSIPTEL. Asimismo, reitera que dichas implementaciones fueron validadas por el Consejo Directivo en su Resolución N° 257-2018-CD/OSIPTEL.

De acuerdo a lo previsto en el artículo 18 del RFIS, constituyen factores atenuantes de responsabilidad administrativa, entre otros supuestos, el cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa y la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora. La verificación de dichos atenuantes en un caso determinado, generarán que la cuantía de la sanción a imponerse se reduzca sin que ello implique la responsabilidad administrativa desaparezca.

Al respecto, se advierte que efectivamente en las Resoluciones N° 059-2018-CD/OSIPTEL y N° 257-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo consideró la aplicación de atenuantes de responsabilidad luego de verificar que las empresas operadoras sancionadas habían implementado los sistemas de verificación biométrica y no biométrica, reduciendo la multa impuesta en un veinticinco por ciento (25%).

No obstante, conforme se advierte del análisis contenido en la Resolución N° 087-2019-CD/OSIPTEL -emitida en fecha posterior a las resoluciones aludidas por la empresa operadora- dicho Colegiado precisó su criterio manifestando que la implementación de los sistemas biométricos y no biométricos para la contratación del servicio público móvil y la validación efectuada por parte del OSIPTEL, no pueden considerarse una medida aportada voluntariamente por TELEFÓNICA, toda vez que se produjo en cumplimiento de la obligación establecida normativamente mediante el Decreto Supremo N° 023-2014-MTC, mencionado anteriormente.

En ese sentido, teniendo en cuenta que en el presente caso no concurre ningún atenuante de responsabilidad, corresponde desestimar este extremo del recurso de apelación.

5.5. Sobre los criterios de graduación de la multa a imponer

TELEFÓNICA sostiene que la Primera Instancia no ha acreditado objetivamente sus afirmaciones sino que se remite a expresiones generales que no fundamentan los criterios que adopta en el cálculo de la multa, lo cual no obedece al Debido Procedimiento ni al derecho a una motivación suficiente y congruente.

En ese sentido, TELEFÓNICA cuestiona la legitimidad de la multa impuesta toda vez que, en su opinión, no existe ninguna información cierta como suficiente que acredite la necesidad de multarla, máxime si dicha multa carece de elementos suficientes que justifiquen el monto a imponer. Al respecto, señala lo siguiente:

- a) Beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción

TELEFÓNICA considera que la Primera Instancia debió demostrar cómo ha determinado cuáles son los costos evitados y los montos a los que ascenderían



dichos costos. Al respecto, sostiene que sí se implementó el único mecanismo permitido por la normativa, es decir la exigencia de DNI y la copia del mismo, como se advertiría de las mismas acciones de supervisión.

En su opinión, existe una clara contradicción e incongruencia puesto que los incumplimientos detectados son únicamente casos aislados, por lo que la conclusión a la que se arribe no puede hacerse pensando en que esa conducta es generalizada o reiterada. Además, cuestiona que no resulta lógico que el presunto costo evitado por la defectuosa contratación de setenta y siete (77) líneas prepago sea igual o superior al millón de soles que es el equivalente de la multa que se le pretende imponer.

Al respecto, conforme ha sido analizado por la Primera Instancia, en el presente caso el beneficio ilícito se encuentra representado por los costos involucrados en todas aquellas actividades (costo de contratación de personal, costo de capacitación al personal, costo de sistemas operativos) que debió realizar TELEFÓNICA, dirigida a cumplir con la obligación de seguir el procedimiento previsto para la activación de las líneas móviles prepago en todos los casos, garantizando de esta manera la identidad de los abonados.

Es importante precisar que, contrario a lo señalado por TELEFÓNICA, la falta de implementación del mecanismo para la validación de datos personales, es decir la exigencia del DNI y copia del mismo ha quedado acreditada durante un periodo aproximado de cuatro (4) meses y con un alcance nacional, conforme se advierte de las setenta y siete (77) acciones de supervisión que sustentan el PAS.

Por otro lado, es preciso recordar que de acuerdo al TUO de la LPAG, los criterios de graduación de las multas no solo se limitan al beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción, sino que incluyen otros seis (6) criterios que serán desarrollados en los párrafos siguientes. Por tanto, es incorrecto señalar que la multa impuesta se sustenta únicamente en los costos evitados por la defectuosa contratación de setenta y siete (77) líneas del servicio público móvil en la modalidad prepago.

b) Probabilidad de detección de la infracción

TELEFÓNICA sostiene que no se puede agravar una multa porque la detección del incumplimiento es baja, cuando las propias normas del sector la facultan a supervisar a través de muestras representativas y no del universo completo. En ese sentido, considera que al haberse realizado acciones de supervisión sobre el particular, la probabilidad de detección es muy alta puesto que si no fuese así, ni siquiera el inicio del PAS tendría asidero probatorio suficiente para su incoación.

Sobre el particular, es preciso señalar que la probabilidad de detección de la infracción es baja toda vez que resulta improbable que el OSIPTEL tome conocimiento del total de incumplimientos de la obligación de verificación de la identidad del abonado, toda vez que están son detectadas ante reclamos presentados por abonados o a través de acciones de supervisión *in situ* al ser realizadas por la DFI.

c) Gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido



TELEFÓNICA expresa que existe un vacío en la motivación, puesto que la Primera Instancia se limita a señalar el objetivo de la norma y no cómo ese daño se habría materializado en los casos en donde se produjo el incumplimiento.

Asimismo, TELEFÓNICA expresa que en los setenta y siete (77) casos detectados el peligro que se habría generado al interés público ha sido provocado por los mismos supervisores del OSIPTEL al usar documentos de identidad de terceros para adquirir líneas prepago, puesto que no puede presumir la conducta irregular de las personas.

Finalmente, TELEFÓNICA sostiene que la obligación incumplida no atendía a resguardar los bienes jurídicos que supuestamente se habrían afectado puesto que, en su opinión, ni siquiera resultaba idónea para evitar la suplantación de identidad o asegurar la seguridad ciudadana, razón por la cual fue modificada.

Al respecto, se advierte que, contrario a lo indicado por TELEFÓNICA, la Primera Instancia sí ha indicado que la conducta infractora de dicha empresa operadora afecta la garantía de que las líneas prepago que se activen a nombre de los abonados, efectivamente les correspondan.

En ese sentido, en criterio que comparte esta Oficina, la Primera Instancia ha señalado que la activación de servicios móviles prepago sin seguir el procedimiento obligatorio previo para la verificación de identidad del contratante, favorece la adquisición de líneas móviles por terceros diferentes a quienes figuran como contratantes en el registro; siendo que tales servicios son empleados por terceros ajenos para la comisión de actos ilícitos, lo cual menoscaba la seguridad ciudadana en general.

Es importante precisar que lo señalado por TELEFÓNICA respecto de que la afectación al interés público fue causada por los supervisores resulta manifiestamente infundada. En efecto, la empresa operadora estuvo en la posibilidad de rechazar la activación del servicio luego de verificar que el documento de identidad no correspondía a los supervisores que, para efectos de la acción de supervisión, se comportaron como solicitantes del servicio. Sin embargo al haber omitido cumplir su obligación, la conducta de TELEFÓNICA fue idónea para afectar el bien jurídico protegido por la norma, por lo que queda plenamente acreditada la comisión de la infracción imputada.

Finalmente, es pertinente recordar que un procedimiento recursivo de apelación no es la vía adecuada para cuestionar la idoneidad de los cambios normativos producidos en el TUO de las Condiciones de Uso.

d) Circunstancias de la comisión de la infracción

TELEFÓNICA cuestiona que la Primera Instancia haya indicado que mediante la conducta imputada obtuvo una ventaja competitiva frente a otras empresas operadoras, que sí incurrieron en los costos para implementar mecanismos de seguridad en la contratación de sus productos, puesto que sus competidores América Móvil Perú S.A.C., Entel Perú S.A. y Viettel Perú S.A.C, habrían sido sancionadas por este mismo incumplimiento.



Al respecto, corresponde reiterar lo señalado por la Primera Instancia, toda vez que las eventuales sanciones que se hayan impuesto a otras empresas operadoras de servicios públicos móviles no eximen ni atenúan la responsabilidad de TELEFÓNICA respecto del incumplimiento del entonces vigente segundo párrafo del artículo 11 del TUO de las Condiciones de Uso.

- e) Perjuicio económico causado, Intencionalidad en la conducta infractora y Reincidencia

TELEFÓNICA sostiene que no existen elementos objetivos que permitan determinar dichos criterios; por lo tanto, considera que no se puede concluir nada en referencia a estos criterios.

En relación al perjuicio económico causado, teniendo en cuenta que – en general- la graduación de una sanción se fundamenta en los hechos y circunstancias en los que se observó el incumplimiento, aquellos criterios para los que no se cuente con evidencia cuantificable, no son considerados en la determinación de la multa, tal como se advirtió para estos criterios indicados por TELEFÓNICA, no obstante, ello no le resta sustento ni objetividad al cálculo efectuado por Gerencia General.

De otro lado, en relación a la intencionalidad y la reincidencia, resulta importante señalar que -de acuerdo a lo establecido por el TUO de la LPAG - constituyen agravantes; sin embargo, los mismos no han sido observados ni por el órgano instructor ni por la Primera Instancia, razón por la cual no fueron considerados en la graduación de la multa impuesta.

Bajo este orden de ideas, se verifica que la Primera Instancia ha desarrollado cada uno de los criterios de graduación de sanciones establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente. Por tanto, el hecho que TELEFÓNICA discrepe de la evaluación, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación.

Por lo tanto, toda vez que se ha motivado adecuadamente el monto de la multa impuesta, corresponde desestimar los argumentos de TELEFÓNICA en este extremo.

VI. PUBLICACION DE SANCIONES

De conformidad con el artículo 33 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL, 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.

De ratificar el Consejo Directivo la sanción a TELEFÓNICA por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.



VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. contra la Resolución N° 246-2020-GG/OSIPTEL que declaró infundado el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 285-2017-GG/OSIPTEL y, en consecuencia:

- (i) CONFIRMAR una (1) multa de trescientos cincuenta (350) UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, al haber incumplido con la obligación establecida en el segundo párrafo del artículo 11 de la misma norma, en setenta y siete (77) acciones de supervisión.

Atentamente,

