



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 043-2017-CD/OSIPTEL

Lima, 21 de marzo de 2017

EXPEDIENTE N°	: 00026-2015-GG-GFS-PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación contra la Resolución N° 00008-2017-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: AMERICA MOVIL PERU S.A.C.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por AMERICA MOVIL PERU S.A.C. (en adelante AMERICA MOVIL) contra la Resolución N° 00008-2017-GG/OSIPTEL (en adelante, Resolución Apelada), que declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado por AMERICA MOVIL y confirmó la Resolución de Gerencia General N° 00523-2016-GG/OSIPTEL (en adelante, la Resolución de Sanción), que le impuso una multa de trescientos cincuenta (350) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) por haber cometido la infracción grave tipificada en artículo 4° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL (TUO de las Condiciones de Uso), al haber incumplido con la obligación establecida en el segundo párrafo del artículo 11° de la misma norma por haber activado líneas móviles sin haber seguido el procedimiento previo para la verificación de la identidad del contratante y registro de sus datos personales¹.
- (ii) El Informe N° 00064-GAL/2017 del 15 de marzo de 2017, de la Gerencia de Asesoría Legal, que adjunta el proyecto de Resolución del Consejo Directivo que resuelve el Recurso de Apelación presentado por AMERICA MOVIL, y
- (iii) El Expediente N° 0026-2015-GG-GFS-PAS.



CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES:

- 1.1. El 28 de octubre de 2014, se aprobó el Plan de Supervisión correspondiente al Expediente N° 00454-2014-GG-GFS, a través del cual la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en adelante, GFS), dispuso la verificación del

¹ Se refieren a 43,671 líneas correspondientes a abonados con más de 500 líneas; 11,090 líneas correspondientes a abonados con 200 a 500 líneas; y, 323 líneas correspondientes a un solo abonado (Guisela Del Pilar Taboada Campos)



cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso por parte de ENTEL, en relación al registro de abonados al servicio público de telefonía móvil en la modalidad prepago.

Como resultado de la supervisión realizada, la GFS emitió el Informe N° 276-GFS/2015 concluyendo que AMERICA MOVIL habría incumplido con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 11° TUO de las Condiciones de Uso, al no conservar copia de los documentos de identidad de los abonados, específicamente aquellos que cuentan entre 200 y 500 líneas a su nombre activadas en el periodo del 1 de enero al 2 de setiembre de 2014, y aquellos que cuentan con más de 500 líneas activadas dentro de ese mismo período.

- 1.2. Mediante Carta N° 532-GFS/2015, notificada el 23 de marzo de 2015, la GFS, comunicó a AMERICA MÓVIL el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS) por el incumplimiento de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de Condiciones de Uso, al no conservar copia de los documentos de identidad de los abonados que cuentan entre 200 y 500 líneas a su nombre y más de 500 líneas a su nombre, activadas en el período del 1 de enero al 2 de setiembre de 2014.
- 1.3. Con fecha 7 de marzo de 2016, la GFS emitió el informe N° 00176-GFS/2016, en el que luego de reevaluar el supuesto infractor considerado en el inicio del PAS, recomendó variarlo².
- 1.4. Mediante Carta N° C.00488-GFS/2016, del 8 de marzo de 2016, la GFS notificó la variación de los cargos imputados, señalando que la conducta por la cual se desarrolla el PAS se encuentra referida al incumplimiento del segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso, en los siguientes términos:

“...al activar líneas móviles prepago pese a no seguir el procedimiento para el registro de los datos personales de los abonados detallados en dos anexos referidos a los abonados que cuentan entre 200 y 500 líneas a su nombre y más de 500 líneas a su nombre, activadas en el período del 1 de enero al 2 de setiembre de 2014.”

- 1.5. Mediante Carta N° C.01268-GFS/2016 notificada el 20 de junio de 2016, se comunicó a AMERICA MOVIL, entre otros aspectos que el OSIPTEL había dispuesto ampliar los hechos que motivan el presente PAS, incluyendo lo siguiente:

“...al haber activado trescientos noventa y dos (392) líneas telefónicas bajo la titularidad de la señora Guisela Del Pilar Taboada Campos sin haber seguido el procedimiento establecido para el registro de los datos personales del abonado.”

- 2 Esta recomendación se sustentó en que durante las acciones de supervisión se advirtió la existencia de una serie de abonados que contaban con más de 200 y 500 líneas a su nombre, por lo que se requirió a la empresa operadora la información relacionada a los mecanismos de contratación empleados. Como respuesta, la empresa operadora señaló que en los puntos de venta donde se han registrado las contrataciones no se logró ubicar las copias de los documentos de identidad de los abonados. Como consecuencia de ello, la empresa operadora no pudo acreditar el cumplimiento del procedimiento de verificación de identidad y registro de información, previsto para la activación de las líneas en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso.



- 1.6. Con fechas 7 de mayo de 2015, 13 de abril de 2016 y 4 de agosto de 2016, respectivamente, AMERICA MOVIL presentó sus escritos de descargos, los cuales fueron analizados mediante el Informe N° 00678-GFS/2016 del 29 de agosto de 2016 emitido por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión.
- 1.7. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00523-2016-GG/OSIPTEL, notificada el 21 de octubre de 2016 (en adelante, Resolución de Sanción), se resolvió multar a AMERICA MOVIL por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4° del Anexo 5 del TEO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con la obligación establecida en el segundo párrafo del artículo 11° de la misma norma, al haber activado líneas móviles sin haber seguido el procedimiento previo para la verificación de la identidad del contratante y el registro de sus datos personales.
- 1.8. Con escrito presentado el 15 de noviembre de 2016, AMERICA MOVIL presentó un Recurso Reconsideración solicitando se reforme la Resolución de Sanción y se declare que no corresponde sanción alguna a dicha empresa. Para ello, presentó como nueva prueba el texto oficial de la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 023-2014-MTC que modificó el Decreto Supremo N° 024-2010-MTC, referido al procedimiento para la subsanación de la información consignada en el Registro de Abonados Prepago, argumentando que se le habría impuesto una sanción por un supuesto incumplimiento de una disposición que se encuentra derogada desde el 5 de junio de 2015, por lo que se habría vulnerado los principios de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad Benigna.
- 1.9. Mediante Resolución de Gerencia General N° 00008-2017 del 18 de enero de 2017, se declaró infundado el Recurso de Reconsideración presentado por AMERICA MOVIL, considerando que el documento presentado como nueva prueba no desvirtuaba el incumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del Artículo 11° del TEO de las Condiciones de Uso.
- 1.10. Contra lo resuelto por la Gerencia General, AMERICA MOVIL presentó Recurso de Apelación el 10 de febrero de 2017, bajo los siguientes argumentos:
 - (i) La imputación y posterior sanción vulnerarían los Principios de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad Benigna.
 - (ii) Razonabilidad del PAS y supuesto exceso de punición.
 - (iii) Cumplimiento del procedimiento biométrico.
 - (iv) La sanción impuesta carecía de razonabilidad y proporcionalidad

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 207.2° y 209° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), el Recurso de Apelación interpuesto por AMERICA MOVIL deviene admisible y procedente en cuanto a su tramitación, dado que concurren los siguientes requisitos:

- a) AMERICA MOVIL cuestiona la Resolución Gerencia General N° 00008-2017-GG/OSIPTEL, que declaró infundado su Recurso de Reconsideración y



confirmó la Resolución de Gerencia General N° 523-2016-GG/OSIPTEL que le impuso la sanción de multa por el incumplimiento de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso, infracción calificada como muy grave en el artículo 4° del anexo 5 de la misma norma.

- b) La impugnación de AMERICA MOVIL se sustenta en distinta interpretación de los hechos y en cuestiones de puro derecho.
- c) La Resolución apelada fue válidamente notificada el 20 de enero de 2017 y el Recurso de Apelación de AMERICA MOVIL fue presentado el 10 de febrero de 2017; es decir, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación del acto impugnado³. Por tanto, fue presentado dentro del plazo establecido para tal efecto.

III. ANALISIS DE LA CONDUCTA SANCIONADA

Previo al análisis de los argumentos expuestos por AMERICA MOVIL en su Recurso de Apelación, es necesario tener en consideración algunos aspectos esenciales de la conducta imputada.

De acuerdo a lo expresamente señalado en la Resolución de Sanción, la multa ha sido impuesta al haber activado líneas prepago sin cumplir el procedimiento previo de verificación de identidad y registro de los datos personales, previsto en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso⁴; que señala lo siguiente:

Artículo 11.- Registro de Abonados de acuerdo a la modalidad de contratación del servicio

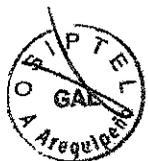
(...)

La información señalada en los numerales (i) y (ii) antes indicados, deberá ser solicitada al abonado al momento de la contratación, debiendo exigirse la exhibición y copia del documento legal de identificación del abonado, 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, debiendo la empresa operadora informar al OSIPTEL acerca de los referidos mecanismos, así como sobre la seguridad de los mismos. La presentación de la copia del documento legal de identificación del abonado, podrá realizarse sobre papel o cualquier otro soporte que permita su almacenamiento y conservación por parte de la empresa operadora. La empresa operadora, bajo responsabilidad, sólo podrá instalar y/o activar el servicio, una vez que la información proporcionada por el abonado sea incluida en el registro correspondiente. (...)



³ Artículo 207.2 de la Ley del Procedimiento Administrativo General

⁴ Texto vigente hasta el 5 de junio del 2015, fecha en que se habría dispuesto un procedimiento específico para la contratación de líneas móviles prepago mediante Decreto Supremo N° 023-2014-MTC que no contemplaba la conservación del Documento Nacional de Identidad.



Según lo dispuesto en la citada norma, la activación del servicio sólo podía ser realizada por la empresa operadora una vez que ésta hubiese verificado la identidad del abonado y haya registrado su información, a partir de la entrega de la copia de su documento de identidad. No obstante, AMERICA MOVIL no cumplió con el procedimiento de verificación previo a la activación de líneas móviles prepago.

Si bien inicialmente se imputó el no haber conservado copias de los documentos de identidad, posteriormente se reevaluó la conducta que constituía infracción, concluyendo en que las indicadas copias constituyen un medio de prueba; sin embargo, era objeto de la supervisión verificar el cumplimiento del procedimiento previsto para la verificación de la identidad de manera previa a la activación del servicio. Así se dejó en claro en la Resolución de Sanción:

"Al respecto, es importante destacar que contrario a lo señalado por AMERICA MOVIL, no constituye objeto del presente PAS el no haber almacenado la copia del DNI del solicitante del servicio móvil prepago, sino el haber activado líneas móviles prepago sin haber seguido el procedimiento previo de verificación de identidad del contratante establecido en el TUO de las Condiciones de Uso, incluyendo la información proporcionada por el mismo en el registro prepago correspondiente (...)"⁵

De acuerdo a lo señalado en las cartas N° C.00488-GFS/2016 y C.01268-GFS/2016, las conductas imputadas que motivaron la imposición de la sanción a AMERICA MOVIL están referidas a la activación de líneas móviles prepago pese a no haber cumplido con el procedimiento de verificación de identidad y el registro de los datos personales de los abonados; en los siguientes casos:

- 11,090 líneas correspondientes a 38 abonados que contaban entre 200 y 500 líneas su nombre activadas en el periodo del 1 de enero al 2 de setiembre de 2014;
- 43,671 líneas correspondientes a 29 abonados que contaban con más de 500 líneas a su nombre, activadas en el periodo del 1 de enero al 2 de setiembre de 2014; y,
- 323 líneas telefónicas bajo la titularidad de la señora Guisela Del Pilar Taboada Campos, durante el periodo octubre 2012 a mayo 2015⁶.

En resumen, se trata de la activación de más de 54,000 líneas prepago entre enero y setiembre de 2014, y de 323 líneas prepago entre octubre 2012 a mayo 2015; período en el cual se encontraba vigente el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de Condiciones de Uso aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012/OSIPTEL, antes citado.

5 Página 20 de la Resolución de Sanción.

6 Originalmente se consideró 392 líneas; no obstante en la resolución de sanción se archivó el PAS sobre 68 líneas, por considerar que habían sido activadas cuando no se encontraba vigente la norma cuyo incumplimiento se sanciona.

No obstante lo indicado, AMERICA MOVIL plantea su Recurso de Apelación indicando erróneamente que la sanción impuesta estaría referida al incumplimiento de la obligación de conservar copia de los documentos de identidad; lo cual puede atribuirse a un error de apreciación o muy probablemente a una estrategia para sustentar su defensa en la derogatoria de la obligación de mantener en custodia las copias de los documentos de identidad, como lo señala en su recurso.

"(...) en este caso no se encuentra en discusión el cumplimiento de las obligaciones regulatorias de CLARO ni tampoco si es necesario o no contar con procedimientos de identificación para la contratación de servicios móviles. Lo que se encuentra en discusión es la imposición, a través de la Resolución Impugnada de una sanción ilegal e irrazonable, fundamentada en un presunto incumplimiento a una norma que no solo se encuentra ya derogada, sino que también ha sido declarada como ineficiente por la propia autoridad que dispuso su aprobación."

Lo que queda claro es que la empresa operadora incumplió con el procedimiento de verificación de identidad y de registro de datos de los abonados; ello se acreditó en las labores de supervisión, en las cuales AMERICA MOVIL no pudo acreditar que efectuó la citada verificación a partir de los DNI que debió exigir y mantener en custodia, tal y como la misma empresa operadora admitió⁷.

IV. ANALISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

4.1. Respecto a que la imputación y la sanción vulnerarían los Principios de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad Benigna.

AMERICA MOVIL sostiene que tanto la imputación como la sanción vulnerarían los Principios de Legalidad, Tipicidad y Retroactividad Benigna, debido a que se fundamentarían en la supuesta comisión de una infracción que actualmente no se encuentra calificada como tal en el ordenamiento jurídico vigente.

La empresa operadora señala que la obligación de conservar la copia del documento de identidad de los abonados que contrataron un servicio prepago se habría eliminado al haberse incorporado nuevas reglas aplicables a dichas contrataciones; razón por la cual, considera que la imputación y la sanción vulnerarían los principios antes referidos.

Con relación al **Principio de Legalidad**, AMERICA MOVIL sostiene lo siguiente:

"La derogación tácita a la que hemos hecho referencia supone que el presunto incumplimiento imputado en este procedimiento administrativo –consistente en no haber conservado copia de los DNI recabados al momento de contratación de líneas móviles– actualmente no constituye una obligación a seguir para el

Carta N° DMR/CE/2041/14 del 22 de octubre de 2014, Carta DMR/CE/N°491/15 del 4 de marzo de 2015 y Carta DMR/CE/N° 582/15 del 17 de marzo de 2015, en las cuales AMERICA MOVIL confirma que no cuenta con las copias de los documentos de identidad de los abonados, las mismas que le hubieran permitido verificar la identidad de los contratantes.



procedimiento de contratación de los servicios públicos bajo la modalidad prepago y por tanto HOY no es un supuesto punible.

En tal sentido, al sancionarnos por la supuesta comisión de una conducta que no constituye una infracción, la Resolución impugnada está infringiendo gravemente el Principio de Legalidad, ya que a través de un acto administrativo está arrogándose la competencia para definir una conducta como infracción sancionable”

Al respecto, es pertinente reiterar que la sanción impugnada fue impuesta por el incumplimiento del procedimiento previsto para la activación de líneas contemplado en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso, consistente en la verificación de identidad y registro de datos a partir de la exhibición y copia del documento de identidad que brinde el abonado.

Dicho procedimiento, de cumplimiento obligatorio para las empresas operadoras, se encontró vigente hasta el 4 de junio de 2015, siendo sustituido por otro en el cual también se exige la verificación de identidad del abonado, pero esta vez utilizando otro mecanismo (verificación biométrica). Tal y como se señaló en la Resolución de Sanción:

“(…) en ambos procedimientos (TUO de las Condiciones de Uso y Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL) se estableció la exigencia de verificación de la identidad del contratante del servicio móvil prepago, siendo que en el primer caso, tal exigencia debía satisfacerse mediante la exigencia de la exhibición y copia el DNI al abonado al momento de la contratación, en tanto que, en el segundo, ello se cumple mediante la utilización del sistema de verificación biométrica; siendo que conforme a ello la exigencia de almacenamiento de la copia del DNI y el reporte de las verificaciones efectuadas con la RENIEC, no constituyen respectivamente, la obligación objeto de protección, sino el medio de prueba que servirá para acreditar haber verificado la identidad de manera previa a la activación del servicio.”



La empresa operadora interpreta que al sustituirse el procedimiento de verificación de identidad previo a la contratación de líneas móviles prepago, las obligaciones a su cargo, adquiridas durante la vigencia del procedimiento anterior, desaparecerían.



AMERICA MOVIL sostiene erróneamente que, con la vigencia de la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL que modificó el artículo 11° e incorporó nuevas disposiciones al TUO de las Condiciones de uso, se habría eliminado el requisito de almacenamiento de la copia del documento de identidad de los abonados que contrataron un servicio prepago durante la vigencia de la norma anterior, lo que a su entender, lo exoneraría de responsabilidad por el incumplimiento del procedimiento de verificación de identidad antes de la activación de más de 55 mil líneas prepago durante la vigencia de la norma anterior.

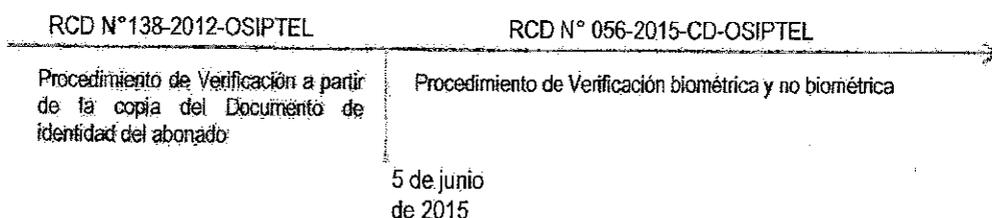


En efecto, con la vigencia de la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL se modificó el artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso y se estableció un nuevo mecanismo de verificación de identidad para la activación de las líneas prepago, en el cual no es exigible la presentación y la conservación de la copia

del documento de identidad del abonado. Ese mecanismo entró en vigencia el 5 de junio de 2015, por tanto desde esa fecha las empresas operadoras no tienen la obligación de solicitar a los abonados copias de su documento de identidad para efectuar la verificación de identidad y registrar sus datos, debido a que realizan dicha verificación a través de sistemas biométricos y no biométricos.

No obstante, hasta antes de la modificación del mecanismo de verificación, es decir hasta el 4 de junio de 2015 (período dentro del cual, AMERICA MOVIL activó las líneas prepago materia de imputación), 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.

Seguidamente se grafica la aplicación de las normas en el tiempo:



El Principio de Legalidad recogido en el numeral 1.1 del artículo IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), establece lo siguiente:

Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.

En nuestro ordenamiento jurídico, toda norma es aplicable a los hechos producidos durante su vigencia; así lo establece la Constitución Política del Estado:

Artículo 103°:

Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad.

En el presente caso, la imputación y posterior sanción a AMERICA MOVIL, están referidas al incumplimiento por parte de la empresa operadora del procedimiento de verificación de identidad y registro de datos del abonado que debió seguir para la activación de las líneas móviles prepago, conforme lo establecía el segundo párrafo del artículo 11° del TEO de las Condiciones de Uso vigente hasta el 4 de junio de 2015, como se aprecia en el siguiente cuadro:



NÚMERO DE ABONADOS	CANTIDAD DE LÍNEAS	FECHA DE ACTIVACIÓN DE LA LÍNEA MÓVIL PREPAGO
38 Abonados con 200 a 500 líneas	11090	Entre el 1 de enero al 2 de setiembre de 2014
29 Abonados con más de 500 líneas	43671	Entre el 1 de enero al 2 de setiembre de 2014
1 abonado	323	Entre octubre de 2012 y mayo 2015

En consecuencia, la sanción impuesta a AMERICA MOVIL, no vulnera el Principio de Legalidad, en la medida que se refiere al incumplimiento de una norma vigente, el cual se mantiene calificado como una infracción pasible de ser sancionada.

Sobre el Principio de Tipicidad y Retroactividad Benigna, AMERICA MOVIL sostiene que al pretender extender la aplicación de una sanción a una conducta no calificada como infracción, la Resolución impugnada está vulnerando el Principio de Tipicidad y plantea la aplicación de la Retroactividad Benigna; señalando lo siguiente:

*"(...) el procedimiento de contratación de líneas prepago contemplado en el TUO de las Condiciones de Uso fue modificado mediante la Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL, el mismo que, si bien dispone una sanción por el incumplimiento al artículo 11°, no incluye entre los supuestos de hecho generadores de la misma, la obligación de almacenar los documentos legales de identidad de los abonados"*⁸

Al respecto, se debe recordar que es materia de sanción el incumplimiento del procedimiento de verificación de identidad y registro de datos de los abonados establecido en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso, conforme al texto vigente hasta el 4 de junio de 2015; el mismo que debió realizar AMERICA MOVIL de manera previa a la activación de un total de 55,084 líneas prepago a 68 abonados⁹.

El Principio de Tipicidad recogido en el artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG), señala lo siguiente:

"4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía (...)"

El incumplimiento de la obligación de verificar la identidad y registrar los datos del abonado de modo previo a la activación de la línea móvil prepago prevista en el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de Condiciones de Uso se encontraba tipificada como una falta muy grave en el artículo 4° del anexo 5 de dicha norma y así ha permanecido en el tiempo, pese a que el mecanismo de verificación de identidad del abonado fue modificado mediante Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTEL; como se aprecia en el siguiente cuadro:

⁸ Tercer párrafo de la página 19 del Recurso de Apelación.

⁹ Se consideran la totalidad de las líneas del Anexo 1 de la Resolución de Sanción.

TUO de las Condiciones de Uso		
	Resolución de Consejo Directivo N°138-2012-CD/OSIPTTEL	Resolución N° 056-2015-CD/OSIPTTEL,
Obligación de verificación de identidad y registro de datos del abonado previo a la activación de la línea móvil prepago	<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, debiendo exigirse la exhibición y copia del documento legal de identificación del abonado, 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, (...). La empresa operadora, <u>bajo responsabilidad</u>, sólo podrá instalar y/o activar el servicio, una vez que la información proporcionada por el abonado sea incluida en el registro correspondiente. (...)</p>	<p>Artículo 11.- Registro de abonados de acuerdo a la modalidad de contratación del servicio (...) <u>Lo dispuesto en el párrafo anterior no resulta aplicable a la contratación de los servicios públicos móviles bajo la modalidad prepago.</u></p> <p>Artículo 11-A.- Reglas específicas para el registro de abonados de servicios públicos móviles bajo la modalidad prepago La empresa operadora <u>antes de la contratación de los servicios públicos móviles bajo la modalidad prepago, deberá verificar la identidad del solicitante del servicio, a través de los sistemas de verificación biométrica de huella dactilar, o de verificación de identidad no biométrica a que se refiere el artículo 11-C.</u> (...)</p>
Tipificación de la infracción	<p>Artículo 4.- Infracciones muy graves Constituyen infracciones muy graves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: 11 (primer y segundo párrafo) y 13 (primer y tercer párrafo).</p>	<p>Artículo 4.- Infracciones muy graves Constituyen infracciones muy graves los incumplimientos, por parte de la empresa operadora, de cualesquiera de las disposiciones contenidas en los siguientes artículos: 11, 11-A, 11-B (primer y cuarto párrafo), 11-C, 11-D (primer, segundo y tercer párrafo), 11-E (primer párrafo) y 13 (primer y tercer párrafo)."</p>

En tal sentido, la conducta imputada a AMERICA MOVIL y la sanción impuesta, cumplen con el Principio de Tipicidad establecido en el artículo 230° de la LPAG, en la medida que la conducta se encontraba prevista como infracción muy grave al momento en que se cometieron los hechos; es decir, cuando se activaron las 55,084 líneas prepago a los 68 abonados.

Si bien es cierto, la Resolución N° 056-2015-CD-OSIPTTEL modificó el mecanismo de verificación de identidad del abonado, ello no implicó que se liberara de responsabilidad a los incumplimientos cometidos con el anterior procedimiento. 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 se ha mantenido tipificado como una infracción calificada de muy grave, en el artículo 4° del anexo 2 del TUO de las Condiciones de Uso.

Respecto a la retroactividad benigna cuya aplicación plantea AMERICA MOVIL, ésta procedería en caso existiera una norma posterior que resulte más



beneficiosa para el administrado; supuesto que no se cumple en este caso, toda vez que la norma que modificó el segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso mantuvo la tipificación como infracción muy grave al incumplimiento del procedimiento de verificación de identidad previo a la activación del servicio.

Asimismo, debe tenerse en consideración que la modificación del mecanismo de verificación de identidad del abonado, a través de un sistema biométrico y no biométrico, no constituyó necesariamente una norma más favorable para las empresas operadoras en la medida que la implementación del nuevo sistema de verificación implica adoptar mecanismos distintos a los previstos en el procedimiento anterior.

4.2. Respeto a la razonabilidad del PAS y el supuesto exceso de punición.

AMERICA MOVIL sostiene que la sanción impuesta carece de razonabilidad y proporcionalidad, pues la exigencia de almacenar copias de los documentos de identidad de los contratantes de servicios móviles demostró ser ineficiente e inapropiada respecto de la finalidad que originalmente perseguía, y ya no es exigible en el ordenamiento legal.

Sobre el particular, debe reiterarse que es materia de sanción el haber activado líneas móviles prepago sin haber seguido el procedimiento de verificación de identidad del contratante, en el cual, el almacenamiento de las copias del documento de identidad se constituía en un medio de prueba para acreditar su cumplimiento.

Siendo así, en respuesta a los requerimientos efectuados durante la etapa de supervisión y posteriormente en el curso del PAS, motivados en la existencia de abonados que tenían más de 200 y 500 líneas prepago a su nombre, correspondía a la empresa operadora acreditar el cumplimiento del procedimiento de verificación establecido como requisito previo para la activación de las líneas móviles prepago.

Sin embargo, la empresa operadora no sólo declaró que no conservó las copias de los documentos de la identidad en base a los cuales debió haber efectuado el procedimiento de verificación de identidad de los abonados; sino que además, no presentó ni ofreció alguna otra prueba que pudiera hacer siquiera presumir que cumplió con el procedimiento establecido y, asimismo, la empresa operadora confirmó la existencia de acciones de desconocimiento de titularidad promovidas por los abonados con más de 300 líneas, lo cual evidenció el incumplimiento del procedimiento en la activación de los servicios.

Adicionalmente, AMERICA MOVIL sostiene que en base al Principio de Razonabilidad el PAS no debió iniciarse, debido a que ya se le habrían iniciado otros procedimientos e impuesto medidas correctivas referidas a almacenar copia del documento legal de identificación del abonado.

De otro lado AMERICA MOVIL, sostiene que durante los últimos años habría sido objeto de sanciones y multas relacionadas a la obligación de almacenar copia de los documentos de identidad de los abonados, por lo cual la sanción impuesta devendría en nula por exceso de punición. Señala además que dichas sanciones se deben a supuestos incumplimientos de una norma totalmente



ineficiente e irrazonable, y se originarían en las verificaciones realizadas en establecimientos que no serían controlados por la empresa operadora.

Al respecto, lo señalado por la empresa operadora no hace sino confirmar los incumplimientos cometidos respecto del procedimiento de verificación de identidad y registro de datos de los abonados antes de la activación del servicio, los cuales han motivado que el regulador imponga sanciones respecto de supervisiones que corresponden a distintos periodos.

En efecto, conforme se indicó en la Resolución impugnada, los procedimientos a los que hace referencia AMERICA MOVIL no contemplan los hechos que son materia del presente PAS¹⁰, por lo que se desvirtúa lo señalado por la apelante.

Es pertinente anotar, que el argumento de la apelante referido a la supuesta ineficiencia de la norma, se deriva justamente del reiterado incumplimiento de las disposiciones referidas al procedimiento de verificación de la identidad de los contratantes por parte de la empresa operadora; lo cual, ha motivado el inicio de varios PAS, así como la implementación de nuevos mecanismos con el fin de evitar que se produzcan activaciones de líneas sin haber verificado previamente la identidad de los contratantes, como ha sido el caso de las 55,084 líneas prepago materia del presente expediente.

4.3. Respetto del cumplimiento del procedimiento biométrico

AMERICA MOVIL expone que viene cumpliendo con el actual procedimiento de verificación de identidad de los abonados previo a la activación de las líneas prepago, para lo cual adjunta actas de supervisión y asimismo publicaciones sobre la realización de campañas informativas a sus potenciales usuarios sobre el uso del procedimiento de verificación biométrica.

Es pertinente señalar que lo expuesto por la empresa operadora no tiene relación con la sanción apelada, ni constituye un comportamiento posterior relacionado a la conducta imputada; por tanto, resulta irrelevante en el presente caso.

4.4. Respetto a la gradación de la Sanción

AMERICA MOVIL, argumenta que la sanción ha sido determinada arbitrariamente sin seguir el procedimiento establecido en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, la LDFF), y vulnerando el Principio de Razonabilidad que recoge el artículo 230.3 de la LPAG.

Al respecto, AMERICA MOVIL señala lo siguiente:

- (i) El perjuicio económico, no se basaría en un análisis documentado y objetivo que pruebe la existencia de un daño cierto para las personas que habrían sido comprendidas en procesos penales a raíz del supuesto incumplimiento

El Expediente N° 052-2014-GG-GFS/PAS se deriva de las inconsistencias entre la información obrante en el Registro de Abonados prepago, lo que constituye una infracción al primer párrafo del artículo 11° del TULO de las Condiciones de Uso. El Expediente N° 040-2015-GG-GFS/PAS, se refiere a los resultados de una supervisión encubierta es decir casos no reales. Los demás expedientes están referidos a las obligaciones derivadas de la implementación del mecanismo de verificación biométrica y no biométrica.



de AMERICA MOVIL; y, además, ése daño no habría sido cuantificado ni determinado, en términos económicos.

- (ii) El Beneficio Ilícito que habría obtenido, según la Resolución de Sanción, consistiría en el ingreso indebido obtenido por el tiempo en que se efectuó la supervisión, sumado al costo evitado por no haber implementado un mecanismo idóneo para la verificación de identidad y registro de datos. Sin embargo, en dicha resolución no se habría definido el ingreso indebido ni el supuesto costo evitado, lo que evidenciaría que no se habría calculado objetivamente el monto de la sanción.
- (iii) Adicionalmente, sostiene que si no hubo reincidencia ni intencionalidad en la conducta, ello ameritaría la reducción de la multa impuesta. Asimismo, solicita determinar el monto de la sanción en el mínimo legal establecido, en vista que no se ha podido acreditar la existencia de un daño cuantificable ni tampoco probar un beneficio ilícito a favor de su empresa.

Sobre el particular, en esta instancia corresponde verificar el cumplimiento de los criterios establecidos en la LDFF y la LPAG, al determinar la sanción impuesta por la primera instancia.

El artículo 25° de la LDFF, establece los límites mínimos y máximos de las multas con relación a la calificación de las infracciones que correspondan. En el caso de las infracciones calificadas como muy graves, éstas pueden ser sancionadas con una multa mínima de 151 UIT y una multa máxima de 350 UIT.

A efectos de determinar la multa a imponerse, el artículo 30° de la LDFF establece los criterios a tomar en cuenta¹¹, los mismos que deben ser aplicados en concordancia con lo establecido en el numeral 3 del artículo 230° de la LPAG¹².

11 Artículo 30.- Gradación de la multa

Para la gradación de la multa a imponerse se tomarán en cuenta los siguientes criterios:

- a) Naturaleza y gravedad de la infracción.
- b) Daño causado.
- c) Reincidencia.
- d) Capacidad económica del sancionado.
- e) Comportamiento posterior del sancionado, especialmente la disposición para reparar el daño o mitigar sus efectos.
- f) El beneficio obtenido por la comisión de la infracción, a fin de evitar, en lo posible, que dicho beneficio sea superior al monto de la sanción.

12 3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.



Conforme se verifica del texto de la Resolución de Sanción, la determinación de la multa habría tomado en consideración los criterios establecidos en la LDFF y en la LPAG, y se encontraría dentro del rango para multas aplicables a infracciones calificadas como muy graves en el artículo 25° de la LDFF.

Ahora bien, respecto de los argumentos planteados por AMERICA MOVIL, es pertinente señalar lo siguiente:

- (i) En lo que respecta al perjuicio económico causado, la Resolución de Sanción señala expresamente lo siguiente: *"En el presente caso, la empresa operadora no ha alcanzado información que permita cuantificar la magnitud del daño causado, ni el perjuicio económico."*, y seguidamente se menciona como consideración adicional, información referida a que la omisión al procedimiento de verificación de la identidad del contratante favorece la adquisición de líneas móviles por terceros para la comisión de ilícitos.

En tal sentido, resulta evidente que la conducta de AMERICA MOVIL al haber activado 55,084 líneas prepago a 68 abonados sin cumplir con el procedimiento de verificación de identidad y registro de datos de los abonados, ha ocasionado perjuicio económico a los involucrados.

- (ii) En lo que respecta al beneficio obtenido por la comisión de la infracción, tal y como ha sido señalado en la Resolución de Sanción, éste comprende la suma de los ingresos obtenidos y el costo evitado.

Contrario a lo que señala AMERICA MOVIL, la Resolución de Sanción si ha definido con precisión en qué consiste el ingreso indebido obtenido, señalando que es el monto recaudado por las líneas activadas (55,084) por el período de tiempo que duró la supervisión.

Considerando esa definición, los ingresos indebidos obtenidos por AMERICA MOVIL superan en exceso las 350 UIT, monto señalado como límite máximo en la LDFF para efectos de imponer sanciones por infracciones muy graves¹³.

En tal sentido, dado que el monto resultante sobrepasa el tope establecido para las sanciones por infracciones muy graves, resulta irrelevante cuantificar el costo evitado por la empresa operadora para implementar el mecanismo que le permita cumplir con lo dispuesto en la norma.

- (iii) En lo que respecta a la reincidencia, acorde a lo señalado en el artículo 230° de la LPAG, éste es un agravante para la determinación de la sanción y no un atenuante que permita reducir la sanción a imponer; por tanto al haberse señalado que no se presenta reincidencia no se ha tomado en cuenta para la determinación de la sanción

¹³ En efecto, tomando como base los ingresos promedio obtenidos por AMERICA MOVIL correspondiente al servicio de líneas móviles prepago durante el tiempo que duro la supervisión, multiplicado por la cantidad de líneas materia del procedimiento se obtiene una suma que triplica al límite máximo dispuesto por la LDFF para las sanciones por infracciones muy graves.

En consecuencia, corresponde declarar infundado el Recurso de Apelación, y confirmar la sanción impuesta por la infracción al segundo párrafo del artículo 11° del TUO de las Condiciones de Uso.

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° 633.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Apelación presentado por AMERICA MOVIL PERU S.A.C., contra la Resolución de Gerencia General N° 00008-2017-GG/OSIPTEL y la Resolución de Gerencia General N°00523-2016-GG/OSIPTEL; y en consecuencia:

- CONFIRMAR la sanción de multa de trescientos cincuenta (350) UIT por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 4° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al haber incumplido con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 11° de la misma norma, por haber activado 55,084 líneas móviles¹⁴, sin haber seguido el procedimiento previo de verificación de la identidad del contratante y registro de sus datos personales.

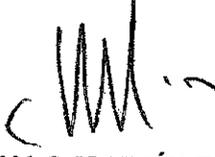
Artículo 2°.- La presente resolución agota la vía administrativa, no procediendo ningún recurso en esta vía.

Artículo 3°.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

- (i) Notificar la resolución a la empresa AMERICA MOVIL
 - (ii) Publicar en el Diario Oficial "El Peruano", así como en la web institucional del OSIPTEL www.osiptel.gob.pe la resolución que se emita, conjuntamente con la Resolución de Gerencia General N° 00523-2016-GG/OSIPTEL y la Resolución de Gerencia General N° 00008-2017-GG/OSIPTEL.
- (i) Poner en conocimiento de la Gerencia de Administración y Finanzas la resolución que se emita, para los fines correspondientes.



Regístrese, comuníquese y publíquese.



GONZALO MARTÍN RUIZ DÍAZ
Presidente del Consejo Directivo

¹⁴ Detalladas en el Anexo N° 1 de la Resolución de Gerencia General N°00523-2016-GG/OSIPTEL

