

ORGANISMOS REGULADORES

ORGANISMO SUPERVISOR
DE INVERSIÓN PRIVADA EN
TELECOMUNICACIONES

Declaran infundado Recurso de Apelación
interpuesto por FIBERLUX S.A.C. contra la
Resolución N° 101-2023-GG/OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO
N° 00194-2023-CD/OSIPTEL

Lima, 5 de julio de 2023

EXPEDIENTE N°	: 81-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	: Recurso de Apelación presentado por FIBERLUX S.A.C., contra la Resolución N° 101-2023-GG/OSIPTEL
ADMINISTRADO	: FIBERLUX S.A.C.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación interpuesto por FIBERLUX S.A.C. (en adelante, FIBERLUX) contra la Resolución N° 101-2023-GG/OSIPTEL,
- (ii) El Informe N° 204-OAJ/2023, del 15 de junio de 2023, elaborado por la Oficina de Asesoría Jurídica, y;
- (iii) El Expediente N° 81-2022-GG-DFI/PAS.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante el artículo 11 de la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTEL de fecha 28 de junio de 2021, la Gerencia General impuso una Medida Correctiva a FIBERLUX en los siguientes términos:

(...)

Artículo 11°.- Imponer una MEDIDA CORRECTIVA a la empresa FIBERLUX S.A.C., en los siguientes términos:

v. Devolver dentro del plazo de dos (2) meses, contados desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución, los montos que correspondan a seis (6) líneas, cuyo detalle se encuentra en el "ANEXO" del Memorando N° 00752-DFI/2021.

vi. Descontar dentro del plazo de dos (2) meses, contados desde el día siguiente de la notificación de la presente resolución, los montos que correspondan a diez (10) circuitos, cuyo detalle se encuentra en el "ANEXO" del Memorando N° 00752-DFI/2021.

vii. Compensar dentro del plazo de dos (2) meses, contados desde el día siguiente de la notificación de la respectiva resolución, los montos que correspondan a veintiún (21) circuitos, cuyo detalle se encuentra en el "ANEXO" del Memorando N° 00752-DFI/2021.

viii. Remitir la información que acredite la ejecución de las devoluciones, descuentos y compensaciones a las que se hace referencia en los literales precedentes, dentro del plazo de diez (10) días hábiles, contados desde el vencimiento del plazo para efectuar las devoluciones antes señaladas, de acuerdo al formato contenido en el "ANEXO 02 - ACREDITACIÓN" del Informe Final de Instrucción.

(...)

(subrayado agregado)

1.2. El 4 de julio de 2022, a través de la carta N° 1571-DFI/2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción

(en adelante, DFI) comunicó a FIBERLUX el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que habría incumplido la primera y segunda obligación del artículo 11 de la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTEL y, por tanto, incurrido en la infracción tipificada en el artículo 25 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones1, en adelante RGIS) y calificada como grave en el artículo 132 de la resolución antes indicada.

1.3. Mediante la Resolución N° 101-2023-GG/OSIPTEL, notificada el 28 de marzo de 2023, la Primera Instancia resolvió lo siguiente:

(...)

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- SANCIONAR a la empresa FIBERLUX S.A.C con una MULTA de 14,5 UIT, por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 25° del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, y calificada por el OSIPTEL como grave en el artículo 13° de la Resolución de Gerencia General N° 0217-2021-GG/OSIPTEL, dado que habría incumplido con lo dispuesto en la primera y segunda obligación del artículo 11° de la referida resolución; de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

(...)"

1.4. El 20 de abril de 2023, mediante la carta S/N, FIBERLUX interpuso Recurso de Apelación.

II. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del RGIS 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), corresponde admitir y dar trámite al Recurso de Apelación interpuesto por FIBERLUX, al haberse cumplido los requisitos de admisibilidad y procedencia.

III. ANÁLISIS DEL RECURSO

A continuación, se analizan los argumentos formulados por FIBERLUX:

3.1. Sobre la supuesta actuación diligente de FIBERLUX respecto al incumplimiento de la primera y segunda obligación del artículo 11 de la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTEL

Es preciso señalar que, la empresa no niega las imputaciones, sino que señala que, pese a su actuar supuestamente diligente, éstas se habrían producido por supuestos que estarían fuera de su control. Sobre ello, no se debe perder de vista que, la Medida Correctiva impuesta mediante la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTEL deriva de del PAS seguido bajo el Expediente N° 003-2021-GG-DFI/PAS, donde la Primera Instancia dispuso emitir dicha orden dado que FIBERLUX –en esa oportunidad- mantenía devoluciones, descuentos y compensaciones por las interrupciones acaecidas en el primer y segundo semestre de 2019 que afectaron líneas y circuitos en diversos departamentos en el Perú.

Así, pese a ello, se ha verificado que FIBERLUX incumplió con lo ordenado por la Medida Correctiva, esto es, mantiene pendiente (i) la devolución de los montos que corresponden a los abonados de 6 líneas que, a su vez, corresponden a 6 tickets, así como (ii) tiene 7 circuitos con descuento pendiente, de estos 6 circuitos por un monto total de US\$ 18,40 y 1 circuito que tiene el monto pendiente y respecto del cual no informó el monto de la renta mensual.

En este punto, cabe indicar que, la empresa no ha remitido medios probatorios adicionales con ocasión de

su Recurso de Apelación con el fin de acreditar haber cesado su conducta infractora, haber revertido los efectos generados por los incumplimientos de la primera y segunda obligación del artículo 11 de la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTTEL.

De otro lado y con relación a las circunstancias de pandemia alegadas por FIBERLUX que le habrían impedido cumplir con las obligaciones analizadas en el presente PAS, corresponde señalar que, a la luz del Principio de Culpabilidad recogido en el numeral 10 del artículo 248 del TUO de la LPAG, no basta que un administrado indique que un hecho típico se produjo “por razones fuera de su control”, sino que para analizar algún supuesto eximente de responsabilidad es necesario presentar los medios probatorios que acrediten tal afirmación, esto es, acreditar que no se infringió el deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado debía ser previsto.

En tal sentido, durante la tramitación del presente procedimiento, la empresa tuvo la posibilidad de eliminar el nexo causal a partir de la acreditación de la configuración de eximentes de responsabilidad como el caso fortuito o fuerza mayor; no obstante, se verifica que no ha presentado ningún medio probatorio a fin de acreditar dichas situaciones, siendo que debe tomarse en cuenta que el cumplimiento de las disposiciones analizadas en el presente PAS se encuentra dentro de su ámbito de control.

Asimismo, considerando que la culpa o imprudencia está relacionada con la inobservancia del cuidado debido, la cual es exigida a los administrados -en este caso a FIBERLUX-, dicha empresa no ha acreditado la diligencia debida para cumplir con lo dispuesto en la primera y segunda obligación del artículo 11 de la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTTEL que, a la vez, recogen las obligaciones previstas en los artículos 45 y 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Por su parte, si bien con ocasión de la notificación de la Resolución N° 217-2021-GG/OSIPTTEL se omitió involuntariamente adjuntar el archivo Excel denominado “ANEXO 02 – ACREDITACIÓN”, cabe indicar que, dicha información se puso a disposición de la empresa mediante la carta N° C. 16-OAJ/2022 -notificada el 17 de febrero de 2022- a través de la descarga del alegado archivo a partir del enlace señalado en la referida carta.

Considerando ello, se evidencia que, FIBERLUX no tenía ningún impedimento para ejecutar las obligaciones materia de la Medida Correctiva analizadas en el presente PAS pues contó con toda la información necesaria para cumplir con realizar las devoluciones y descuentos, con anterioridad al inicio del presente PAS (4 de julio de 2022).

3.2. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

Tal como se advierte en el acápite “3. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN” de la resolución impugnada, la Primera Instancia fundamentó adecuadamente los criterios para graduar la sanción, justificando el monto de la multa impuesta, habiéndose aplicado inclusive el Principio de Retroactividad Benigna, conforme se desarrolla en las páginas 16 y 17 de la resolución impugnada.

Por tanto, el hecho que FIBERLUX discrepe de la evaluación efectuada, no quiere decir que el precitado acto administrativo adolezca de un defecto en su motivación, en tanto 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 y en el RGIS, acotando el análisis de cada uno de ellos a los hechos observados en el presente expediente.

Ahora bien, conforme se advierte de la resolución impugnada, a partir del análisis de favorabilidad, la multa impuesta en el presente PAS fue aquella resultante de la aplicación de la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el Osiptel3, esto es, 14,5 UIT4.

En tal sentido, si bien el artículo 25 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL (en adelante, LDFF) señala que las multas no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión -esto es, los correspondientes al año 2021-, se advierte que, con ocasión de la presentación de su Recurso de Apelación, FIBERLUX no ha acreditado que la multa impuesta exceda dicho porcentaje.

Considerando lo expuesto, al advertirse que los dos argumentos esgrimidos por la empresa no son causales de nulidad, corresponde desestimar ambos.

Adicionalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 204-OAJ/2023, emitido por la Oficina de Asesoría Jurídica, el cual -conforme al numeral 6.2 del Artículo 6 del TUO de la LPAG- constituye parte integrante de la presente Resolución; y, por tanto, de su motivación.

En aplicación de las funciones previstas en el literal d) del artículo 8 de la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Osiptel, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del Osiptel en su Sesión N° 935/23, de fecha 20 de junio de 2023.

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación interpuesto por FIBERLUX S.A.C. contra la Resolución N° 101-2023-GG/OSIPTTEL; y, en consecuencia, CONFIRMAR todos sus extremos; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

Artículo 3°.- DESESTIMAR la solicitud de nulidad formulada por FIBERLUX S.A.C.

Artículo 4°.- Encargar a la Gerencia General disponer las acciones necesarias para:

- La notificación de la presente Resolución y del Informe N° 204-OAJ/2023 a la empresa apelante;
- La publicación de la presente Resolución el diario oficial El Peruano;
- Publicar la presente Resolución en el portal web institucional del Osiptel, con el Informe N° 204-OAJ/2023 y la Resolución N° 101-2023-GG/OSIPTTEL, y;
- Poner la presente Resolución en conocimiento de la Oficina de Administración y Finanzas del OSIPTTEL, para los fines respectivos.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ
Presidente Ejecutivo

¹ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

² “**Artículo 13°.-** El incumplimiento de las obligaciones previstas en la medida correctiva contemplada en el artículo 11° de la presente resolución, constituye una infracción grave y podrá ser sancionado, con una multa equivalente entre CINCUENTA Y UN (51) y CIENTO CINCUENTA (150) UIT, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 25 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado con Resolución N° 087-2013-CD-OSIPTTEL y sus modificatorias.”

³ Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTTEL y disponible en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/n-229-2021-cd-osiptel/>

⁴ Versus una multa de 51 UIT producto del cálculo en base a la Guía de Cálculo para la Determinación de Multas, aprobada por el Consejo Directivo mediante Acuerdo N° 726/3544/19 del 26 de diciembre de 2019