

A	:	RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO
CC	:	FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN
ASUNTO	:	RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA FIBERLUX S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 229-2022-GG/OSIPTEL
REFERENCIA	:	Expediente N° 0008-2022-GG-DFI/PAS
FECHA	:	22 de setiembre de 2022

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR:	ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA	ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO
REVISADO Y APROBADO POR:	DIRECTORA DE LA OFICINA DE ASESORÍA JURÍDICA (E)	MÓNICA ROXANA OROZCO MATZUNAGA



I. OBJETO

El presente informe tiene por objeto analizar el Recurso de Apelación interpuesto por la empresa FIBERLUX S.A.C. (en adelante, FIBERLUX) contra la Resolución N° 229-2022-GG/OSIPTEL, mediante la cual se le sancionó con una multa de 50 UIT por incumplir lo previsto en el tercer párrafo del artículo 17 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones¹ (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), al no consignar la modalidad de servicio contratado y velocidad mínima garantizada en seis (6) de sus contratos de abonado, durante el primer trimestre de 2021.

II. ANTECEDENTES

- 2.1. Mediante la carta N° 0048-DFI/2022, de fecha 11 de enero de 2022, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a FIBERLUX el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS), al haberse verificado que habría incumplido lo siguiente:

Norma incumplida		Conducta imputada	Norma que tipifica	Tipo infractor
TUO de las Condiciones de Uso	Tercer párrafo del artículo 17	Incumplió con indicar las modalidades del servicio ofrecido así como la velocidad mínima garantizada, en seis (6) contratos de abonado analizados, durante el primer trimestre de 2021.	Artículo 2 del Anexo 5	Leve

- 2.2. Mediante la carta N° 224-GG/2022, notificada el 5 de abril de 2022, la Gerencia General remitió el Informe Final de Instrucción N° 041-DFI/2022 a FIBERLUX, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que elabore sus descargos.
- 2.3. El 11 de abril de 2022, FIBERLUX remitió sus descargos mediante la carta N° 0015-LEG-FLX-2022.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 229-2022-GG/OSIPTEL notificada el 20 de julio de 2022, la Gerencia General resolvió lo siguiente:

Norma incumplida	Tipificación	Conducta imputada	Decisión Primera Instancia
Tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 2 del Anexo 5	Incumplió con consignar la modalidad del servicio en un (1) contrato	Archivar ²
		- Incumplió con consignar la modalidad del servicio en cinco (5) contratos. - Incumplió con consignar la velocidad mínima garantizada en seis (5) contratos.	1 multa de 50 UIT

- 2.5. El 10 de agosto de 2022, mediante la carta S/N, FIBERLUX interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución N° 229-2022-GG/OSIPTEL.

¹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL.

² De acuerdo a lo señalado en el Informe Final de Instrucción, en el contrato suscrito con el abonado Sánchez Morante si se cumple con señalar expresamente la modalidad de servicio contratado, por lo que se decide archivar este extremo.



- 2.6. Mediante Resolución N° 259-2022-GG/OSIPTEL notificada el 12 de agosto de 2022, la Primera Instancia dispuso: i) encauzar de oficio dicho recurso a fin de que se le otorgue el trámite de Recurso de Apelación, toda vez que ninguna de sus argumentaciones está respaldada en nueva prueba, por lo que no corresponde ser analizada en el marco de un Recurso de Reconsideración y, que ii) el Expediente N° 00008-2022-GG-DFI/PAS sea elevado al Consejo Directivo del OSIPTEL, en su calidad de Segunda Instancia Administrativa.
- 2.7. Mediante Memorando N° 325-GG/2022 del 22 de agosto de 2022, la Primera Instancia elevó a la Secretaría del Consejo Directivo el Recurso interpuesto por FIBERLUX.

III. VERIFICACIÓN DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA

De conformidad con el artículo 27 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones (antes Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones³, en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁴ (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 contenidos en las citadas disposiciones.

IV. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

FIBERLUX señala que, sus contratos si cumplirían con indicar la información mínima exigida en el artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso siendo que, según indica, durante el tránsito de adecuación a los contratos tipo, un pequeño grupo de contratos no habría sido bien diligenciado por algunos ejecutivos comerciales, debido al volumen de contratos así como al uso del nuevo software, lo cual fue inmediatamente corregido al advertirse el error.

En tal sentido, indica que, la diligencia exigible a su empresa debería guardar coherencia con el Estado de Emergencia por el Covid-19 siendo que, el mero incumplimiento de una norma permite entender que se ha cometido la infracción y presumir negligencia, por lo que resultaría producente soslayar el alcance del principio de culpabilidad.

Asimismo, alega que, la tecnología utilizada para brindar sus servicios de telecomunicaciones es GPON con fibra óptica, cuya velocidad es simétrica (subida y bajada), la misma que está indicada en su página web al alcance de sus clientes.

Sobre el particular, esta Oficina coincide con la Primera Instancia respecto a que la intencionalidad en la conducta del agente no es necesaria para la configuración del tipo infractor, sino que esta se puede dar al infringir un deber de cuidado que le era exigible y cuyo resultado el agente pudo prever.

En ese sentido, el hecho de que algunos contratos no hayan sido bien diligenciados no es causa de exoneración de responsabilidad considerando, además, que la finalidad de dichos contratos es que los usuarios cuenten con la información necesaria para la toma de decisiones respecto a su servicio. Así, de los hechos advertidos en el presente PAS, la conducta de FIBERLUX no cumple con tal finalidad generando, a la vez, que los usuarios no hayan recibido la información correcta.

³ Debe indicarse que, el Consejo Directivo del OSIPTEL a través del Artículo Segundo de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL sustituyó la denominación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias, por el de Reglamento General de Infracciones y Sanciones.

⁴ Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS



Cabe indicar que, el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 011-2022-CD/OSIPTEL señala que, la “*diligencia*” debe medirse en función de las circunstancias particulares del hecho y del autor siendo que, en algunos casos, para agentes que desarrollan actividades que requieren autorización administrativa (como es el caso de la Concesión de Servicios Públicos de Telecomunicaciones) y que suponen la asunción de obligaciones singulares, el nivel de diligencia exigido debe ser superior. Por ello, conforme a lo expuesto, no existe alguna vulneración al Principio de Culpabilidad.

Asimismo, resulta necesario indicar que, durante la tramitación del presente PAS, FIBERLUX no ha acreditado que se hayan presentado circunstancias que le hubieran impedido dar cumplimiento a su obligación normativa, como algún evento de caso fortuito o fuerza mayor, que comprendería el presunto contexto de anormalidad por el Covid -19, alegado por la empresa. Por tal motivo, se descartan los argumentos esgrimidos por FIBERLUX en este extremo.

Ahora bien, con relación a las alegaciones formuladas por FIBERLUX relacionadas a la implementación de los contratos tipo y en línea con lo ya señalado por la Primera Instancia, la obligación introducida por la Resolución de Consejo Directivo N° 153-2020-CD/OSIPTEL referente al empleo del contrato tipo aprobado por el OSIPTEL no es materia de evaluación en presente PAS, en tanto dicha obligación entró en vigencia a partir del 1 de abril de 2021, lo cual es posterior al período evaluado en el presente caso.

En esa línea, conforme se advierte del Informe N° 352-DFI/SDF/2021, las acciones de supervisión vinculadas al presente PAS se realizaron desde el 1 de enero al 31 de marzo de 2021 siendo aplicable la versión vigente en dicho período del tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, es decir:

“Artículo 17.- Cláusulas generales y adicionales de contratación
(...)

En los contratos de abonado deberá constar expresamente, como mínimo, la información a que se refieren los numerales (i), (v), (vi), (vii), (x), (xi), (xii), y (xv) del artículo 6, así como el detalle de las tarifas aplicables. Asimismo, en los casos que el contrato se celebre a través de mecanismos de contratación distintos al documento escrito, la información antes indicada deberá estar contenida en dicho mecanismo, con excepción de la relación de las señales de programación que se contratan, las cuales deberán ser detalladas en la comunicación a que hace referencia el artículo 9; de tal manera que permita otorgar certeza de la aceptación del abonado respecto de las estipulaciones a que se refieren los numerales antes mencionados, sin perjuicio de las obligaciones adicionales dispuestas en la presente norma.

(...).”
(subrayado agregado)

En tal sentido, la obligación analizada en el presente PAS protege el derecho de los abonados a recibir un contrato para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que contenga la información mínima establecida en los numerales (i), (v), (vi), (vii), (x), (xi), (xii) y (xv) del artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso, a efectos que los abonados puedan tener los elementos necesarios para la contratación informada de un servicio así como su administración al ser adquirido.

Por lo que, un contrato de abonado debe contener, además del detalle de las tarifas aplicables, como mínimo la información que se detalla a continuación siendo que, en caso



un contrato no contenga esta información mínima, se incurre en el incumplimiento del tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso:

- i) El servicio ofrecido;
- v) Las características, **modalidades** y limitaciones del servicio ofrecido;
- vi) La periodicidad de la facturación;
- vii) El plazo del contrato de prestación de servicios, causales de resolución anticipada, penalidades, si las hubiera y sus consecuencias o alcances económicos;
- x) El procedimiento para dar de baja el servicio contratado bajo la modalidad prepago a que se refiere el artículo 14;
- xi) La velocidad de transmisión contratada y **velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps), especificándose para cada caso, la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink)**, así como las condiciones que influyen en dichas velocidades, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);
- xii) La capacidad de descarga en Megabytes (MB) o Gigabytes (GB), en los casos que corresponda, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil);
- xv) La relación y el número de señales de programación, para el servicio de distribución de radiodifusión por cable.

Así, en el presente caso, respecto al primer trimestre del año 2021 y en base a una muestra tomada a partir de un total de 1089 contratos celebrados, se advierte que, FIBERLUX incumplió la obligación antes descrita, al haberse verificado que i) en 6 contratos⁵ no consignó la velocidad mínima garantizada de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como ii) en 5 contratos⁶ no incluyó de forma expresa la modalidad del servicio contratado, incurriendo en la infracción tipificada como leve en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso.

Dicha conducta devino en un perjuicio a aquellos abonados que contrataron el servicio de acceso a internet a través de la fibra óptica, durante dicho período, en tanto no contaron con la información mínima exigida normativamente, situación que dificultó la toma de decisiones sobre el uso o consumo de su servicio de internet fijo incidiendo, a la vez, en el ejercicio de su derechos a administrar y dar por finalizado el servicio contratado.

De otro lado, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso exige incluir de forma expresa en el contrato la información respecto de la velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps) precisando, para cada caso, la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como las condiciones que influyen en dichas velocidades, para el servicio de acceso a Internet (fijo y móvil). Por tal motivo, se descartan los argumentos presentados por FIBERLUX sobre el tipo de tecnología que utiliza o su publicación en su página web, siendo que ello no la exonera del cumplimiento de la obligación evaluada en el presente PAS.

Por lo expuesto, se descartan los argumentos esgrimidos por FIBERLUX.



⁵ Suscritos con los abonados Luigi Enrico Gennaro Bacigalupo Giugliano, Sully Saenz Ayllon, Piero Mauricio Sanchez Morante, Eleodoro Alberto Elera Gonti, Jorge Martin Zegarra Rivas y Cesar Fernando Mandujano Montalvo.

⁶ Suscritos con los abonados Luigi Enrico Gennaro Bacigalupo Giugliano, Sully Saenz Ayllon, Eleodoro Alberto Elera Gonti, Jorge Martin Zegarra Rivas y Cesar Fernando Mandujano Montalvo.

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente informe, se recomienda que debe declararse INFUNDADO el Recurso de Apelación interpuesto por FIBERLUX S.A.C. contra la Resolución N° 229-2022-GG/OSIPTEL.

Atentamente,

