

<b>A</b>	:	<b>RAFAEL EDUARDO MUENTE SCHWARZ PRESIDENTE EJECUTIVO</b>
<b>CC</b>	:	<b>FELIX AUGUSTO VASI ZEVALLOS ASESOR DE ALTA DIRECCIÓN</b>
<b>ASUNTO</b>	:	<b>RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR LA EMPRESA FIBERLUX S.A.C. CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 048-2022-GG/OSIPTEL</b>
<b>REFERENCIA</b>	:	<b>Expediente N° 0092-2021-GG-DFI/PAS</b>
<b>FECHA</b>	:	<b>23 de setiembre de 2022</b>

	<b>CARGO</b>	<b>NOMBRE</b>
<b>ELABORADO POR:</b>	ANALISTA LEGAL EN TEMAS DE TRANSPARENCIA	ROXANA PATRICIA DÍAZ IBERICO
<b>REVISADO Y APROBADO POR:</b>	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) el 14 de marzo de 2022, contra la Resolución N° 048-2022-GG/OSIPTEL mediante la cual se sancionó a la citada empresa con dos (2) multas: una de 45,4 UIT y otra de 51 UIT por incumplir con los artículos 45 y 93 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones<sup>1</sup> (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), respectivamente, respecto de interrupciones ocurridas en el primer semestre de 2020.

**II. ANTECEDENTES**

2.1. Mediante carta N° 2132-DFI/2021, notificada el 7 de octubre de 2021, la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) comunicó a FIBERLUX el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (en adelante, PAS) por presuntamente haber incurrido en las siguientes infracciones:

Norma Incumplida		Tipificación	Conducta	Periodo	Calificación
TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 45	Artículo 2 del Anexo 5	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Realizó devoluciones fuera de plazo a 59 líneas, por el monto total de US\$ 6,43 y S/ 876,41. En un promedio de 26,54 días de exceso.</li> <li>- No realizó la devolución a 44 líneas, siendo que en: i) 40 líneas está pendiente de devolver S/ 148,43, ii) 3 líneas que está pendiente de determinar el monto a devolver y iii) 1 línea que no acreditó que tiene "renta 0".</li> </ul>	Primer Semestre 2020	Leve
	Artículo 93	Artículo 3 del Anexo 5	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Realizó descuentos fuera de plazo a 58 circuitos por el monto total de US\$ 2 124,76 y S/ 119,23. En un promedio de 21,71 días en exceso.</li> <li>- No realizó el descuento correspondiente a 22 circuitos, siendo que en: i) 15 está pendiente el monto de S/ 44,49, ii) 5 circuitos que está pendiente de determinar el monto a descontar, en tanto no se acreditó que no se les facturó y iii) 2 circuitos que no acreditó que tienen "renta 0".</li> </ul>	Primer Semestre 2020	Grave

2.2. Mediante la carta N° 973-GG/2021, notificada el 7 de diciembre de 2021, la Gerencia General remitió el Informe Final de Instrucción N° 251-DFI/2021 a FIBERLUX, otorgándole un plazo de cinco (5) días hábiles para que elabore sus descargos.

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



- 2.3. El 15 de diciembre de 2021, FIBERLUX remitió sus descargos mediante la carta N° 0073-LEG-FLX-2021.
- 2.4. Mediante la Resolución N° 048-2022-GG/OSIPTEL, notificada el 21 de febrero de 2022, la Primera Instancia dispuso archivar la imputación relacionada al incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso respecto de 2 líneas y, con relación al incumplimiento del artículo 93 de dicha norma, se archivó la imputación respecto de 3 circuitos, siendo que dichos casos corresponden a interrupciones ocurridas en el primer semestre del 2020.

Asimismo, a través de la indicada resolución, la Primera Instancia sancionó a FIBERLUX de acuerdo al siguiente detalle:

Norma Incumplida		Conducta	Periodo	Multa
TUO de las Condiciones de Uso	Artículo 45	- Realizó devoluciones fuera de plazo a 59 líneas, por el monto total de US\$ 6,43 y S/ 876,41. En un promedio de 26,54 días en exceso. - No realizó la devolución a 42 líneas, siendo que en: i) 40 líneas está pendiente de devolver S/ 148,40, ii) 1 línea que está pendiente de determinar el monto a devolver y iii) 1 línea que no acreditó que tiene "renta 0".	Primer Semestre 2020	45,4 UIT
	Artículo 93	- Realizó descuentos fuera de plazo a 58 circuitos por el monto de US\$ 2 124,76 y S/ 119,23. En un promedio de 21,71 días en exceso. - 19 circuitos tienen devolución pendiente, siendo que en: i) 15 circuitos está pendiente de devolver S/ 44,48 y ii) 4 circuitos está pendiente de determinar el monto a descontar.	Primer Semestre 2020	51 UIT

- 2.5. El 14 de marzo de 2022, FIBERLUX interpuso Recurso de Apelación contra la Resolución N° 048-2022-GG/OSIPTEL.
- 2.6. Con Memorando N° 380-OAJ/2022 del 13 de abril de 2022, la Oficina de Asesoría Jurídica solicitó a la Dirección de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, DPRC) precise si, en efecto, la aplicación de la Metodología de cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos sancionadores tramitados ante el OSIPTEL<sup>2</sup> (en adelante, Metodología de Cálculo de Multa) resulta más favorable; pedido que fue atendido mediante el Memorando N° 513-DPRC/2022 de fecha 15 de setiembre de 2022.

### 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 Sanciones<sup>3</sup>, en adelante RGIS) y los artículos 218 y 220 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General<sup>4</sup> (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.

<sup>2</sup> Aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS



#### IV. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos por los que FIBERLUX considera que la resolución impugnada<sup>5</sup> debe ser declarada nula o revocarse, son:

- 4.1. Respecto a los incumplimientos de los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso, refiere que habría actuado de manera diligente. En tal sentido, indica que, debe tenerse en cuenta la situación por la que venía atravesando el país y el mundo por la pandemia, donde su empresa se vio afectada por la reducción de su personal y otros eventos que escapan de su alcance, motivo por el cual las devoluciones fueron efectuadas fuera de plazo.
- 4.2. Correspondería aplicar el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria respecto de los incumplimientos de los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso.
- 4.3. Se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, dado que se han impuesto sanciones desproporcionadas sin tener en cuenta su capacidad económica.

#### V. ANÁLISIS DEL RECURSO DE APELACIÓN

A continuación, se analizarán los argumentos de FIBERLUX:

##### 5.1. **Sobre la aplicación del Principio de Retroactividad Benigna**

De manera preliminar a la evaluación de los argumentos presentados por FIBERLUX, es pertinente destacar que uno de los principios que rige la potestad sancionadora en sede Administrativa es el Principio de Retroactividad Benigna contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

Así, conforme al Principio de Retroactividad Benigna<sup>6</sup>, resulta viable aplicar disposiciones sancionadoras posteriores que resulten más favorables al administrado. En tal sentido, la norma también señala que las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo siempre que favorezcan al presunto infractor o al infractor, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición, en lo referido a: (i) la tipificación de la infracción, (ii) los plazos de prescripción y, (iii) la sanción en sí.

Teniendo en cuenta ello, en el presente procedimiento, en tanto las multas impuestas a través de la Resolución N° 048-2022-GG/OSIPTEL fueron calculadas considerando los criterios contenidos en la Guía de Cálculo para la determinación de multas en los procedimientos administrativos del OSIPTEL<sup>7</sup> (Guía de Multas - 2019), corresponde evaluar si la Metodología de Cálculo de Multas (vigente desde el 1 de enero de 2022) podría fijar una cuantía menor en la multa calculada bajo la metodología anterior.

<sup>5</sup> En algunos extremos de su Recurso de Apelación, FIBERLUX hace referencia a la Resolución N° 417-2021-GG/OSIPTEL como aquella sobre la cual se formula la impugnación, entendiéndose que la mención correcta corresponde a la Resolución N° 48-2022-GG/OSIPTEL emitida en la tramitación del presente PAS.

<sup>6</sup> Al respecto, el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG prevé lo siguiente:

**“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 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.”

<sup>7</sup> Aprobado por Acuerdo 726/3544/19 de fecha 26 de diciembre de 2019



Bajo tales consideraciones, se solicitó que la DPRC evalúe las multas impuestas bajo las disposiciones establecidas en la Metodología de Cálculo de Multas; en ese sentido, a través del Memorando N° 513-DPRC/2022, se remitió la referida evaluación, la cual se detalla en el Anexo.

Ahora bien, tal como se indica en los numerales 4.12 y 4.13 de la Metodología de Cálculo de Multas, el enfoque de graduación de la multas establecido es el de beneficio ilícito considerándose dos subcomponentes: (a) el costo evitado, empleando los parámetros Mantygest y Conopro<sup>8</sup> y (b) el ingreso ilícito por intereses de las devoluciones y descuentos realizados fuera del plazo, así como los montos que no habrían sido devueltos o descontados.

A continuación, el valor estimado del beneficio ilícito en cada uno de los incumplimientos es evaluado a valor presente y ponderado por un ratio que considera la probabilidad de detección de la conducta infractora. En el presente caso, en concordancia con lo señalado en la Metodología de Cálculo de Multas y lo desarrollado en expedientes precedentes, la probabilidad de detección para la infracción por el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso es alta (0,75); mientras que, para el artículo 93 de dicha norma, se establece en media (0,5).

En ese sentido, considerando los nuevos valores establecidos en la Metodología de Cálculo de Multas, la cuantía de las multas impuestas por las infracciones a los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso, implican una reducción respecto a la cuantía de las multas impuestas a través de la Resolución N° 048-2022-GG/OSIPTEL:

Norma Incumplida	Monto de la Multa calculado con la Guía de Multas (2019)	Monto de la Multa calculado con la Metodología de Cálculo de Multas (2021)
Artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso	45,4 UIT	36,4 UIT
Artículos 93 del TUO de las Condiciones de Uso	51 UIT	34,3 UIT

FUENTE: DPRC

En el caso de la multa por el incumplimiento del artículo 93 del TUO de las Condiciones de Uso, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponde imponer el monto de la multa resultante de la aplicación de la Metodología del Cálculo de Multas, dado que el monto calculado asciende a 34,3 UIT precisándose que, ello no implica una modificación de la calificación del tipo infractor; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna.

Finalmente, en atención al Principio de Transparencia y como parte de la aplicación del nuevo Régimen de Calificación de Infracciones, así como de la Metodología de Cálculo de Multas, se adjunta el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en el presente procedimiento administrativo sancionador.

## 5.2. Sobre la supuesta actuación diligente de FIBERLUX respecto al incumplimiento de los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso

FIBERLUX refiere que habría actuado de manera diligente ya que, por motivos de reducción de personal, por ejemplo, realizaron las devoluciones de manera tardía siendo que, a la fecha, vienen realizando mejoras y actualización tecnológica en los sistemas y software de la empresa. Asimismo, señala que, debe tenerse en cuenta la situación por la que venía

<sup>8</sup> El parámetro Conopro solo se usó para la estimación de la multa asociada al incumplimiento del artículo 93 de El Reglamento.



atravesando el país y el mundo por la pandemia, dado que su personal se habría visto menoscabado y limitado en sus funciones y actuar diario.

Con relación a ello, es preciso señalar que, FIBERLUX 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. Ahora bien, es preciso indicar 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.

Al respecto, vale indicar que, la carga de la prueba a efectos de atribuirle responsabilidad a los administrados en relación a las infracciones que sirven de base para supervisarlos y, posteriormente, sancionarlos, corresponde a la administración.

Sin embargo, corresponde al administrado probar los hechos excluyentes de su responsabilidad. En esa línea, Nieto García<sup>9</sup>, quien señala lo siguiente al hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español:

*“(…) por lo que se refiere a la carga probatoria en cualquier acción punitiva, es el órgano sancionador a quien corresponde probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción, mientras que al imputado le incumbe probar los hechos que puedan resultar excluyentes de su responsabilidad”.*

Por lo tanto, a efectos de que los Órganos Resolutivos del OSIPTEL apliquen los eximentes de responsabilidad establecidos en el numeral 1 del artículo 255 del TUO de la LPAG, la empresa operadora deberá remitir los medios probatorios suficientes que acrediten que estaría inmersa en alguno de los supuestos que establece la norma.

En esa línea, resulta necesario indicar que el OSIPTEL exige el cumplimiento de la normativa, de forma imparcial e igualitaria, a todas las empresas operadoras del sector (según corresponda), considerando no solo su alta especialización en telecomunicaciones, sino también tomando como premisa que todas deberían mostrar un comportamiento diligente a fin de ajustar su conducta a lo estipulado por la normativa.

Por tanto, 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- respecto al cumplimiento de lo dispuesto mediante una norma, no se ha acreditado la diligencia debida para cumplir con lo dispuesto en los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso.

Vale agregar que, frente a la verificación de algún incumplimiento, la empresa operadora tiene 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, en el presente caso, FIBERLUX no ha presentado ningún medio probatorio a fin de acreditar dichas situaciones, siendo que debe tomarse en cuenta que las normas incumplidas se encuentra dentro de su ámbito de control.

En ese sentido, corresponde desestimar este extremo del Recurso de Apelación.

### 5.3. Con relación al criterio eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria

<sup>9</sup> NIETO GARCÍA, Alejandro. “Derecho Administrativo Sancionador. 4ta Edición totalmente reformada. Madrid Tecnos. 2005. P. 424.



FIBERLUX señala que, correspondería aplicarle el eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria, dado que realizó las acciones necesarias para las devoluciones y compensaciones reguladas en los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso. Al respecto, alega que, habría realizado las devoluciones sin mediar ningún requerimiento, comunicación, orden, recomendación, etc. por parte de alguna instancia administrativa del OSIPTEL.

Sobre el particular, en línea con lo señalado por la Primera Instancia, a través de sus descargos al Informe Final de Instrucción, FIBERLUX presentó medios probatorios a fin de demostrar haber realizado las devoluciones, descuentos y compensaciones a su cargo por las interrupciones acaecidas durante el primer semestre del año 2020, los cuales fueron evaluados por la DFI en su Memorando N° 191-DFI/2022. No obstante, contrario a lo alegado por la empresa, en dicha evaluación, se logró determinar que FIBERLUX efectuó algunas devoluciones, descuentos y compensaciones dentro del plazo establecido siendo que, aún quedaba pendiente ello respecto a la mayoría de los casos imputados.

Asimismo, se debe considerar que, la empresa no ha remitido medios probatorios adicionales en su Recurso de Apelación por lo que, a la fecha, FIBERLUX no ha cesado su conducta respecto a los incumplimientos de los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso, en tanto las devoluciones y descuentos efectuados por la referida empresa no se han realizado respecto a la totalidad de hechos que comprenden las conductas infractoras, esto es, devoluciones y/o descuentos fuera de plazo; y, descuentos y/o devoluciones y compensaciones pendientes.

En este punto, resulta importante indicar que, mediante la Resolución N° 029-2019-CD/OSIPTEL<sup>10</sup>, el Consejo Directivo ha señalado que, a efectos de analizar el cese de la conducta infractora, se debe tomar en cuenta la totalidad de los hechos que comprende esta. Por lo que, se descartan los pronunciamientos emitidos tanto por el Poder Judicial en el Expediente N° 04493-2019-0-1801-JR-CA-06 como por la Gerencia General en el Expediente N° 51-2016-GG-GSF/PAS invocados por FIBERLUX referentes a la aplicación del eximente por subsanación voluntaria.

De acuerdo a ello, en tanto no se ha producido el cese total de la conducta, corresponde descartar este extremo del Recurso de Apelación.

#### 5.4. Sobre la supuesta vulneración al Principio de Razonabilidad

FIBERLUX refiere que se habría vulnerado el Principio de Razonabilidad, dado que se le han impuesto sanciones desproporcionadas sin tener en cuenta su capacidad económica, pues son superiores a las rentas que genera y la liquidez de la empresa no permite pagarlas.

Con relación a ello, en primer término, 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 las multas impuestas. 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. Así, 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.

<sup>10</sup> Disponible en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/media/210dwuor/res029-2019-cd.pdf>



Asimismo, con relación a la capacidad económica del sancionado, de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 de la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL (en adelante, LDFF), 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 2019.

Finalmente, no se debe perder de vista que, tal como ha señalado la Primera Instancia en la resolución impugnada, en el presente caso, se ha configurado la figura de reincidencia, considerando que la Resolución N° 295-2019-GG/OSIPTEL – emitida en el marco del Expediente N° 074-2019-GG-GSF/PAS<sup>11</sup> – habría quedado firme administrativamente.

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

## **VI. PUBLICACIÓN DE SANCIONES**

De conformidad con el artículo 33 de la LDFF, 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.

Por tanto, de ser el caso que el Consejo Directivo del OSIPTEL confirme que corresponde sancionar a FIBERLUX con una multa por la comisión de la infracción grave por el incumplimiento del artículo 93 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a interrupciones ocurridas en el primer semestre del año 2020, corresponde la publicación de la Resolución en el Diario Oficial El Peruano.

## **VII. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN**

De acuerdo a los fundamentos expuestos, se recomienda declarar FUNDADO EN PARTE el Recurso de Apelación interpuesto por FIBERLUX contra la Resolución N° 048-2022-GG/OSIPTEL; y, por tanto:

- (i) CONFIRMAR la responsabilidad por el incumplimiento de los artículos 45 y 93 del TUO de las Condiciones de Uso, respecto al primer semestre del año 2020.
- (ii) DESESTIMAR la solicitud de nulidad formulada por FIBERLUX S.A.C.
- (iii) MODIFICAR de 45,4 UIT a 36,4 UIT el monto de la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 45 del TUO de las Condiciones de Uso.
- (iv) MODIFICAR de 51 UIT a 34,3 UIT el monto de la multa impuesta por el incumplimiento del artículo 93 del TUO de las Condiciones de Uso.

Atentamente,



<sup>11</sup> Por la comisión de la infracción leve tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por haber incumplido lo estipulado en el artículo 45 de la referida norma, respecto de interrupciones ocurridas en el primer semestre de 2018.