



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00229-2022-GG/OSIPTEL

Lima, 20 de julio de 2022

EXPEDIENTE Nº	:	00008-2022-GG-DFI/PAS
MATERIA	:	Procedimiento Administrativo Sancionador
ADMINISTRADO	:	FIBERLUX S.A.C.

VISTO: El Informe N° 041-DFI/2022 de fecha 30 de marzo de 2022, emitido por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa FIBERLUX S.A.C. (FIBERLUX), por presuntamente haber incurrido en la infracción tipificada en el artículo 2 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 y modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso), por cuanto habría incumplido lo establecido en el tercer párrafo del artículo 17 de la referida norma.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.-

1. Mediante el Informe N° 352-DFI/SDF/2021 de fecha 23 de diciembre de 2021 (**Informe de Supervisión**), la DFI emitió el resultado de la verificación del cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 16, así como el tercer y quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de marzo de 2021, cuya conclusión y recomendación fueron las siguientes:

"V. CONCLUSIONES

47. FIBERLUX S.A.C., habría incumplido con lo dispuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 17° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 096-2018-CD/OSIPTEL, puesto que en seis (6) contratos de abonados analizados, habría incumplido con indicar las modalidades del servicio ofrecido, así como la velocidad mínima garantizada respectivamente, tal como se ha detallado en el numeral 3.2. del presente informe de supervisión y el Anexo 1 adjunto.

(...)

VI. RECOMENDACIONES

*49. Recomendar el inicio de un **Procedimiento Administrativo Sancionador** a FIBERLUX S.A.C., por la presunta infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 respecto del presunto incumplimiento del tercer párrafo del artículo 17 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 096-2018-CD/OSIPTEL de*



BICENTENARIO
PERÚ 2021



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

conformidad con lo expuesto en el numeral 3.2 del presente informe de supervisión.
(...)?

2. A través de carta N° 00048-DFI/2022, de fecha 11 enero de 2022, la DFI comunicó a FIBERLUX el inicio de un PAS, otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
3. Mediante escrito N° 0002-LEG-FLX-2022, de fecha 13 de enero de 2022, FIBERLUX solicitó las copias correspondientes al Expediente N° 00089-2021-DFI.
4. A través de carta N° 00119-DFI/2022, de fecha 18 de enero de 2022, la DFI remite el Informe N° 00352-DFI/SDF/2021 y su anexo, otorgando diez (10) días hábiles adicionales para que FIBERLUX pueda remitir sus descargos.
5. Asimismo, mediante carta N° 0003-LEG-FLX-2022, de fecha 18 de enero de 2022, FIBERLUX solicita la ampliación de plazo con la finalidad de remitir sus descargos.
6. Con carta N° 00178-DFI/2022, de fecha 26 de enero de 2022, la DFI remite la copia de expedientes solicitada por FIBERLUX, otorgando cinco (5) días adicionales al plazo otorgado en la carta N° 00119-DFI/2022 para que la empresa operadora remita sus descargos.
7. Mediante escrito N° 0007-LEG-FLX-2022, recibido el 9 de febrero de 2022, FIBERLUX presentó sus descargos (**Descargo 1**).
8. Con fecha 30 de marzo de 2022, la DFI remitió a la Gerencia General el Informe N° 00041-DFI/2022 (**Informe Final de Instrucción**), con el análisis del **Descargo 1** presentado por FIBERLUX.
9. A través de la carta N° 00224-GG/2022, de fecha 4 de abril de 2022, se puso en conocimiento de FIBERLUX el Informe Final de Instrucción, otorgándole cinco (5) días hábiles para la remisión de sus descargos.
10. Por medio de la carta N° 0015-LEG-FLX-2022, recibida el 11 de abril de 2022, FIBERLUX presentó sus descargos con relación al Informe Final de Instrucción (**Descargo 2**).
11. Con Memorando N° 00227-GG/2022, de fecha 2 de junio de 2022, la Gerencia General solicitó a la DFI realizar el análisis de medios probatorios presentados por FIBERLUX en su **Descargo 2**; el cual fue atendido por la DFI mediante el Memorando N° 00837-DFI/2022 (**MEMORANDO 837**), de fecha 9 de junio de 2022.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. –

De conformidad con el artículo 40 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, este Organismo es competente para imponer sanciones y medidas correctivas a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: b*1E7kq962U96



Así también, el artículo 41 del mencionado Reglamento General señala que esta función fiscalizadora y sancionadora puede ser ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL de oficio o por denuncia de parte, contando para el desarrollo de sus funciones, con el apoyo de una o más gerencias, que estarán a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso.

De conformidad con lo expuesto en el Informe de Supervisión, el presente PAS se inició contra FIBERLUX por presuntamente haber incurrido en una (1) infracción tipificada como leve, conforme al siguiente detalle:

Resumen del incumplimiento imputado

Norma Incumplida		Norma que tipifica la infracción	Calificación de la Infracción	Conducta Imputada
Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias	Tercer párrafo del artículo 17	Artículo 2 de Anexo 5	Leve	En seis (6) contratos de abonado del servicio de acceso a internet fijo, no habría incluido información referente a la modalidad del servicio ofrecido y a la velocidad mínima garantizada. Periodo: Enero a marzo de 2021

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el numeral 8 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado con Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG), la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable y, para que la conducta sea calificada como infracción es necesario que sea idónea y tenga la aptitud suficiente para producir la lesión que comporta la contravención al ordenamiento, debiendo descartarse los supuestos de caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o la propia conducta del perjudicado¹, que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, conforme a lo establecido por el numeral 252.3 del artículo 252 del TUO de la LPAG, la autoridad administrativa tiene la facultad de declarar de oficio la prescripción y dar por concluido el procedimiento administrativo sancionador cuando advierta que se ha cumplido el plazo para determinar infracciones.

Por su parte, el artículo 259 del citado TUO fija en nueve (9) meses el plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, transcurrido el cual sin que se haya notificado la resolución correspondiente, se entiende automáticamente caducado el procedimiento, lo cual será declarado de oficio.

Al respecto, en el presente caso, de la verificación y constatación de los plazos, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a FIBERLUX por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito, así como tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento.

¹ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Página N° 539.





Por consiguiente, corresponde analizar los argumentos presentados por la referida empresa a través de sus Descargos 1 y 2 (en adelante, Descargos), respecto a la imputación de cargos formulada por la DFI.

2.1 ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS. –

Respecto al cumplimiento del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso.-

FIBERLUX sostiene que no habría incumplido con lo dispuesto en el tercer y quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, dado que el tipo de servicio brindado (Internet Dedicado) y su modelo de contrato no se enmarca en los modelos de contrato tipo establecidos por el regulador. Según la empresa operadora, los contratos evaluados pertenecen a un servicio con características especiales, dirigidos a un público específico y bajo la definición del cuarto párrafo de referido artículo, que señala lo siguiente:

“Artículo 17.- Modelo de contrato de servicios públicos de telecomunicaciones:

(...)

El primer párrafo no resulta aplicable para las contrataciones suscritas en el marco de convocatorias o negociaciones de carácter público o privado en las cuales la oferta ha sido diseñada de manera específica.

(...)”

Asimismo, la empresa argumenta que si bien existió un error de tipificación en el título de los contratos de abonados, este servicio trata propiamente de un Internet Dedicado.

Bajo ese contexto, para la empresa operadora, la imputación respecto del incumplimiento del artículo 16 del TUO de las Condiciones de Uso no sería correcta, puesto que, el servicio observado no se trataría de un arrendamiento de circuitos, sino de un Internet Dedicado. Por lo tanto, FIBERLUX sostiene que, de acuerdo a la regulación vigente, dicho servicio se enmarca en la figura de contrataciones suscritas en el marco de convocatorias o negociaciones de carácter público o privado en las cuales la oferta ha sido diseñada de manera específica, siendo inaplicable las condiciones establecidas en el artículo 16° de la referida norma.

Por otro lado, la empresa operadora alega que de acuerdo a lo señalado en el tercer párrafo del artículo 17 de la norma materia de controversia, los contratos de sus abonados deben contener, como mínimo, la información a que se refieren los numerales (i), (v), (vi), (vii), (x), (xi), (xii), y (xv) del artículo 6 del TUO de las Condiciones de Uso. Por lo cual, para la empresa operadora, la característica sobre tipo de plan tarifario no está contemplada como información mínima exigida en los contratos de abonados.

FIBERLUX agrega que, sus contratos sí cumplen con indicar la información requerida por la norma, a pesar de no señalar expresamente la velocidad de transmisión mínima garantizada de descarga (downlink) y envío de información (uplink) en algunos de los contratos evaluados; en virtud de lo alegado, la empresa remite el **ANEXO 1**. En esa línea de razonamiento, la empresa operadora refiere que la tecnología que usa para brindar sus servicios de telecomunicaciones es GPON con fibra óptica, cuya velocidad es simétrica (subida y bajada), la cual está debidamente indicada en su página web, al alcance de sus clientes.





Aunado a ello, FIBERLUX sostiene que, con posterioridad al periodo comprendido entre enero y marzo de 2021, su personal procedió a realizar las modificaciones correspondientes en sus modelos de contratos para no incurrir en el mismo error.

Sobre el particular, respecto a lo alegado por la empresa operadora sobre el primer párrafo del artículo 16 y quinto párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, corresponde indicar que en la presente Resolución no se evaluarán dichos argumentos, puesto que, este PAS ha sido iniciado por el presunto incumplimiento de lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 17 de la citada norma. Por ende, esta Instancia solo evaluará los argumentos que tengan relación a este último presunto incumplimiento.

Asimismo, es importante tener presente que la evaluación realizada mediante el Informe de Supervisión verificó el cumplimiento, entre otras, de la obligación establecida en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, en relación a los contratos del servicio de acceso a internet brindados a través de fibra óptica, durante el periodo entre el 1 de enero al 31 de marzo de 2021. En ese sentido, el Órgano Supervisor evaluó el texto aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTTEL y modificado por la Resolución N° 096-2018-CD/OSIPTTEL, vigente durante la celebración de los contratos analizados.

Considerando ello, los argumentos presentados por FIBERLUX referentes a que sus contratos no se enmarcarían en los modelos de contrato tipo, dado que estos corresponden a un servicio con características especiales, cabe indicar que el incumplimiento imputado a la empresa operadora no es el de no emplear los contratos tipo aprobados por el OSIPTTEL.

La obligación a la que hace referencia la entidad supervisada fue introducida a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 00153-2020-CD/OSIPTTEL y se encuentra vigente desde el 1 de abril de 2021, fecha posterior al periodo evaluado.

Por ello, la excepción señalada por la empresa operadora referente a que el primer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso no le resulta aplicable, dado que las contrataciones suscritas fueron realizadas en el marco de convocatorias o negociaciones de carácter público o privado en las cuales la oferta ha sido diseñada de manera específica, corresponde a la obligación de emplear contratos tipo aprobados por el OSIPTTEL, y no a la obligación evaluada en el presente PAS.

Cabe reiterar que, en el presente caso, se evalúa el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso², vigente al momento de la celebración de los contratos suscritos durante el periodo entre enero a marzo de 2021, que señalaba lo siguiente:

“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

² Texto aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTTEL y modificado por la Resolución N° 096-2018-CD/OSIPTTEL.





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.

(...)"

De la norma citada se advierte que la empresa operadora tiene la obligación de incluir en los contratos de sus abonados el detalle de las tarifas aplicables, así como, la información consignada en el artículo 6 -de la misma norma-, de los siguientes numerales:

- 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.

De lo anterior se desprende que si un contrato de abonado no contiene esta información -como mínimo-, estaría vulnerando lo establecido en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso.

Bajo ese contexto, con el objetivo de verificar el cumplimiento de lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 17 de la citada norma, el Órgano Supervisor solicitó, mediante carta N° 00914-DFI/2021, a FIBERLUX la remisión de la siguiente información:

- i) El número de contratos celebrados por el servicio de internet a través de fibra óptica, dentro del periodo de enero a marzo de 2021, diferenciados por cada modelo de contrato de abonado utilizado.
- ii) Dos (2) contratos suscritos correspondientes a cada uno de los modelos señalados en el numeral i).

En atención a ello, la empresa operadora remitió la carta N° 0028-LEG-FLX-2021, en la cual señaló que celebró mil ochenta y nueve (1089) contratos de servicio de internet por fibra óptica durante el referido periodo, tal como se detalla en el cuadro 1:





Cuadro 1

Período desde enero hasta marzo de 2021			
N° de Orden	Oferta comercial	Planes tarifarios (cantidad remitida por la empresa operadora)	Cantidad celebrada por la empresa operadora
1	Planes Nubyx Residencial	Nubyx 100Mbps (2 modelos)	786
2		Nubyx 150Mbps (2 modelos)	141
3		Nubyx 300Mbps (2 modelos)	145
4		Nubyx 500Mbps (2 modelos)	17

FUENTE: Informe de Supervisión

Asimismo, FIBERLUX remitió dos (2) contratos por cada plan tarifario, conforme al siguiente detalle:

Cuadro 2

N°	Fecha de contratación	Nombre del abonado	Oferta comercial/Plan tarifario	Nombre del Contrato
1	08/01/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 100Mbps	"Contrato de Arrendamiento de Circuitos y/o acceso a Internet Nubyx"
2	02/02/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 100Mbps	"Contrato de Arrendamiento de Circuitos y/o acceso a Internet Nubyx"
3	03/02/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 150Mbps	"Contrato de Arrendamiento de Circuitos y/o acceso a Internet Nubyx"
4	13/02/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 150Mbps	"Contrato de Arrendamiento de Circuitos y/o acceso a Internet Nubyx"
5	06/01/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 300Mbps	"Contrato de Arrendamiento de Circuitos y/o acceso a Internet Nubyx"
6	09/04/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 300Mbps	"Contrato de Arrendamiento de Circuitos y/o acceso a Internet Nubyx"
7	24/01/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 500Mbps	"Contrato de Prestación del servicio de acceso a Internet fijo postpago"
8	14/02/2021	[REDACTED]	Plan Residencial/Nubyx 500Mbps	"Contrato de Prestación del servicio de acceso a Internet fijo postpago"





De ese modo, la DFI analizó el contenido de siete (7)³ contratos remitidos por FIBERLUX, y advirtió que en seis (6) contratos no se consignaba la **modalidad** del servicio ofrecido, así como tampoco se indicaba la **velocidad de transmisión mínima garantizada para los casos de velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink)**. Por lo tanto, se concluyó -en el Informe de Supervisión- que la empresa operadora incumplió con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso.

Ahora bien, la empresa operadora refiere que no incurrió en incumplimiento alguno, toda vez que sí cumplió con incluir la información exigida en el artículo 17 del TUO de las Condiciones. En virtud de ello, esta Instancia solicitó el análisis de los medios probatorios presentados por FIBERLUX en sus descargos al Informe Final de Instrucción; siendo atendida por la DFI mediante el MEMORANDO 837⁴, concluyendo lo siguiente:

"(...) de la revisión de los medios probatorios presentados por FIBERLUX, se verifica que estos pretenden sustentar que los contratos observados sí contienen la información exigida en el artículo 6° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto de la velocidad mínima garantizada, y consisten en lo siguiente:

1. Imagen del Anexo 1 del contrato del abonado [REDACTED]
2. Imagen del Anexo 1 del contrato del abonado [REDACTED]
3. Imagen del Anexo 1 del contrato del abonado [REDACTED]
4. Imagen del Anexo 1 del contrato del abonado [REDACTED]
5. Imagen del Anexo 1 del contrato del abonado [REDACTED]

(...)

En efecto, en dichas imágenes, tal como ha sido señalado en el numeral 5.1 del IFI, si bien se observa que FIBERLUX ha consignado un valor de velocidad mínima garantizada (50%), no se especifica la velocidad de transmisión mínima garantizada de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), tal como lo establece el tercer párrafo del artículo 17° del TUO de las Condiciones de Uso, en concordancia con lo dispuesto en el literal (xi) del artículo 6° de la misma norma."

Sobre lo citado, cabe precisar que -en conformidad con lo señalado en el Informe Final de Instrucción- en el contrato del Señor [REDACTED] sí se cumple con consignar expresamente la modalidad del servicio contratado en dicho contrato, por lo tanto, corresponde archivar la imputación en este extremo.

Sin perjuicio de ello, los medios probatorios presentados FIBERLUX no permiten desvirtuar la imputación realizada por la DFI, puesto que, se advierte lo siguiente:

- En cinco (5) contratos de abonado no se cumplen con señalar de manera expresa la modalidad del servicio contratado⁵.

³ Un (1) contrato de los ocho (8) presentados por FIBERLUX pertenece a un periodo distinto al evaluado en el presente procedimiento, contrato del Señor [REDACTED]

⁴ Es importante precisar que de las siete (7) imágenes presentadas por FIBERLUX en sus Descargos, dos (2) imágenes corresponden a los contratos de los abonados de [REDACTED] los cuales no fueron evaluados, toda vez que no versan sobre la imputación realizada a FIBERLUX en el presente caso.

⁵ Los contratos que no cumplen con señalar la modalidad del servicio contratado corresponden a los abonados [REDACTED]





- En seis (6) contratos de abonado no cumplen con señalar, de manera expresa, la velocidad mínima garantizada para la velocidad de descarga (downlink) y envío de información (uplink)⁶.

Por otro lado, la empresa operadora argumenta que la tecnología que usa para brindar sus servicios es "GPON con fibra óptica", cuya velocidad de transmisión es simétrica (subida y bajada). Al respecto, cabe precisar que la norma no establece excepciones a su cumplimiento de acuerdo a la tecnología implementada.

De ahí que, independientemente de la publicación en su página web sobre el tipo de tecnología empleada, FIBERLUX tenía la obligación legal de incluir, en los contratos de abonados, la velocidad de transmisión contratada y velocidad de transmisión mínima garantizada para la velocidad de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), así como, las condiciones que influyen en dichas velocidades.

En cuanto a las modificaciones realizadas a los modelos de contratos empleados por la empresa operadora, es pertinente precisar que la mera invocación de un hecho atenuante de responsabilidad no es suficiente para acreditar su ocurrencia. Por ende, es necesario que esta afirmación se acompañe de medios probatorios suficientes que fundamenten lo sostenido por la empresa operadora.

Considerando ello, cabe señalar que la empresa operadora no ha remitido medio probatorio alguno que acredite las modificaciones hechas a los contratos de abonados; de manera que, no es posible para esta Instancia determinar la veracidad de lo afirmado por la entidad supervisada.

Por lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos presentados por FIBERLUX en este extremo.

2.2 RESPECTO DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE RAZONABILIDAD. –

En cuanto a la aplicación del Principio de Razonabilidad, corresponde señalar que el mismo se encuentra reconocido a nivel legal a través del numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, por el cual las decisiones de las autoridades cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido.

Al respecto, es preciso resaltar que el inicio de un PAS no necesariamente supone la conclusión inevitable de la imposición de una multa, sin embargo, de ser el caso, la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL – Ley N° 27336 (LDFF) en su artículo 30 y el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, también contienen los criterios a considerar para la imposición y gradación de la misma, dentro de los cuales se encuentra la razonabilidad y proporcionalidad.

En esa línea, el Principio de Razonabilidad, racionaliza la actividad sancionadora de la Administración. De esta manera, se evita que la autoridad administrativa desborde su actuación represiva, encausándola dentro de un criterio de ponderación, medida y

⁶ Los contratos que no cumplen con señalar la velocidad mínima garantizada para la velocidad de descarga (downlink) y envío de información (uplink) corresponden a los abonados [REDACTED]





equilibrio, como la alternativa última de entre las que menos gravosas resulten para el administrado⁷. Por lo tanto, se evaluará este principio en sus tres dimensiones: juicio de idoneidad, juicio de necesidad y juicio de proporcionalidad.

En cuanto al juicio de idoneidad o adecuación, es pertinente indicar que las sanciones administrativas cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, y tienen dos efectos: el represivo y el disuasivo. El efecto represivo es entendido como un gravamen a consecuencia de una conducta lesiva a un bien jurídico protegido producido por una infracción administrativa. El efecto disuasivo es el desincentivo para la comisión de futuras infracciones.

Respecto del propósito represivo de la norma, el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso afecta de manera directa al derecho de los abonados de recibir la información mínima necesaria para que este pueda elegir adecuadamente el servicio a contratar y posteriormente, administrarlo de acuerdo a los términos consignados en el contrato suscrito.

En esa línea, incluir la modalidad del servicio ofrecido de forma expresa permite al abonado conocer el régimen al que se sujeta la contratación de determinado servicio y de acuerdo a ello la modalidad de pago, asimismo, con esta información el abonado puede conocer bajo que modalidades se presta determinado servicio, es decir, si se puede adquirir como prepago, postpago o control.

Además, al no incluir la velocidad de transmisión mínima garantizada en Megabits por segundo (Mbps) en el contrato de forma expresa para los casos de velocidad de descarga (downlink) y envío de información (uplink), se dificulta al abonado reclamar que en caso no se cumpla con la velocidad mínima garantizada, al desconocerla. Asimismo, la inclusión de esta información es necesaria toda vez que influye en la decisión del contratante, dado que mientras mayor sea la transmisión de Megabits por segundo, más veloz será el servicio.

Por otro lado, el efecto disuasivo busca que las empresas operadoras adopten las medidas que sean necesarias para dar oportuno cumplimiento a las obligaciones que se encuentran ya establecidas en el TUO de las Condiciones de Uso, en el caso en particular, se espera que de imponerse la sanción, FIBERLUX asuma en adelante un comportamiento diligente, adoptando para ello las acciones que resulten necesarias, de tal modo que no incurra en nuevas infracciones, en específico, vinculadas con el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el tercer párrafo del artículo 17 de la citada norma.

Ahora bien, para determinar el inicio del presente PAS, se consideró la relevancia del bien jurídico establecido en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso. Así, se advierte que FIBERLUX al incumplir la obligación imputada, afectó el derecho de los abonados de tener en sus contratos la información mínima necesaria para la contratación informada de un servicio y la administración adecuada del servicio ya contratado.

Respecto del **juicio de necesidad**, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con

⁷ PEDRESCHI GARCÉS, Willy. Análisis sobre la Potestad sancionadora de la Administrada Pública y el Procedimiento Administrativo Sancionador en el marco de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General en comentarios a la Ley del procedimiento Administrativo General. Lima: ARA Editores, Segunda Parte, 2003, p.530.





similar eficacia con los fines previstos para la sanción. Por lo que estamos frente a un juicio comparativo entre todas las sanciones legalmente autorizadas a la autoridad competente para este tipo de infracciones, en relación con la intensidad de la lesión a aplicarse a los administrados, siendo que prevalecen aquellas que resulten lo menos restrictivas a sus patrimonios o derechos.

En ese sentido, cabe señalar que el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL -hoy Reglamento General de Fiscalización⁸-, tanto al momento de realizada la supervisión que dio origen al presente PAS como al momento del inicio del mismo, establecía la figura de la Comunicación Preventiva⁹ como aquella que comunica el resultado del monitoreo respecto de una obligación, con la finalidad que la empresa operadora adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados.

Entonces, si bien el enfoque de prevención en la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL se encontraba materializado en la realización de monitoreos a través de los cuales se buscaba tomar conocimiento del comportamiento de las empresas operadoras y, de ser el caso, prevenir la comisión de futuras infracciones; tal situación no se verificó en el presente caso, resultando inaplicable la Comunicación Preventiva, pues los hechos que dieron inicio al presente PAS fueron analizados en el marco de una supervisión y no de un monitoreo.

De igual forma, tampoco resultaba de aplicación, al momento de iniciar el presente PAS, una Medida de Advertencia, toda vez que el presente caso no se subsume en ninguno de los supuestos del artículo 30¹⁰ de la referida norma vigente durante la fecha de la comisión de la infracción.

Respecto a la aplicación de una Medida Correctiva, debe de señalarse que dicha facultad se utiliza según la trascendencia del bien jurídico protegido en el caso concreto, es decir, la elección de esta medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la

⁸ Aprobada por Resolución N° 00259-2022-CD/OSIPTTEL, norma que modifica el Reglamento General de Supervisión.

⁹ **Artículo 7.- Comunicación Preventiva**

La Gerencia de Fiscalización y Supervisión podrá comunicar a la entidad supervisada el resultado del monitoreo respecto de una determinada obligación, con la finalidad que ésta adopte las acciones correspondientes para solucionar los problemas detectados."

¹⁰ **Artículo 30.- Medidas de Advertencia**

Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.

La medida de advertencia a ser comunicada será establecida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión mediante un documento escrito dirigido a la entidad supervisada que adjunte el Informe de Supervisión que lo sustenta, al que se hace referencia en el artículo 15 del presente Reglamento.

Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:

- a) Cuando el incumplimiento versa sobre una norma que ha entrado en vigencia, siempre que la acción de supervisión se haya desarrollado dentro del primer trimestre de dicha entrada en vigencia.*
 - b) En el marco de la primera acción de supervisión sobre determinada materia que se realiza a una entidad supervisada dentro del primer año en que, en virtud de su reciente título habilitante, inicia la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.*
 - c) Que el incumplimiento detectado en la acción de supervisión haya sido corregido dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de su detección y comunicado al OSIPTTEL a más tardar al día hábil siguiente del vencimiento de dicho plazo, así como que se estime que la conducta infractora no causó daño efectivo o potencial.*
 - d) Cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el artículo 16 del presente Reglamento, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final.*
 - e) Que la entidad supervisada se exceda hasta en tres (3) días del plazo establecido para la entrega de información solicitada mediante escrito del OSIPTTEL, cuando en dicho escrito se hubiere precisado que la entrega de la información requerida estaba calificada como obligatoria y cuyo plazo era perentorio.*
- (...)"





norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

En este punto, es importante considerar que la Exposición de Motivos de la Resolución N° 056-2017-CD/OSIPTTEL que modificó el Reglamento General de Infracciones y Sanciones (RGIS)¹¹ sugiere que la medida correctiva se puede aplicar en el caso de infracciones administrativas de reducido beneficio ilícito, cuya probabilidad de detección es elevada y en la que no se han presentado factores agravantes.

En ese sentido, cabe precisar que, la infracción en la que incurre FIBERLUX posee la probabilidad de detección media y el beneficio ilícito resultante de la comisión de dichas infracciones no es reducido. El beneficio ilícito, para el presente caso, se encuentra representado por el costo evitado en el que debió incurrir la empresa operadora con la finalidad de adecuar sus contratos a las disposiciones establecidas en la norma vigente, específicamente a lo señalado en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, en cuanto a la inclusión de la modalidad del servicio contratado y la velocidad mínima garantizada.

En virtud de lo señalado y a la importancia del bien jurídico protegido, esta Instancia concuerda con el Órgano Instructor en que el inicio de un PAS era el único medio viable para persuadir a FIBERLUX a que, en lo sucesivo, evite incurrir en un nuevo incumplimiento de la obligación antes mencionada.

En cuanto al juicio de proporcionalidad, se busca establecer que el grado de la sanción guarde una relación equivalente o proporcional –ventajas y desventajas– con el fin que se procura alcanzar. Por este juicio, se debe realizar una ponderación o balance de costo-beneficio de la sanción a aplicarse, entre los intereses y derechos sacrificados y el fin público que persigue la sanción, pero contextualizándolo con los hechos y circunstancias determinantes de la responsabilidad del infractor.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, cabe indicar que efectivamente se cumple dicho parámetro en el presente PAS, toda vez que se busca generar un incentivo para que en lo sucesivo FIBERLUX sea más cautelosa en lo que concierne al cumplimiento de la normatividad que involucra su actividad.

Además, es preciso recordar que FIBERLUX es una empresa que presta servicios públicos de telecomunicaciones, quien desarrolla una actividad que le ha sido encargada mediante una concesión otorgada por el Estado peruano. Por ello, se encuentra obligada a contar con los procesos adecuados y personal capacitado para la elaboración de contratos de prestación de servicios, según la normativa aplicable.

En ese sentido, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés general, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora. Por lo que, en el presente caso, se cumple con los parámetros del juicio de proporcionalidad.

De acuerdo a ello, el inicio del presente PAS ha observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan que el inicio de este se ajusta a una medida idónea, necesaria y proporcional.



¹¹ Aprobado con Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL y modificatorias.



2.3 RESPECTO A LA APLICACIÓN DE LAS CONDICIONES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD. –

Una vez determinada la comisión de las infracciones en el presente caso, corresponde que esta Instancia evalúe si se ha configurado alguna de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, como en el artículo 5° del RGIS:

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que FIBERLUX no ha acreditado que el incumplimiento imputado se produjo como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio. Por lo tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa: De lo analizado en el presente procedimiento, se advierte que FIBERLUX no ha acreditado que el incumplimiento detectado se debió a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La incapacidad mental debidamente comprobada por autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción: Por la naturaleza de este eximente, no corresponde aplicar el mismo en este caso.
- La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones: De lo analizado en el presente procedimiento se advierte que FIBERLUX no ha acreditado que el incumplimiento detectado se debió al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, no corresponde aplicar el supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal: De lo evaluado en el presente procedimiento se concluye que FIBERLUX no ha acreditado que el incumplimiento imputado, se debió al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal. Por lo tanto, no corresponde aplicar el referido supuesto de eximente de responsabilidad en este extremo.
- La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255 del TUO de la LPAG: La subsanación voluntaria ocurrida antes de la notificación del intento de sanción constituye una condición eximente de responsabilidad.

Sobre el particular, con la finalidad de determinar si en el presente caso se ha configurado la condición de responsabilidad establecida en el literal f) del numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG, corresponderá analizar si han **concurrido** las siguientes circunstancias:

- La empresa operadora deberá acreditar que la comisión de la infracción cesó;





- La empresa operadora deberá acreditar que revirtió los efectos derivados de la misma;
- La subsanación (cese y reversión) deberá haberse producido antes de la notificación del inicio del procedimiento sancionador; y,
- La subsanación no debe haberse producido como consecuencia de un requerimiento del OSIPTEL de subsanación o de cumplimiento de la obligación, consignado expresamente en carta o resolución.

Conviene precisar que, si bien en un PAS la carga de la prueba del hecho que configura la infracción recae en los órganos encargados del procedimiento sancionador; la carga de la prueba de los eximentes y atenuantes de responsabilidad corresponde al administrado que los plantea.

En esa línea, Nieto¹² -haciendo alusión a una sentencia del Tribunal Constitucional Español- señala que en una acción punitiva, la carga de la prueba se distribuye de la siguiente manera: al órgano sancionador le corresponde probar los hechos que constituyen la infracción administrativa, y; el administrado investigado debe probar los hechos que pueden resultar excluyentes de su responsabilidad; y, de ser el caso, atenuantes.

Asimismo, cabe señalar que, dependiendo de la naturaleza del incumplimiento de determinada obligación y de la oportunidad en la que ella ocurra, existirán incumplimientos que para ser subsanados requerirá, además del cese de la conducta, la reversión de los efectos generados por la misma. Por otro lado, debe precisarse que existirán aquellos incumplimientos cuyos efectos resulten fáctica y jurídicamente irreversibles. Serán en estos últimos casos, donde la subsanación no resultará posible y, por ende, no se configurará el eximente de responsabilidad establecido por el TUO de la LPAG.

Por ello, corresponde analizar la infracción cometida por FIBERLUX a efectos de determinar si ha sido subsanada de forma voluntaria, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos del presente PAS, así como si la conducta infractora se adecuó a la norma (cesó), y a su vez si los efectos derivados de la referida conducta fueron revertidos.

En el presente caso, considerando la naturaleza de la obligación incumplida, no es posible el cese de la conducta infractora, dado que la infracción se configuró con la suscripción de los contratos de abonados. La celebración de estos contratos se efectuó en un momento determinado, por ende, ya no puede emplearse un modelo de contrato acorde a la normativa en una contratación que ya fue celebrada y perfeccionada entre la empresa operadora y el abonado. Lo anterior, sin perjuicio de que FIBERLUX no ha presentado alegaciones ni medios de prueba, sobre el particular.

De ese modo, esta instancia verifica que no corresponde continuar con el análisis para la aplicación del referido eximente de responsabilidad, toda vez que no ha concurrido uno de los requisitos para su configuración.

Por lo expuesto, en virtud de la información obrante en los expedientes del PAS y de supervisión, se concluye que, en el presente caso, no corresponde la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad establecidas en el numeral 1 del artículo 257 del TUO de la LPAG.

¹² NIETO GARCIA, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. 4ta edición. Tecnos. Madrid, 2005. P. 424.





III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN. –

3.1 Criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocido por el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por las infracciones administrativas evidenciadas, se deben tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, según los cuales debe preverse que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere los siguientes criterios:

a) Beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción:

Dicho criterio se sustenta en que, para que una sanción cumpla con la función de desincentivar las conductas infractoras, es necesario que el infractor no obtenga un beneficio por dejar de cumplir las normas. Este beneficio ilícito no solo está asociado a las posibles ganancias obtenidas con la comisión de una infracción, sino también con el costo no asumido por las empresas operadoras para dar cumplimiento a las normas.

En efecto, se considera que el beneficio ilícito que la empresa ha obtenido con su conducta infractora es un costo evitado, el cual está constituido por el costo evitado en el mantenimiento y gestión de un sistema (equipo, software, personal) que asegure el diseño de modelos de contratos de prestación de servicios conforme a las normas vigentes, en este caso, referente a la modalidad de servicio ofrecido y a la velocidad mínima garantiza para los casos de descarga (downlink) y envío de información (uplink), así como el costo evitado para dar a conocer internamente la normativa relacionada a la información mínima que debe contener los contratos de abonados.

Asimismo, se ha considerado el ingreso ilícito que la empresa operadora habría obtenido por cada contrato suscrito a partir de un modelo de contrato que no se encuentre conforme con la normatividad vigente.

b) Probabilidad de detección de la infracción:

Este criterio está representado por la probabilidad de que la infracción sea detectada por el OSIPTEL. En un caso óptimo, la probabilidad de detección debería calcularse como la cantidad de veces que la autoridad administrativa consigue descubrir al infractor entre el total de infracciones cometidas. Sin embargo, ante la imposibilidad de tener conocimiento del total de infracciones incurridas, se tiene que recurrir a formas alternativas para estimar dicha probabilidad.

De acuerdo a la naturaleza de la infracción analizada por el incumplimiento de la obligación prevista en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, la detección de su incumplimiento es media, puesto que el OSIPTEL no puede conocer si FIBERLUX está cumpliendo con lo dispuesto en la referida norma en la totalidad de los contratos suscritos en el periodo de enero a marzo de 2021, dado que el análisis se realizó basándose en una muestra de los modelos de contrato remitidos a este Organismo, y que la supervisión





respecto del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso no se realiza de manera periódica.

c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

Este criterio está contemplado también en los literales a) y b) del artículo 30 de la LDFF, referidos a la naturaleza y gravedad de la infracción y el daño causado por la conducta infractora.

Así, de lo actuado se verifica que FIBERLUX afectó el derecho de los abonados a recibir un contrato para la prestación de los servicios de telecomunicaciones que contenga la información mínima, la cual es sumamente necesaria para que los abonados puedan tener los elementos necesarios para la contratación informada de un servicio, así como la administración adecuada del mismo cuando este ha sido adquirido.

Por ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, al incumplir con lo dispuesto en el artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, FIBERLUX incurrió en una (1) infracción leve, con lo cual correspondería sancionarla con una multa de entre media (0,5) y cincuenta (50) UIT, según lo establecido por el artículo 25 de la LDFF.

d) Perjuicio económico causado:

Este criterio hace referencia al daño, únicamente de tipo pecuniario, que pudiesen sufrir los administrados frente a comportamientos antijurídicos por parte de las empresas operadoras.

En el presente caso, respecto al incumplimiento del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso, no existen elementos objetivos que permitan cuantificar la magnitud del perjuicio económico causado. No obstante, conforme a lo expuesto de manera precedente, es evidente que existe un perjuicio a los abonados que contrataron el servicio de acceso a internet a través de la fibra óptica entre enero a marzo de 2021.

e) Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia en el marco de lo dispuesto en el literal e) del numeral 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG.

f) Circunstancias de la comisión de la infracción:

En el presente caso, se advierte que no ha actuado diligentemente, toda vez que no ha cumplido con incluir dentro de sus contratos la información mínima requerida por el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso.

Al respecto, es importante precisar que la obligación exigida a FIBERLUX, fue introducida mediante el Artículo Primero de la Resolución N° 084-2006-CD-OSIPTEL, publicada el 7 de enero de 2007, la misma que fue modificada mediante el Artículo Primero de la Resolución N° 096-2018-CD-OSIPTEL, publicada el 1 de mayo de 2018, que entró en vigencia el 1 de julio de 2018.





Además, es pertinente precisar que si bien la cantidad de contratos analizados fueron siete (7), el número de contratos celebrados por la empresa operadora durante el periodo de enero a marzo de 2021 asciende a mil ochenta y nueve (1089) abonados, por lo cual, la conducta detectada habría afectado a la totalidad de los contratos celebrados.

g) Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En el presente PAS no se ha evidenciado la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones. Sin embargo, se evidencia una actitud negligente de parte de FIBERLUX para adecuar su comportamiento a la normativa vigente.

Bajo las consideraciones expuestas, atendiendo a los hechos acreditados en el presente PAS, así como, luego de haberse analizado cada uno de los criterios propios del Principio de Razonabilidad reconocidos en el TUO de la LPAG (en específico, a los criterios de “beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción” y “probabilidad de detección de la infracción”), corresponde sancionar a FIBERLUX con una multa de **50 UIT**¹³ por la comisión de la infracción tipificada como **leve** en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones, por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 17 de la norma referida; de acuerdo a los criterios previstos en la Guía de Cálculo - 2019¹⁴, aprobada por el Consejo Directivo mediante Acuerdo N° 726/3544/19 del 26 de diciembre de 2019.

No obstante, cabe resaltar que uno de los Principios que rige la potestad sancionadora de la Administración Pública es el Principio de Irretroactividad, contemplado en el numeral 5 del artículo 248 del TUO de la LPAG, el cual establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento de la comisión de la infracción por parte de los administrados¹⁵; sin embargo, dicho principio tiene como excepción a la retroactividad benigna.

Al respecto, la aplicación retroactiva de las normas se produce cuando a un hecho, relación o situación jurídica se le aplica una norma que entró en vigencia después de que este se produjera; es decir, en el supuesto de que una nueva norma establezca de manera integral una consecuencia más beneficiosa en comparación con la norma que estuvo vigente cuando se cometió la infracción, debe aplicarse retroactivamente la nueva norma por ser más beneficiosa, pese a que ella no haya estado vigente al momento de la comisión del hecho ilícito. De acuerdo a la precitada disposición del TUO de la LPAG, las disposiciones sancionadoras posteriores deberán referirse a la (i) tipificación de la infracción, (ii) los plazos de prescripción o (iii) la sanción en sí.

Dicho eso, debe de señalarse que con fecha 11 de diciembre de 2021, se publicó la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTTEL a través de la cual se aprobó la Metodología de Cálculo para la Determinación de Multas en los Procedimientos Administrativos

¹³ Multa reconducida al valor máximo de la multa para la infracción leve, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley N° 27336; toda vez que la multa estimada asciende a 93.2 UIT.

¹⁴ El Informe N° 152-GPRC/2019 se encuentra publicado en la página web del OSIPTTEL en el siguiente link: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/inf152-gprc-2019/Inf152-GPRC-2019.pdf>

¹⁵ **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.*





Sancionadores tramitados ante el OSIPTEL (Metodología de Multas - 2021), la cual entró en vigencia el 1 de enero del 2022¹⁶.

Ahora bien, respecto al análisis de favorabilidad entre la Metodología de Multas - 2021 con la Guía de Cálculo - 2019, siendo que esta última resultaría aplicable, al ser la norma vigente al momento de la comisión de las infracciones, el Consejo Directivo ha señalado que¹⁷:

"(...) la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021, respecto a las nuevas fórmulas, parámetros y montos fijos, podría fijar una cuantía menor en las multas calculadas bajo la metodología anterior, según las particularidades de cada caso en concreto.

En ese sentido, podría darse el caso que la sanción calculada bajo la Metodología de Cálculo de Multas - 2021 sea menor, inclusive, al tope mínimo legal previsto para el tipo de infracción cometida. En estos casos, en virtud del Principio de Razonabilidad, corresponderá imponer el importe que resulta de la aplicación de la Metodología de Cálculo de Multas - 2021; caso contrario, de tener que sujetarse la nueva multa al tope se vaciaría de contenido al Principio de Retroactividad Benigna."

Considerando lo mencionado, en este caso se tiene que en virtud de los criterios contenidos en la Guía de Cálculo - 2019 se estimó que la multa por la infracción imputada **asciende a 50 UIT**; sin embargo, con la Metodología de Multas - 2021, se tiene que por la infracción referida **la multa base asciende a 86,4 UIT**, advirtiéndose de esa forma que esta última Metodología no resulta más favorable a FIBERLUX.

En tal sentido, esta Instancia considera que corresponde:

- Sancionar a FIBERLUX con una multa de **50 UIT** por la comisión de la infracción tipificada como leve en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones, por haber incumplido con lo dispuesto en el tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso.

Asimismo, en atención a lo señalado por el Consejo Directivo mediante la Resolución N° 106-2022-CD/OSIPTEL de fecha 28 de junio de 2022¹⁸, a través de la cual dispuso que las instancias administrativas de esta Entidad que resuelven procedimientos deben remitir el cálculo de la cuantía de las multas impuestas en los procedimientos administrativos sancionadores juntamente con las Resoluciones, se remite a FIBERLUX el cálculo de la multa a imponer bajo ambas metodologías.

3.2 Con relación a la aplicación de atenuantes de responsabilidad.-

De acuerdo con lo señalado en el numeral 2) del artículo 257 del TUO de la LPAG, constituyen condiciones atenuantes de responsabilidad por infracciones las siguientes:

- Si iniciado un PAS, el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito. En los casos en que la sanción aplicable sea una multa, esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.
- Otros que se establezcan por norma especial.

¹⁶ Véase la Primera Disposición Complementaria Final de la Resolución N° 229-2021-CD/OSIPTEL.

¹⁷ Emitida bajo el Expediente 0001-2021-GG-DFI/PAS, la cual puede ser encontrada en el siguiente enlace: <https://www.osiptel.gob.pe/n-067-2022-cd-osiptel/>

¹⁸ Emitida bajo el Expediente N° 00103-2019-GG-GSF/PAS.



Conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18 del RGIS, son factores atenuantes, en atención a su oportunidad, el reconocimiento de la responsabilidad formulado por el infractor de forma expresa y por escrito, el cese de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa, la reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa y, la implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

Dichos factores se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG y en el RGIS, para lo cual se realizará el siguiente análisis:

- Reconocimiento de responsabilidad: De los actuados del expediente se advierte que FIBERLUX no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento, la comisión de la infracción administrativa tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del TUO de las Condiciones.
- Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Para la imputación realizada en el presente caso, no es posible el cese de la conducta infractora, puesto que la infracción al tercer párrafo del artículo 17 del TUO de las Condiciones de Uso se configuró en el momento de la celebración de los contratos de abonados. De este modo, no es posible que se emplee un contrato acorde a la normativa en una contratación que ya fue suscrita y perfeccionada entre la empresa operadora y el abonado.
- Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa: Sobre el particular, es preciso indicar que no es posible revertir los efectos derivados del incumplimiento del tercer párrafo de artículo 17 del TUO de las Condiciones, toda vez que con la suscripción de los contratos de abonado que no contienen la información mínima exigida, en este caso, relativa a la modalidad del servicio y la velocidad de transmisión mínima garantizada para la descarga (downlink) y envío de información (uplink), se afectó los derechos de los usuarios del servicio de acceso a internet fijo mediante fibra óptica.

En efecto, los abonados que suscribieron los contratos sin contar con la información mínima exigida se les dificultó adoptar decisiones de uso o consumo del servicio de internet fijo al poseer información insuficiente, el cual influye directamente en el ejercicio de sus derechos como el de administrar y dar por finalizado el servicio adquirido. Por ello, un reconocimiento posterior de los hechos o la corrección de los mismos no desvirtúa en ningún caso la infracción incurrida, una vez que esta ha sido determinada.

- Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora: FIBERLUX sostiene que su personal ha procedido a realizar las modificaciones necesarias en sus contratos de abonados para no recurrir nuevamente en un error. Sin embargo, tal como ha sido señalado de manera previa, la mera afirmación de las acciones realizadas por la empresa operadora no bastan para acreditar lo señalado en su defensa.

Entonces, toda vez que FIBERLUX no remitió medio probatorio alguno que sustente las acciones adoptadas con el objetivo de no volver a incurrir en la infracción determinada, no corresponde aplicar esta atenuante.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Atendiendo a ello, esta instancia considera que, en el presente caso, no concurre ninguno de los factores atenuantes de la responsabilidad establecidos en el numeral 2) del artículo 257 del TUO de la LPAG y en el numeral i) del artículo 18 del RGIS.

3.3 Capacidad económica del infractor

De acuerdo a lo señalado por el artículo 25 de la LDFF, las multas que se establezcan no podrán exceder el 10% de los ingresos brutos del infractor percibidos durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por FIBERLUX en el año 2020, considerando que las acciones de supervisión se iniciaron en el año 2021.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

SE RESUELVE:

Artículo 1°. – **ARCHIVAR** el procedimiento administrativo sancionador iniciado a la empresa FIBERLUX S.A.C., por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, por haber incumplido con lo estipulado en el tercer párrafo del artículo 17° de la referida norma en un (1) contrato al no consignar la modalidad del servicio contratado, de conformidad con los fundamentos expuestos en la presente Resolución.

Artículo 2°. - **SANCIONAR** a la empresa FIBERLUX S.A.C. con una multa de **50 UIT**, al haber incurrido en la comisión de la infracción **leve** tipificada en el artículo 2 del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso, aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, por haber incumplido con lo estipulado en el tercer párrafo del artículo 17 de la referida norma en seis (6) contratos al no consignar la velocidad mínima garantizada de descarga (downlink) y de envío de información (uplink), y en cinco (5) contratos al no incluir de forma expresa la modalidad del servicio contratado, de conformidad a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3°. – La multa que se cancele íntegramente dentro del plazo de quince (15) días contados desde el día siguiente de la notificación de la sanción, será reducida en un veinte por ciento (20%) del monto total impuesto, siempre y cuando no sea impugnada, de acuerdo con el numeral iii) del artículo 18 del Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.

Artículo 4°. - Notificar la presente Resolución a la empresa FIBERLUX S.A.C., juntamente con los Memorando N° 00227-GG/2022 y N° 00837-DFI/2022; así como el respectivo cálculo de la multa.



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
uri: <https://serviciosweb.osipitel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: b*1E7k8(962U96



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones

Artículo 5°.- Encargar a la Oficina de Comunicaciones y Relaciones Institucionales del OSIPTEL la publicación de la presente Resolución en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), en cuanto haya quedado firme o se haya agotado la vía administrativa.

Regístrese y comuníquese,

Firmado digitalmente por: CIFUENTES
CASTAÑEDA Sergio Enrique FAU
20216072155 soft

SERGIO ENRIQUE CIFUENTES
CASTAÑEDA
GERENTE GENERAL



BICENTENARIO
PERÚ 2021

Esta es una copia auténtica imprimible de un documento electrónico archivado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aplicando lo dispuesto por el Art. 25 de D.S. 070-2013-PCM y la Tercera Disposición Complementaria Final del D.S. 026-2016-PCM. Su autenticidad e integridad pueden ser contrastadas a través de la siguiente dirección web:
url: <https://serviciosweb.osiptel.gob.pe/ValidarDocumento> Clave: b*1E7k8|962U96