RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL

Nº 00137-2020-GG/OSIPTEL

Lima, **7 de julio de 2020**

EXPEDIENTE Nº	:	**000105-2019-GG-GSF/PAS**
MATERIA	:	**Procedimiento Administrativo Sancionador**
ADMINISTRADO	:	**FIBERLUX S.A.C.**

VISTO: El Informe N° 00041-GSF/2020 (Informe Final de Instrucción) emitido por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización del OSIPTEL (GSF); por medio del cual se informa a esta Gerencia General respecto del procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado a la empresa operadora FIBERLUX S.A.C. (FIBERLUX) por la presunta 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 con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias (TUO de las Condiciones de Uso), por cuanto habría incumplido con lo dispuesto en el artículo 49° de la referida norma.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante el Informe Nº 000184-GSF/SSCS/2019 de fecha 30 de septiembre de 2019 (Informe de Supervisión), la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) emitió el resultado de la verificación del cumplimiento del marco normativo vigente respecto al reporte de las interrupciones y mantenimiento de los servicios públicos de telecomunicaciones brindados por la empresa FIBERLUX, ocurridos en el segundo semestre del año 2018, en virtud a la supervisión seguida en el Expediente Nº 00097-GSF/2019 (Expediente de Supervisión).

2. A través de la carta N° C. 02032-GSF/2019, notificada el 23 de octubre de 2019, la GSF comunicó a FIBERLUX el inicio de un PAS por la presunta infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso; toda vez que, en cincuenta y ocho (58) casos de interrupción, se habría incumplido lo establecido en el numeral i) del artículo 49° de la misma norma, de acuerdo al siguiente detalle:

Cuadro N° 1: Detalle de incumplimientos imputados

ARTÍCULO	CONDUCTA
49°	En cuarenta y tres (43)[1] casos, no comunicó dichas interrupciones dentro del plazo establecido.
	En trece (13)[2] casos, no cumplió con reportar ni acreditar las interrupciones dentro del plazo establecido.

[1] Tickets N° 304493.4, 304493, 301403, 301403.4, 301549, 301549.4, 301623, 301623.4, 301697, 301697.4, 301783, 301783.4, 301784, 301784.4, 303638.4, 303638, 301878, 301878.4, 303636.4, 303636, 302039, 303429.4, 302040.4, 303428.4, 303109, 302126, 302126.4, 302893.4, 302893, 302285, 302285.4, 302286, 302707.4, 302706.4, 302706, 302590.4, 302590, 302588.4, 302421, 302421.4, 302588, 302587.4, 302587.

ARTÍCULO	CONDUCTA
	En dos (2) casos[3], no cumplió con reportar las interrupciones dentro del plazo establecido ni remitió acreditación alguna.

Fuente: Elaboración propia

3. El 10 de marzo de 2020, la GSF remite a la Gerencia General el Informe N° 00041-GSF/2020 (**Informe Final de Instrucción**).

4. Mediante comunicación N° C.00293-GG/2019, notificada el 12 de marzo de 2019, se puso en conocimiento de FIBERLUX el Informe Final de Instrucción, a fin que de considerarlo pertinente formule descargos en un plazo de cinco (5) días hábiles; sin que -a la fecha- la empresa operadora haya remitido los mismos.

II. ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. -

De conformidad con el artículo 40º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 2 de febrero de 2001, 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.

Así también, el artículo 41º del mencionado Reglamento 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.

En el presente caso, de la evaluación de los noventa y siete (97)[4] casos de interrupción de FIBERLUX ocurridos durante el segundo semestre año 2018, la GSF advirtió que la citada empresa operadora habría incumplido lo establecido en el numeral i) del artículo 49° de la misma norma.

De acuerdo al Principio de Causalidad recogido en el 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 perjudicado[5], que pudiera exonerarla de responsabilidad.

Asimismo, conforme a lo establecido por el artículo 252.3° 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.

[2] Tickets N° 301402, 301402.4, 303426, 303425.4, 303425, 303246.4, 303246, 302892, 302420.4, 302419.4, 302419, 302038.4, 302038.
[3] Ticket N° 303250.4, 303250.
[4] De los cuales cuarenta y ocho (48) casos afectaron el servicio de Conmutación de datos por paquete (Acceso a Internet) y cuarenta y nueve (49) el servicio de Portador Local.
5 PEDRESCHI GARCÉS, Willy. En "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General". Lima: ARA Editores, 2003. 1ra Edición. Pág. 539.

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.

Sobre el particular, a través del Decreto de Urgencia N° 029-2020-PCM publicado el 20 de marzo de 2020 emitido en el marco de la declaratoria de emergencia decretada por el Gobierno mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM[6], se estableció en su artículo 28 -entre otras medidas- la suspensión por treinta (30) días hábiles (ampliado a través del Decreto de Urgencia N° 053-2020 y Decreto Supremo N° 087-2020-PCM[7]), del cómputo de los plazos de inicio y de tramitación de los procedimientos administrativos y procedimientos de cualquier índole, incluso los regulados por leyes y disposiciones especiales, que se encuentren sujetos a plazo, que se tramiten en entidades del Sector Público; incluyendo los que se encuentran en trámite a la entrada en vigencia del referido Decreto de Urgencia.

En atención a ello, corresponde continuar con el análisis del PAS iniciado a FIBERLUX, por cuanto, se ha verificado que la potestad sancionadora del OSIPTEL no ha prescrito y tampoco ha caducado la facultad de resolver el presente procedimiento.

1. Análisis del caso. -

De conformidad con lo establecido en el numeral i)[8] del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, una vez ocurrida la interrupción de algún servicio de telecomunicaciones por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de control, las empresas operadoras deben cumplir entre otras, con la siguientes obligaciones:

- Comunicar el evento dentro del día hábil siguiente de producida la causa; y,
- Acreditar el evento dentro de los cuatro (4) días hábiles de producido el mismo.

Por su parte, en aplicación de lo establecido en el numeral 2.1 del Anexo 13 del Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución N° 00123-2014-CD/OSIPTEL (Reglamento de Calidad) precisa que las interrupciones del servicio y los trabajos de mantenimiento, deben ser reportados a través del SISREP[9].

[6] Publicado el 15 de marzo de 2020 se declaró el Estado de Emergencia por el plazo de quince (15) días calendarios, se dispuso el aislamiento social obligatorio (cuarentena), por las graves circunstancias que afectan la vida de la Nación a consecuencia del brote del COVID-19, vigente desde 16 de marzo al 30 de marzo de 2019, cuyo plazo fue prorrogado a través de los Decretos Supremos 051-2020-PCM, N° 64-2020-PCM, N° 75-2020-PCM, N° 83-2020-PCM y N° 94-2020-PCM, mediante esta última norma hasta el 30 de junio de 2020.

[7] Se prorroga hasta el 10 de junio del 2020 la suspensión del cómputo de los plazos de tramitación de los procedimientos administrativos previstos en el artículo 28 del Decreto de Urgencia Nº 029-2020, ampliado por el Decreto de Urgencia Nº 053-2020.

[8] "***Artículo 49.- Interrupción del servicio por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora.*** -
En caso de interrupción del servicio por caso fortuito o fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, ésta deberá actuar con la diligencia debida. Asimismo, la empresa operadora deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

i) Comunicar y acreditar tales eventos al OSIPTEL, dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso, o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro de los cuatro (4) días hábiles siguientes de producida la causa.
(…)".
(El subrayado es nuestro).

[9] Sistema de Reporte de Interrupciones del OSIPTEL.

En el presente PAS se imputó a FIBERLUX el incumplimiento de lo establecido en el numeral i) del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto de cincuenta y ocho (58) casos, conforme al siguiente detalle:

a. Con relación a cuarenta y tres (43) casos de interrupción, al haber incumplido con comunicar los mismos al OSIPTEL, dentro del plazo establecido:

De la revisión de los actuados en el presente PAS, se verifica que respecto de cuarenta y tres **(43)** casos de interrupción ocurridos durante el segundo semestre 2018, FIBERLUX reportó los mismos, entre uno (1) y tres (3) días hábiles de retraso, de acuerdo al siguiente detalle:

Cuadro N° 2

N°	Ticket	Fecha de interrupción	Fecha de reporte al OSIPTEL	Días hábiles de retraso
1	301403	02/07/2018	06/07/2018	3
2	301403.4	02/07/2018	06/07/2018	3
3	301549	10/07/2018	13/07/2018	2
4	301549.4	10/07/2018	13/07/2018	2
5	301623	14/07/2018	18/07/2018	2
6	301623.4	14/07/2018	18/07/2018	2
7	301697	18/07/2018	21/07/2018	2
8	301697.4	18/07/2018	21/07/2018	2
9	301783	23/07/2018	27/07/2018	3
10	301783.4	23/07/2018	27/07/2018	3
11	301784	24/07/2018	27/07/2018	2
12	301784.4	24/07/2018	27/07/2018	2
13	303638.4	07/11/2018	09/11/2018	1
14	303638	07/11/2018	09/11/2018	1
15	301878	30/07/2018	02/08/2018	2
16	301878.4	30/07/2018	02/08/2018	2
17	303636.4	06/11/2018	09/11/2018	2
18	303636	06/11/2018	09/11/2018	2
19	302039	07/08/2018	10/08/2018	2
20	303429.4	21/10/2018	25/10/2018	3
21	302040.4	08/08/2018	10/08/2018	1
22	303428.4	20/10/2018	25/10/2018	3
23	303109	01/10/2018	05/10/2018	3
24	302126	13/08/2018	15/08/2018	1
25	302126.4	13/08/2018	15/08/2018	1
26	302893.4	18/09/2018	21/09/2018	2
27	302893	18/09/2018	21/09/2018	2
28	302285	16/08/2018	21/08/2018	2
29	302285.4	16/08/2018	21/08/2018	2
30	302286	17/08/2018	21/08/2018	1
31	302707.4	08/09/2018	11/09/2018	1
32	302706.4	06/09/2018	11/09/2018	2
33	302706	06/09/2018	11/09/2018	2
34	302587.4	29/08/2018	04/09/2018	2
35	302590.4	31/08/2018	04/09/2018	1
36	302590	31/08/2018	04/09/2018	1
37	302588.4	30/08/2018	04/09/2018	2
38	302421	24/08/2018	28/08/2018	1
39	302421.4	24/08/2018	28/08/2018	1
40	302588	30/08/2018	04/09/2018	2
41	302587	29/08/2018	04/09/2018	2
42	304493	31/12/2018	02/01/2018	1
43	304493.4	31/12/2018	02/01/2018	1

Fuente: Anexo del Informe de Supervisión

Ahora bien, en cuanto a los tickets N° **304493 y 304493.4,** ocurridos el 31 de diciembre de 2018, de acuerdo a señalado por la GSF en el Informe Final de

Instrucción, al haberse verificado que FIBERLUX comunicó dichos eventos a través del SISREP el 02 de enero de 2019, esto es dentro del plazo establecido -en tanto no se excluyó del cómputo el feriado del 01 de enero de 2019- no se habría configurado la infracción imputada por la GSF; correspondiendo en aplicación del Principio de Licitud, el **ARCHIVO** del PAS en este extremo, manteniéndose la imputación respecto de los cuarenta y un (41) casos de interrupción restantes.

b. Respecto a trece (13) interrupciones, al haber incumplido con reportar y acreditar los eventos dentro del plazo establecido:

De la revisión de los actuados, se verifica que en el caso de trece **(13)** casos de interrupción, FIBERLUX reportó los mismos entre cuatro (4) y seis (6) días hábiles de retraso; y, efectuó su acreditación entre (1) y tres (3) días hábiles de demora, tal como se puede apreciar a continuación:

Cuadro N° 3

N°	Ticket	Fecha de interrupción	Fecha de reporte al OSIPTEL	Días hábiles de retraso	Día de acreditación	Días hábiles de retraso
1	301402	01/07/2018	06/07/2018	**4**	**5**	**1**
2	301402.4	01/07/2018	06/07/2018	**4**	**5**	**1**
3	303426	17/10/2018	25/10/2018	**5**	**6**	**2**
4	303425.4	16/10/2018	25/10/2018	**6**	**7**	**3**
5	303425	16/10/2018	25/10/2018	**6**	**7**	**3**
6	303246.4	08/10/2018	15/10/2018	**4**	**5**	**1**
7	303246	08/10/2018	15/10/2018	**4**	**5**	**1**
8	302892	12/09/2018	21/09/2018	**6**	**7**	**3**
9	302420.4	21/08/2018	28/08/2018	**4**	**5**	**1**
10	302419.4	20/08/2018	28/08/2018	**5**	**6**	**2**
11	302419	20/08/2018	28/08/2018	**5**	**6**	**2**
12	302038.4	03/08/2018	10/08/2018	**4**	**5**	**1**
13	302038	03/08/2018	10/08/2018	**4**	**5**	**1**

Fuente: Anexo del Informe de Supervisión

c. Con relación a los tickets N° 303250.4 y 303250, al haber incumplido con comunicar los eventos dentro del plazo establecido y no remitir acreditación alguna:

De acuerdo a lo evaluado en el Informe de Supervisión, FIBERLUX reportó los tickets N° 303250.4 y 303250 con tres (3) días hábiles de retraso y no remitió acreditación alguna de los mismos, conforme al siguiente detalle:

Cuadro N° 4

Ticket	Fecha de inicio	Día de reporte	Días hábiles de retraso	Remitió acreditación
303250.4	09/10/2018	4	3	NO
303250	09/10/2018	4	3	NO

Fuente: Anexo del Informe de Supervisión

Al respecto, es pertinente tener en cuenta que al ser FIBERLUX un agente especializado en el sector de las telecomunicaciones que opera en el mercado en virtud de un título habilitante concedido por el Estado, se encuentra sujeto a la regulación del sector por parte de este Organismo Regulador, de tal forma que todas las obligaciones normativas sobre la materia le son plenamente aplicables, en particular, lo correspondiente a reportar y acreditar las interrupciones del

servicio, dentro de los plazos establecidos en el artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso.

De esta forma, le correspondía a la empresa operadora adoptar todas las medidas pertinentes a fin de dar estricto cumplimiento a las obligaciones contractuales, legales y técnicas que le resultaban exigibles, y que, en cualquier caso, el desvió del cumplimiento de los deberes que le correspondía honrar haya obedecido a razones justificadas, esto es, que se hubieren encontrado fuera de su posibilidad de control; siendo que la empresa operadora no ha presentado medio probatorio alguno que permita acreditar alguna causal que la exima de responsabilidad o haya alegado alguna situación de caso fortuito o fuerza mayor, que haya ocasionado la inobservancia de la obligación de reportar y acreditar dentro del plazo legal establecido.

Por lo antes expuesto, queda acreditado que FIBERLUX incumplió con lo dispuesto en el numeral i) del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, respecto a cincuenta y seis (56) casos de interrupción imputados en el presente PAS.

1.2 Respecto a aplicación del Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad. –

Respecto a la aplicación del Principio de Razonabilidad, de conformidad con lo establecido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, que regula dicho principio en el marco de los procedimientos administrativos, 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 mismo tiempo, el numeral 3 del artículo 248º del TUO de la LPAG, que regula dicho principio en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores, establece que las autoridades deben prever que la comisión de la conducta infractora sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Así, señala que las sanciones a ser aplicadas deben ser **proporcionales** al incumplimiento calificado como infracción.

De ahí que, a efectos de determinar la medida pertinente que corresponde adoptar, la decisión a tomarse debe cumplir los parámetros del test de razonabilidad, que conlleva la observancia de sus tres dimensiones: adecuación, necesidad y proporcionalidad. Así, tenemos:

Respecto al **juicio de adecuación**, es pertinente indicar que las sanciones administrativas, cumplen con el propósito de la potestad sancionadora de la Administración Pública, que es disuadir o desincentivar la comisión de infracciones por parte de un administrado.
Al respecto, es pertinente indicar que, el hecho que la empresa operadora incumpla los plazos establecidos para comunicar y acreditar interrupciones impactan en la función supervisora del regulador, específicamente en la GSF, retrasando y/o obstaculizando la misma, dado que el no contar con dicha información de forma oportuna, no permite un correcto monitoreo por parte de dicha gerencia, esto es, conocer la dimensión y nivel de afectación de las

interrupciones atribuibles a la empresa operadora, así como las medidas adoptadas para garantizar la reposición y continuidad del servicio afectado.

En relación al **juicio de necesidad**, debe verificarse que la medida sancionadora elegida sea la menos lesiva para los derechos e intereses de los administrados, considerando además que no existen otras medidas sancionadoras que cumplan con similar eficacia con los fines previstos para la sanción, aunque sin dejar de lado las singularidades de cada caso.

Sobre la posibilidad de imponer Comunicaciones Preventivas, contempladas en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL (Reglamento de Supervisión), se debe señalar que las mismas corresponden a comunicaciones emitidas en función al resultado de los monitoreos realizados por la GSF, los cuales miden el desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, con la finalidad que la empresa operadora adopte acciones correspondientes para solucionar problemas detectados; lo cual no ocurrió en el presente caso, siendo que la infracción se habría detectado en la etapa de supervisión.

En cuanto a la aplicación de una medida de advertencia, la misma no resultaba aplicable puesto que los hechos no se encontraban en los supuestos previstos en el artículo 30° del Reglamento de Supervisión.

Sobre la posibilidad de imponer una medida correctiva, se debe señalar que la misma, tiene por objetivo corregir el incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o los contratos de Concesión. En efecto, la emisión de una Medida Correctiva es una facultad del OSIPTEL, la cual se utilizará según la trascendencia del bien jurídico protegido y afectado en el caso concreto y con límites; es decir, la elección de dicha medida no supone un ejercicio automático en donde se observe únicamente el cumplimiento de una casuística establecida por la norma, sino que se aplica en atención a ciertos requisitos y se fundamenta en el Principio de Razonabilidad.

Al respecto, si bien el incumplimiento detectado representa obligaciones de tipo formal, este incide directamente sobre la prestación del servicio y/o afectan al usuario, por lo que, a pesar de tener por uno los fines públicos la mejora de las redes de telecomunicación, se debe considerar que el OSIPTEL tiene la obligación de garantizar la condición esencial de los servicios públicos, esto es la continuidad.

Además, es pertinente mencionar que, no es la primera vez que FIBERLUX incurre en incumplimientos derivados de las obligaciones contempladas en el numeral i) del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, siendo que a través del Expediente N° 00052-2019-GG-GSF/PAS se inició un PAS por incumplimientos correspondientes al primer semestre de 2018, el cual quedo firme en primera instancia a través de la Resolución N° 045-2019-GG/OSIPTEL[10].

En ese orden de ideas, esta Instancia considera que el inicio de este PAS, constituye un medio idóneo; toda vez que se busca desincentivar la conducta

[10] Publicado en la página web institucional en el siguiente link: https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/res045-2020-gg/Res045-2020-GG.pdf

infractora y que en lo sucesivo la empresa operadora evite incurrir en nuevos incumplimientos de las obligaciones antes mencionadas y adecue su conducta.

Por último, en virtud al **juicio de proporcionalidad**, este criterio busca establecer si la medida establecida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, vinculándose este parámetro con el juicio de necesidad. Así, es de señalar que el inicio del presente PAS busca que se cumpla con lo establecido por la norma.

Sobre esta dimensión del test de razonabilidad, es de señalar que efectivamente el inicio del presente PAS se encuentra válidamente justificado, toda vez que la medida dispuesta por la GSF resulta proporcional con la finalidad que se pretende alcanzar; 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. Es decir, es mayor el beneficio que se espera produzca la medida adoptada sobre el interés, respecto al eventual desmedro sufrido por la empresa operadora.

En virtud de lo desarrollado en los párrafos precedentes, es posible colegir que el inicio del presente PAS cumple con el objetivo de mantener la proporción entre los medios y fines, dado que se ajusta a la finalidad perseguida por la norma legal, en este caso el TUO de las Condiciones de Uso; habiéndose observado las tres dimensiones del test de razonabilidad que determinan la aplicación de una sanción razonable.

2. Respecto a la aplicación de las condiciones eximentes de responsabilidad. -

Una vez determinada la comisión de la infracción tipificada en el presente PAS, respecto al artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso, por cuanto FIBERLUX habría incumplido con lo dispuesto en el numeral i) del artículo 49° de la referida norma, corresponde que esta Instancia evalúe si en el presente caso, 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 Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS)[11]:

- Caso fortuito o la fuerza mayor debidamente acreditada: De lo actuado en el presente procedimiento se advierte que FIBERLUX no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se produjeron como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, ajena a su esfera de dominio.

- 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 los incumplimientos detectados se debieron a la necesidad de obrar en cumplimiento de un deber u obligación legal o en ejercicio legítimo del derecho de defensa.

- 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

[11] Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL y modificatorias.

FIBERLUX no ha acreditado que los incumplimientos detectados, se debieron al cumplimiento de una orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones.

- 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 los incumplimientos detectados, se debieron al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa e ilegal.

- 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 cuanto al cese de la conducta, es pertinente tener en cuenta el pronunciamiento del Consejo Directivo efectuado a través de la Resolución N° 029-2019-CD/OSIPTEL[12] según la cual a efectos de analizar el cese de la conducta infractora se toma en cuenta la totalidad de los hechos que comprende la infracción del artículo 49 del TUO de las Condiciones de uso.

  En el presente caso, esta instancia verifica que FIBERLUX no ha cumplido con acreditar el cese de la totalidad de los incumplimientos imputados, en tanto que, respecto de las interrupciones reportadas a través de los tickets N° 303250 y 303250.4, la referida empresa –a la fecha – no ha remitido la acreditación de dichas interrupciones, no pudiendo por lo tanto determinarse el cese de la conducta infractora.

  Tomando en cuenta ello, al no haberse configurado el cese de la conducta infractora, no puede efectuarse el análisis de los otros requisitos que permiten

[12] Publicado en la página web institucional en el siguiente link: https://www.osiptel.gob.pe/articulo/res029-2019-cd-osiptel

determinar que la misma ha sido subsanada, siendo que debieron concurrir en el presente caso. En consecuencia, no corresponde la aplicación del eximente de responsabilidad establecido en el literal f) del numeral 1 del artículo 257° del TUO de la LPAG.

III. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN. -

3.1 Respecto de los criterios de graduación de la sanción establecidos por el Principio de Razonabilidad, reconocidos por el numeral 3 del artículo 248° del TUO de la LPAG

A fin de determinar la graduación de la sanción a imponer por la infracción administrativa evidenciada, se debe tomar en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3 del artículo 248º 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 criterios como el beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción; la probabilidad de detección de la infracción; la gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido; el perjuicio económico causado; la reincidencia; las circunstancias de la comisión de la infracción; y la existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor. Así, procede el siguiente análisis:

i. 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 o evitado por las empresas para dar cumplimiento a las normas.

En el presente caso, el beneficio ilícito[13] (costos evitados) se encuentra representado por los costos que la empresas debió asumir para: i) comunicar y acreditar las interrupciones fortuitas al OSIPTEL dentro del plazo establecido; y, ii) dar a conocer internamente la normativa relacionada con los plazos y/u obligaciones establecidas en el referido artículo.

ii. Probabilidad de detección de la infracción:

En el presente caso, se considera –en la línea de lo señalado por la GSF en el Informe Final de Instrucción- que la probabilidad de detección es ALTA, para el caso del incumplimiento del artículo 49° del TUO de las Condiciones de Uso, en la medida que la verificación efectuada por el OSIPTEL se enmarca dentro de un proceso periódico de supervisión de las interrupciones reportadas al SISREP en conjunto con acciones de supervisión y solicitudes de información a la empresa infractora.

OSIPTEL PIA H. OROZCO

OSIPTEL PIA J. VELASQUEZ

[13] El beneficio Ilícito estimado es evaluado a valor presente, correspondiendo dicho valor a la multa esperada.

iii. La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido:

En el presente caso, se debe considerar que la configuración de la infracción tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del TUO de las Condiciones de Uso (artículo 49°) es leve.

Al respecto, cabe resaltar que la infracción analizada no solo configura un incumplimiento a lo dispuesto por el TUO de las Condiciones de Uso, sino también un perjuicio a la actividad supervisora del OSIPTEL, pues la comunicación y acreditación de un evento de interrupción dentro de los plazos establecidos, permiten al OSIPTEL tomar conocimiento oportuno de las interrupciones atribuibles a la empresa operadora, a fin de ejercer su función supervisora, la misma que es monitorear y/o verificar el cumplimiento de brindar servicios de telecomunicaciones dentro del margen de disponibilidad permitido, así como de verificar que la reposición del servicio se realice de la forma menos perjudicial para los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

En consecuencia, de conformidad con lo establecido en la LDFF, corresponde la aplicación de una multa de entre media (0.5) y cincuenta (50) UIT por la infracción detectada o una amonestación escrita.

iv. El 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, si bien no existen elementos objetivos que permitan determinar el perjuicio económico causado por la comisión de la infracción; ello no significa que este no se haya producido, toda vez que el reporte y/o acreditación extemporánea retrasa la función supervisora del OSIPTEL, conforme ha sido expuesto en la presente resolución.

v. Reincidencia en la comisión de la infracción:

En el presente caso no se ha configurado la figura de reincidencia en los términos establecidos en el literal e) del numeral 3) del artículo 248º del TUO de la LPAG.

vi. Circunstancias de la comisión de la infracción:

De acuerdo al RFIS, este criterio de graduación está relacionado con las circunstancias tales como, el grado del incumplimiento de la obligación, la oportunidad en la que cesó la conducta infractora, la adopción de un comportamiento contrario a una adecuada conducta procedimental, entre otras de similar naturaleza.

vii. Existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor:

En este extremo, no ha quedado acreditada la existencia de intencionalidad en la comisión de las infracciones.

3.2 <u>Respecto 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 RFIS. -</u>

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.
- Otros que se establezcan por norma especial.

Así, conforme a lo señalado por el numeral i) del artículo 18° del RFIS, 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 - según el mencionado artículo - se aplicarán en atención a las particularidades de cada caso y observando lo dispuesto en el TUO de la LPAG. Así, procede el siguiente análisis:

- <u>Reconocimiento de responsabilidad:</u> De lo actuado en el presente PAS se advierte que FIBERLUX no ha reconocido su responsabilidad de forma expresa y por escrito en ninguna etapa del presente procedimiento.

- <u>Cese de los actos u omisiones que constituyen infracción administrativa</u>: De acuerdo a la evaluación realizada de manera preliminar, FIBERLUX no ha cumplido con acreditar el cese de la *totalidad* de la conducta infractora.

- <u>Reversión de los efectos derivados de los actos u omisiones que constituyan infracción administrativa</u>: Sobre el particular, es preciso indicar que -a la fecha de la presente Resolución- no se han revertido los efectos, puesto que no se ha efectuado el cese de la totalidad de la conducta infractora imputada.

- <u>Implementación de medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora</u>: De lo actuado en el presente PAS se advierte que FIBERLUX no ha remitido información alguna que acredite que haya implementado medidas que aseguren la no repetición de la conducta infractora.

3.3 <u>Capacidad económica del sancionado</u>

El artículo 25° de la LDFF establece que las multas no pueden exceder el 10% de los ingresos brutos percibidos por el infractor durante el ejercicio anterior al acto de supervisión. En tal sentido, toda vez que las acciones de supervisión respecto de los tickets materia de sanción se iniciaron en el año 2019, la multa a imponerse no debe exceder el 10% de los ingresos percibidos por FIBERLUX en el año 2018.

En aplicación de las funciones que corresponden a esta Gerencia General, conforme a lo establecido en el artículo 41º del Reglamento General del OSIPTEL y en aplicación del artículo 18° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- ARCHIVAR el procedimiento administrativo sancionador seguido a FIBERLUX S.A.C., por la comisión de la infracción LEVE tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, respecto del incumplimiento del numeral i) del artículo 49° de dicha norma, en relación a dos (2) casos de interrupción[14], de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 2°. - SANCIONAR a FIBERLUX S.A.C. con una **(1) MULTA de CINCO con 30/100 (5.3) UIT,** por la comisión de la infracción LEVE tipificada en el artículo 2° del Anexo 5 del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado con Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y modificatorias, al haber incumplido con lo dispuesto en numeral i) del artículo 49° de la referida norma, en relación a cincuenta y seis (56) casos de interrupción[15], de acuerdo a los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

Artículo 3º. - 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 de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTEL.

Artículo 4°. - Notificar la presente Resolución a la empresa FIBERLUX S.A.C.

Artículo 5º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa 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

OSIPTEL PIA H. OROZCO

OSIPTEL PIA S. VELASQUEZ

[14] Tickets N° 304493 y 304493.4

[15] Tickets N° 301403, 301403.4, 301549, 301549.4, 301623, 301623.4, 301697, 301697.4, 301783, 301783.4, 301784, 301784.4, 303638.4, 303638, 301878, 301878.4, 303636.4, 303636, 302039, 303429.4, 302040.4, 303428.4, 303109, 302126, 302126.4, 302893.4, 302893, 302285, 302285.4, 302286, 302707.4, 302706.4, 302706, 302590.4, 302590, 302588.4, 302421, 302421.4, 302588, 302587.4, 302587, 301402, 301402.4, 303426, 303425.4, 303425, 303246.4, 303246, 302892, 302420.4, 302419.4, 302419, 302038.4, 302038, 303250.4, 303250.