

MATRIZ DE COMENTARIOS

**“Reglamento para la Tercerización de Acciones de Fiscalización
del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL**

Resolución de Consejo Directivo N° 00004-2023-CD/OSIPTEL publicada en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2023

ARIOS RECIBIDOS:

INSTITUTO NACIONAL DE CALIDAD (en adelante, INACAL)
Oficio N° 021-2023-INCAL/GG, recibido el 24 de enero de 2023.

AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. (en adelante, CLARO)
Carta N° DMRC/CE/N°0363/23, recibido el 13 de febrero de 2023¹.

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA)
Carta N° TDP-0665-AR-GER-23, recibido el 13 de febrero de 2023².

ENTEL PERÚ S.A. (en adelante, ENTEL)
Carta N° CGR-489/2023-JRU, recibido el 20 de febrero de 2023³.

ASOCIACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA INFRAESTRUCTURA NACIONAL (en adelante, AFIN)
Carta N°071-2023, recibido el 24 de marzo de 2023⁴.



¹ Si bien los comentarios formulados por CLARO fueron presentados luego del plazo otorgado, este Organismo Regulador ha considerado adecuado proceder con su evaluación.

² Si bien los comentarios formulados por TELEFÓNICA fueron presentados luego del plazo otorgado, este Organismo Regulador ha considerado pertinente proceder a su evaluación.

³ Si bien los comentarios formulados por ENTEL fueron presentados luego del plazo otorgado, este Organismo Regulador ha considerado que procede su evaluación.

⁴ Si bien los comentarios formulados por AFIN fueron presentados luego del plazo otorgado, este Organismo Regulador ha considerado proceder con su evaluación.

COMENTARIOS GENERALES

“PROYECTO DE REGLAMENTO PARA LA TERCERIZACIÓN DE ACCIONES DE FISCALIZACIÓN DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL”

COMENTARIOS A FAVOR DEL PROYECTO DE NORMA

Comentario de ENTEL

El presente proyecto (Artículo 1.- Objetivo), saludamos la iniciativa del regulador de contar con un reglamento donde conste los criterios y lineamientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades fiscalizadoras en el sector de telecomunicaciones, lo que otorgará predictibilidad a los procesos tanto de contratación de dichas entidades como las materias que fiscalizarán.

Posición de OSIPTEL

El presente proyecto se enmarca en aquella tendencia de buscar la colaboración de los terceros para el desarrollo de ciertas funciones.

AFIN - en comentario al presente proyecto-, adecuadamente recuerda, que la evolución de esta figura ha llevado a una sustitución de la actividad de la Administración por parte de los privados, que de este modo ejercerían funciones públicas, al menos en dos ámbitos diferentes: la inspección o control, por el cual se constata el cumplimiento de la normatividad vigente y que termina con la emisión de un informe o acta que será utilizado en otro procedimiento (debido al carácter instrumental de estas figuras), y la actividad certificadora, que implica dar un paso más, pues la actividad privada en ejercicio de la función pública delegada no exige una posterior actuación pública, para la cual es instrumental, sino que conlleva el otorgamiento de un título habilitante.

Sin perjuicio de ello, el presente proyecto no implica *per se* realizar una labor certificadora, habida cuenta que, con los recaudos obtenidos por las entidades fiscalizadoras, el OSIPTEL ejercerá su labor de comprobar o verificar el cumplimiento de las obligaciones materia de fiscalización.

LIMITACIONES DE ORDEN LEGAL

Comentario de CLARO

En su lugar, de forma respetuosa, hacemos notar que el Proyecto no ha tomado en cuenta que el artículo 59° del Texto Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la “LPAG”) establece que los casos de delegación permitidos por la ley se encuentran sujetos a la previa reglamentación a través de un Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM):

Artículo 59.- Tercerización de actividades Todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley. Mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación de esta modalidad”. (énfasis agregado)

Por lo tanto, una entidad pública no puede adoptar políticas de tercerización de las funciones de fiscalización sin un Decreto Supremo previo **necesario** que regule las condiciones de la delegación. Esto es razonable por tanto la Administración Pública debe garantizar la coherencia y predictibilidad en el ejercicio de las funciones administrativas por parte de todas las entidades que participan. Por lo mismo, son necesarios lineamientos base que establezcan requerimientos mínimos comunes y obligaciones únicamente en función de las particularidades de cada entidad o mercado.

En consecuencia, este requisito legal previo ha sido advertido por el propio OSIPTEL, pues como se menciona en el Informe N° 00001-2019-00003 (sustento del Proyecto), el regulador solicitó a la PCM establecer las disposiciones necesarias para efectivizar la delegación de la fiscalización en el sector. En ese sentido, el OSIPTEL reconoce expresamente que es legalmente necesaria la previa del decreto supremo conforme a lo establecido en la ley.

Posición de OSIPTEL

Al respecto, el informe Legal N° SP-1008-21 del Dr. Lucio Sánchez Povis señaló que el artículo 59° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la LPAG) reconoce expresamente que la Administración Pública se apoye en el sector privado para que éste colabore con el cumplimiento de las funciones a su cargo, incluso en materias de procedimientos y funciones de fiscalización. Estableciendo además que, cuando las entidades acudan al sector privado a través de esquemas de delegación o tercerización de funciones deben observar la normativa de contrataciones, salvo que una norma con rango de ley reconozca la posibilidad de efectuar ello bajo otros esquemas.

De acuerdo a lo señalado, el presente Reglamento establece expresamente que los criterios de evaluación y calificación de las Entidades Fiscalizadoras, en el marco del procedimiento de selección, serán aquellas establecidas en el TUO de la LPAG, seguido para su contratación, serán aquellas establecidas en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contratación del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF, modificatorias.

Adicionalmente, aunado a ello, considerando que el TUO de la LPAG fomenta la tercerización, OSIPTEL a tercerizar sus actividades de fiscalización, se formuló la consulta a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) sobre los lineamientos para la aplicación de dicha figura.

Es así que, mediante Oficio N° 0000960-2022-PCM-SGP de la Secretaría de Gestión Pública de la PCM, se ha resaltado la

Así se describe en el propio informe de sustento del Proyecto:



A su vez, a fin de aclarar la viabilidad del proyecto en cuestión, en atención a los comentarios recibidos, mediante la carta N° 00475-GG/2022, el OSIPTEL solicitó a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) establecer las disposiciones necesarias a efectos de aplicar la tercerización, conforme dispone el artículo 59° del Texto Unico Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG).

de la LPAG

lo 59.- Tercerización de actividades
 las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos administrativos y servicios prestados en
 vidad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición
 de la ley. Mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecen las
 siones necesarias para la aplicación de esta modalidad.”

a PCM, de manera errada, consideró que por la supuesta naturaleza de la norma no sería necesaria --por el momento-- de las disposiciones complementarias, ello no impide al OSIPTEL interpretar correctamente la norma y cumplir lo ido en la LPAG (lo cual ha sido asumido por el propio OSIPTEL al solicitar a la PCM los lineamientos requeridos por do ello la necesaria aprobación de disposiciones previas de la PCM para materializar la habilitación del artículo 59 por na interpretación distinta se encontraría fuera de lo establecido por la LPAG. Así mismo, debemos precisar que el hecho a PCM pueda evaluar incorrectamente la norma no supone que el regulador pueda tomar como base dicha evaluación se liberado de una obligación expresa establecida en la ley en tanto un informe no constituye un elemento suficiente travenir la LPAG.

sentido, hasta la emisión de las disposiciones de la PCM, el OSIPTEL no se encontraría legalmente habilitado para una norma que regule las condiciones de tercerización de los fiscalizadores del sector.

uación, presentamos unos extractos de la carta C. 475-GG remitida por OSIPTEL a PCM, señalando de forma explícita equieren las normas de desarrollo a ser emitidas por PCM que “permitan tercerizar las citadas actividades”:

naturaleza auto aplicativa del artículo 59° del TUO de la LPAG. Ello permite, en el presente tema, a este regulador emitir las normas correspondientes sin que medie algún requisito adicional como, por ejemplo, la emisión del decreto supremo refrendado por la PCM. Ahora bien, la situación puede variar de forma posterior, en dicho caso el OSIPTEL se encuentra obligado a estar en línea con la PCM, y, adecuar el contenido – de ser el caso – de la norma aprobada.

En efecto, la PCM ha citado al Tribunal Constitucional respecto a la sentencia recaída en el expediente N° 01893-2009-PA/TC a fin de dar a conocer la naturaleza de las normas auto aplicativas, que se refieren a aquellas normas cuya sola entrada en vigencia crean situaciones jurídicas concretas, no siendo necesarios actos posteriores para que genere efectos.

A mayor abundamiento, se tiene conocimiento de otro tipo de normas, es decir, las normas hetero aplicativas, Al respecto, la sentencia recaída en el expediente N° 03705-2021-PA/TC, señala que, la eficacia del tipo de normas hetero aplicativas se encuentra condicionada a la realización de actos posteriores y concretos de aplicación.

En aras de la coherencia y predictibilidad de la Administración Pública, resulta determinante que nuestro ordenamiento jurídico sea una unidad que goza de armonía respecto de todos sus componentes, pues nuestra norma fundamental, la Constitución, conforma un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme, como bien se ha señalado en la sentencia recaída en el expediente N° 0008-2003-AI/TC.

Con ello se refuerza la naturaleza auto aplicativa del artículo 59° del TUO de la LPAG, pues la emisión del proyecto de norma bajo comentario no se encuentra en contraposición con alguna otra norma del ordenamiento jurídico, pues en caso se emita un decreto supremo posterior, esta se adecuará a aquella, precisamente en respeto a los principios constitucionales de nuestro Estado.

Asimismo, a través del Oficio N° D000960-2022-PCM-SGP, la Secretaría de Gestión Pública de la PCM precisó que la emisión del Decreto Supremo para la aplicación de la tercerización por pa PCM no es un requisito, sino que solo de considerarlo ne podrá emitir disposiciones referentes a la materia.

De otro lado, es importante mencionar la competencia de la través de la Secretaría de Gestión Pública, pues el propio TL LPAG en su artículo 57° destaca que puede emitir opinión vi sobre el alcance e interpretación de las normas de simpl administrativa, incluyendo la referida norma.

En virtud de ello, no cabe admitir sustento que impute interpretación errónea de la PCM, máxime cuando ha suste señalado en la línea con la jurisprudencia del Tribunal Consti máximo intérprete de nuestra Constitución y del ordenamiento jurídico.

Finalmente, en cuanto a que la presunta insistencia en la aprobación del Proyecto sujeto a comentarios generaría el riesgo de las actividades de fiscalización que se efectúen, tomándola como base



Lima, 27 de junio de 2022

C. 00475-GG/2022

SEÑOR

SEÑOR CUSMA SALDAÑA

SECRETARIO DE LA SECRETARÍA DE GESTIÓN PÚBLICA

DIRECCIÓN DEL CONSEJO DE MINISTROS

CARABAYA CUADRA 1 S/N, PALACIO DE GOBIERNO, CERCADO DE LIMA

Objeto: Disposiciones para la aplicación de la tercerización de actividades vinculadas a la fiscalización.

Referencia: Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

En dicho orden de ideas, se ha elaborado el proyecto normativo "Reglamento para la fiscalización de acciones de fiscalización del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Comunicaciones – OSIPTEL" que tiene por objetivo establecer los criterios para la selección y clasificación de la tercerización de acciones de fiscalización, así como el procedimiento para la selección, contratación y ejecución de los servicios que se realicen en modo de contratación.

Sin embargo, considerando que el referido artículo 59° del TUO de la LPAG establece que la Presidencia del Consejo de Ministros establecerá, mediante Decreto Supremo, las condiciones necesarias para la aplicación de esta modalidad, solicitamos a su despacho que bien a impulsar las acciones destinadas a emitir las normas que nos permitan regular las citadas actividades.

Se aprecia, mediante la carta el OSIPTEL asume -correctamente- que el regulador no está habilitado a tercerizar las actividades de supervisión sin que previamente la PCM emita la normativa necesaria requerida por la Ley (artículo 59° de la

Carta, debemos advertir que la insistencia en la aprobación del Proyecto sujeto a comentarios genera el riesgo de las actividades de fiscalización que se efectúen tomándola como base legal sean declaradas nulas, en tanto la misma podría ser considerada ilegal en las instancias correspondientes.

TAREAS DEL PERSONAL DE ENTEL

En particular, respetuosamente, reiteramos nuestra preocupación por la iniciativa de tercerizar las acciones de fiscalización de las actividades de supervisión, las cuales son funciones exclusivas de la Dirección de Fiscalización e Instrucción, esto es, a los funcionarios del OSIPTEL de acuerdo con el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL (en adelante, el ROF).

Por lo tanto, el artículo 46° del ROF en concordancia con el artículo 15° de la Ley de Desarrollo y Funciones del OSIPTEL-Ley N° 30892 establece que **los funcionarios del OSIPTEL son los responsables de efectuar cualquier acción de supervisión o las acciones de fiscalización que son competencia del OSIPTEL**; es decir, solamente aquel que tiene la calidad de funcionario puede realizar acciones de supervisión o fiscalización.

En consecuencia, en esta línea, mostramos nuestra preocupación por esta iniciativa que pretende otorgar a un tercero la calidad de funcionario del OSIPTEL a fin de que éste pueda realizar acciones de supervisión que le compete solo al personal del regulador y que podría afectar la privacidad de los usuarios que terceros tengan acceso a información personal o sensible tanto de usuarios como de las empresas reguladas, por lo que, consideramos que es importante que dicha delegación se establezca a nivel de rango de ley.

Por lo tanto, es necesario que el regulador se pronuncie si la delegación que se pretende efectuar de las facultades de supervisión o fiscalización no contraviene las normas vigentes relacionadas a la competencia que, actualmente, poseen los funcionarios de este organismo regulador para realizar acciones de supervisión o fiscalización.

legal, sean declaradas nulas, en tanto la misma podría ser declarada ilegal en las instancias correspondientes, este organismo manifiesta su respeto por los argumentos expresados por los administrados, aunque también expresa su confianza en la solidez de sus propios argumentos; no obstante, de acuerdo al procedimiento regular para la expedición de una norma, el proyecto de reglamento tendría vigencia al día siguiente de su aprobación, es decir, actualmente las actividades de fiscalización realizadas se efectúan en el marco de lo dispuesto en el Reglamento General de Fiscalización, únicamente con los supervisores del OSIPTEL.

POSICIÓN DE OSIPTEL

Tal como se expuso anteriormente, la facultad de tercerizar las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización por parte del OSIPTEL se encuentra regulada por el TUO de la LPAG específicamente en el artículo 59°.

Es así que, la delegación que se pretende efectuar de las facultades de supervisión a un tercero no contraviene las normas relacionadas a la competencia que, actualmente, poseen los funcionarios de este organismo regulador para realizar acciones de supervisión o fiscalización.

De modo general, las acciones de supervisión que se pretende tercerizar en el OSIPTEL son razonables, proporcionales, y se ajustan a la normativa aplicable, así como a los principios que rigen la actividad de supervisión del OSIPTEL.

Cabe indicar que el OSIPTEL cuenta con un Reglamento de Información Confidencial⁵, así como una Política de Seguridad de la

⁵ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/normas-legales/1463377-178-2012-cd-osiptel>

Sin perjuicio de lo mencionado, y de prosperar la propuesta es importante que se considere como información pública los contratos que se suscriban con terceros, en donde se evidencie las obligaciones, las materias a supervisar y los protocolos que deberán seguir dentro del desarrollo de sus funciones, por lo que, poder brindar nuestros comentarios el Proyecto de Reglamento nos permite a las empresas operadoras y al público en general, tomar conocimiento de los criterios y procedimientos específicos que se tendrá en cuenta para la calificación y clasificación de las Entidades Fiscalizadoras en el Sector de Telecomunicaciones. En este sentido, consideramos importante que se respete los principios de transparencia y predictibilidad que rigen la actuación de la administración pública y que sean los ejes centrales de los procesos de contratación de las referidas entidades, así como las garantías que serán objeto de las actividades de fiscalización por parte de éstas; con ello, se garantiza actuaciones dentro del marco normativo que brinden seguridad jurídica para las partes intervinientes.

Información⁶, un Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI), y además de ello, con el certificado ISO/IEC 27001:2017 de seguridad de la información⁷, lo cual acredita las acciones tomadas para prevenir los riesgos señalados, aunado a ello, constantemente el OSIPTEL mejora sus procesos como parte de su política de control de riesgos de seguridad de información.

En dicho orden de ideas, este proyecto viabiliza la participación de terceros en algunas materias de fiscalización, haciendo uso de los mecanismos legales previstos para tal fin. Por ello, el proyecto contempla que la contratación de las empresas supervisoras se dará bajo el ámbito de aplicación de la ley de Contrataciones del Estado, lo cual garantiza la publicidad de estos procesos.

De este modo, el OSIPTEL garantiza el respeto de los principios de transparencia y predictibilidad que rigen la actuación de la administración pública, con ello se garantiza actuaciones dentro del marco normativo que brinde seguridad jurídica para las partes intervinientes.



TARIFARIO AFIN

En los años 90 se liberalizaron varios sectores del mercado, transfiriéndose la titularidad o propiedad de diversas empresas al sector privado. Así, el Estado permitió la participación de agentes privados en la gestión de los servicios públicos, a través del otorgamiento de títulos habilitantes, como la concesión administrativa. Como consecuencia de esta cada vez mayor participación del sector privado, el Estado vio la necesidad de crear organismos reguladores, independientes al poder político, encargados, entre otras cuestiones, de velar por el adecuado funcionamiento de los servicios públicos, con el fin de garantizar el bienestar general de su población.

En este contexto, los artículos 2° y 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332 (en adelante, la "Ley 27332") y el artículo 32 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158, establecen que los organismos reguladores son organismos adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), con facultades de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional técnica, económica y financiera. Estas entidades tienen facultades para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar un adecuado funcionamiento de los mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.

Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los organismos reguladores tienen asignadas las funciones supervisoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras, y de solución de controversias y reclamos, tal como lo determina la Ley N° 27332.

Con el Decreto Legislativo N° 702, se creó al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, como organismo público encargado de garantizar la calidad y eficiencia del servicio de telecomunicaciones brindado al usuario y para proteger el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

Adicionalmente, mediante la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, Ley N° 27336 (en adelante, la "**Ley 27336**") se definieron y delimitaron las facultades del OSIPTEL. En este contexto, entre otras funciones, el OSIPTEL tiene asignada la función supervisoras. Esta función comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o de las supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por dicho organismo o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas. Esta actividad, denominada actividad de control, supervisión, inspección o vigilancia, implica el otorgamiento a la Administración Pública de facultades para realizar funciones de comprobación o constatación del cumplimiento de la normativa vigente.

POSICIÓN DE OSIPTEL

Actualmente se tiene que, tanto del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) cuentan con documentos normativos que establecen criterios, calificación y clasificación de la contratación de las empresas tercerizadas que ejerzan las funciones de fiscalización a cargo de dicha entidad; a efectos de regular la contratación de agentes privados para realizar las actividades de fiscalización.

A mayor abundamiento, se precisa que OEFA aprobó el Reglamento para la Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 00011-2020-OEFA-CD; mientras que OSINERGMIN cuenta con la "Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras" mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 198-2020- OS/CD publicada el 17 de julio de 2020 en el diario Oficial Peruano.

Ambos documentos mencionados se enmarcan, en líneas generales, dentro de lo dispuesto por normativa de contrataciones con el Estado y al TUO de la LPAG.

Por otro lado, es correcto el comentario de AFIN en cuanto a los alcances de la función supervisoras asignada al OSIPTEL, siendo esta función inherente a la Administración Pública. Así también, lo es para el funcionario público, sobre todo, al identificar que una actividad puede delegar a un tercero siempre y cuando cumpla con la normativa vigente.

En efecto, la función supervisoras del OSIPTEL hace referencia a un control administrativo o de vigilancia, de índole técnico, administrativo,



⁶ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/informes-publicaciones/1363672-politica-de-seguridad-de-la-informacion>
⁷ Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-renovo-certificacion-que-garantiza-gestion-adeuada-de-la-seguridad-de-su-informacion/>

Sobre el particular, el artículo 9° del Reglamento General de Supervisión de OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 090-2015-CD-OSIPTEL (en adelante, el "Reglamento de Supervisión") precisa que la supervisión "es el conjunto de actividades que desarrolla OSIPTEL para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas. Asimismo, comprende la verificación del cumplimiento de determinado mandato o resolución del OSIPTEL, dentro de su ámbito de competencia".



forma, el artículo 39° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, el "Reglamento General"), precisa que, a través de esta función corresponde a OSIPTEL supervisar, entre otros:



- niveles de calidad y eficiencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, incluyendo las relaciones con las empresas operadoras con los usuarios y el cumplimiento de las obligaciones de expansión del servicio;
- aplicación de las disposiciones normativas y/o regulatorias, dictadas en ejercicio de sus atribuciones;
- cumplimiento de las normas técnicas de interconexión y el derecho de las empresas operadoras a acceder a la red;
- competencia en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones;
- garantizar el cumplimiento por parte de las empresas operadoras de servicios, de la normalización establecida por el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTC) para los equipos y aparatos de telecomunicaciones, a fin de garantizar el uso de los mismos;
- cumplimiento de las obligaciones contraídas en los contratos de concesión;
- cumplimiento de las demás disposiciones vinculadas a las materias de su competencia.



Por lo tanto, a efectos de que OSIPTEL pueda ejercer su actividad de supervisión, mediante el artículo 15° de la Ley 27336 y el artículo 12° del Reglamento de Supervisión se establece las facultades específicas de supervisión que tendría OSIPTEL y su rol supervisor. Entre las principales facultades tenemos:



- solicitar a las entidades supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos y otros documentos, incluyendo planos, libros contables, facturas, recibos, comprobantes de pago, correspondencia comercial, registros electrónicos u otros y, de ser el caso, los programas e instrumentos que fueran necesarios para su lectura;
- solicitar la presentación de información relacionada con la facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o servicios, tráfico entrante y saliente, así como toda aquella necesaria para los fines de la acción de supervisión;
- acceder de manera presencial o remota a las dependencias, equipos e instalaciones de operación, de gestión de red y sistemas informáticos de la entidad supervisada;
- tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de la acción de supervisión;
- realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos, para lo cual pueden efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción de supervisión;
- solicitar o formular preguntas a representantes de la entidad supervisada, terceros y/o usuarios, según corresponda, cuyos resultados puedan resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos a que se refiere la acción de supervisión, así como utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, para ello utilizar grabaciones de audio o en video;
- solicitar que se porten como usuarios, potenciales clientes u otros a fin de facilitar el cumplimiento del objeto de la acción de supervisión;
- solicitar que en su acción de supervisión los equipos que consideren necesarios. La entidad supervisada debe permitir el acceso a los equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos;
- solicitar que se porten los equipos en los locales de las entidades supervisadas o en las áreas geográficas vinculadas a la actividad supervisada.



En orden de ideas, podemos señalar que la función supervisora del OSIPTEL hace referencia a un control administrativo o técnico, de índole técnico, administrativo, legal, ambiental, entre otros, que realiza el Estado – representado por el OSIPTEL – respecto de las obligaciones legales, contractuales y técnicas de los agentes supervisados bajo su ámbito de competencia. La finalidad de esta fiscalización sería detectar, poner en evidencia y hacer que se subsanen conductas contrarias no sólo a la legalidad de esta fiscalización sería detectar, poner en evidencia y hacer que se subsanen conductas contrarias no sólo a la legalidad de los contratos suscritos, sino también a las reglas técnicas de la actividad, con el fin de garantizar la consecución de los resultados esperados y la utilización racional de los recursos públicos, con el fin de garantizar la prestación de los servicios de telecomunicaciones.



Cabe concluir, por tanto, que nos encontramos ante una verdadera función pública; es decir, ante una actividad esencial al Estado, ejecutada -en principio- por una persona natural denominada "funcionario público", en nombre del Estado o al servicio de éste, pero que también podría ser delegada en un tercero siempre que se cumpla la normatividad vigente. GASPAR ARIÑO

legal, entre otros, que realiza el Estado – representado por el regulador - respecto de las obligaciones legales, contractuales y técnicas de los agentes supervisados bajo su ámbito de competencia. La finalidad de esta fiscalización es verificar el cumplimiento de obligaciones de diversa índole, eventualmente recoger evidencia y hacer que se subsanen conductas contrarias no sólo a la legalidad o a los contratos suscritos, sino también a las reglas técnicas de la actividad, con el fin de garantizar la prestación adecuada de los servicios públicos de telecomunicaciones.

No obstante, la "tercerización" de actividades de fiscalización es una actividad más bien excepcional, que implica reconocer que los privados puedan colaborar en el desarrollo de las funciones encargadas a los funcionarios públicos

Al respecto, cabe resaltar que, si bien el funcionario público puede delegar ciertas actividades a un tercero, el OSIPTEL mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos, siendo el concurso de los terceros un medio para lograr tal fin. Ello inspira el artículo 13° del presente Reglamento.



precisa que “la función pública supone normalmente [un] régimen autoritario y se ejerce a través de actos jurídicos: sentencias, certificaciones, órdenes, autorizaciones de policía, etc., (...)”.

Así, la función supervisora del OSIPTEL se encuadraría dentro de la “actividad de policía de la Administración Pública” (policía especial), la cual permite la determinación directa, general o particular de los límites negativos y positivos de las libertades de los ciudadanos y de los demás sujetos sometidos a las potestades administrativas (como serían los concesionarios de servicios públicos).

La actividad de policía que ejerce el OSIPTEL con la finalidad de verificar que los contratos de concesión, las normas aplicables y las obligaciones derivadas se cumplan a cabalidad por los agentes supervisados, no sólo por el cumplimiento en sí de los deberes de los habilitantes que le han sido otorgados, sino para que los ciudadanos puedan disfrutar de un servicio indispensable para el bienestar social (como es el acceso a servicios de telecomunicaciones), de manera regular y continua, y en régimen de igualdad y no discriminación, lo cual permite mejorar el bienestar social en general.

LOS EJEMPLOS PLANTEADOS POR EL SUSTENTO DEL PROYECTO EN REALIDAD SUSTENTAN LA FALTA DE HABILITACIÓN LEGAL DE OSIPTEL

COMENTARIO DE CLARO

Conforme al artículo N° 00001-DFI/2023, el OSIPTEL señala que la tercerización de actividades de fiscalización a nivel de organismos supervisados cuenta con antecedentes, especialmente en los casos del OSINERGMIN y del OEFA, organismos que cuentan con directivas reglamentarias que regulan la forma de tercerización.

Por lo tanto, el OSIPTEL no ha considerado que ambos organismos cuentan con **normas con rango de ley específicas que habilitan expresamente a la tercerización**. Por lo mismo, la tercerización de fiscalizadores en ambos organismos no cuenta con lineamientos o disposiciones reguladoras previamente aprobadas por la PCM.

El artículo 12° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, habilita al OEFA a ejercer la supervisión e inclusive a encargarse por su cuenta de aprobar sus propios criterios y procedimientos específicos para materializar la tercerización:

*“Artículo 12.- Supervisión y fiscalización por terceros
12.1 Las funciones establecidas en el presente capítulo, a excepción de la normativa y la sancionadora, podrán ser ejercidas a través de terceros en lo que corresponda.
12.2 El OEFA establecerá los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de los terceros que podrán ejercer dichas funciones, así como los procedimientos para la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión que realizarán”.*

De igual modo, el artículo 4° de la Ley N° 27699, Ley Complementaria de Fortalecimiento Institucional del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía -OSINERG habilita al hoy OSINERGMIN a tercerizar la supervisión y también para encargarse por su cuenta de aprobar sus criterios y procedimientos específicos:

*“Artículo 4.- Delegación de Empresas Supervisoras
Las funciones de Supervisión, Supervisión Específica y Fiscalización atribuidas al OSINERG podrán ser ejercidas a través de Empresas Supervisoras. Las Empresas Supervisoras son personas naturales o jurídicas debidamente calificadas y clasificadas por el OSINERG. Estas Empresas Supervisoras serán contratadas y solventadas por el OSINERG. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia.
Mediante resolución del Consejo Directivo del OSINERG se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas”.*

En este sentido, debemos advertir que las entidades mencionadas cuentan con normas de rango de ley que expresamente autorizan la tercerización de la función de supervisión, mientras que el OSIPTEL carece de una habilitación legal que le permita delegar esta importante función siendo la única forma de materializar dicha situación a través de la autorización previa de la PCM conforme a la LPAG.

POSICIÓN DE OSIPTEL

Conforme a lo mencionado anteriormente, la facultad de tercerizar las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización por parte del OSIPTEL se encuentra regulada por el TUO de la LPAG, específicamente en el artículo 59°, que dispone que las entidades administrativas podrán aplicar dicha figura salvo disposición distinta de la ley y que, de ser necesario, mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecen las disposiciones para la aplicación de esta modalidad.

Siendo esto así, debido a que este organismo – como entidad administrativa- cuenta con la facultad de tercerizar sus actividades de fiscalización, se formuló la consulta a la PCM sobre los lineamientos para la aplicación de dicha figura.

En tal sentido, reiteramos que mediante Oficio N° 0000960-2022-PCM-SGP de la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) indicó que el artículo indicado del TUO de la LPAG corresponde a una norma autoaplicativa, es decir, que la sola entrada de vigencia de la misma es suficiente para producir efectos jurídicos; concluyéndose que no es necesaria la emisión de un Decreto Supremo refrendado por la PCM para que el OSIPTEL tercerice sus actividades vinculadas a las funciones de fiscalización.

La propuesta normativa materia de comentario, va en la misma línea de actuación aprobada para el OSINERGMIN y el OEFA, sin perjuicio de la habilitación legal con la que cuentan ambos organismos con normas con rango de ley.

Por ello, ante la respuesta de la PCM al identificar la naturaleza jurídica aplicativa de la referida disposición, es decir, que no requiere de una condición ex ante. En suma, no resulta amparable que este regulador careciera de una habilitación legal suficiente que le permita delegar esta función.

SOBRE SI SE HA INCUMPLIDO EL PROCEDIMIENTO REGULAR DE APROBACIÓN DEL PROYECTO

COMENTARIO DE CLARO

Hacemos notar al regulador que, en el marco de la aprobación del Proyecto, se ha incumplido el artículo 27 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM (en adelante, el “Reglamento General”), el cual

POSICIÓN DE OSIPTEL

establece que antes de la emisión de una resolución aprobatoria se publicó en El Peruano y el contenido del proyecto en la web institucional conforme resuelve el artículo 2° de la



establece que los proyectos que aprueben reglamentos del sector deberán ser publicados en su totalidad en el diario oficial El Peruano, además de otros requisitos adicionales que pasamos a exponer:

“Artículo 27.- Participación de los interesados

Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción. OSIPTEL tiene facultad discrecional para decidir respecto de la incorporación de las sugerencias recibidas. La presentación de sugerencias no tiene carácter vinculante, ni da inicio a un procedimiento administrativo. La mencionada publicación deberá contener lo siguiente:

a) El texto completo del Reglamento, Norma y/o Regulación, que se propone expedir.(...)”
(subrayados agregados)

En el sentido, el texto completo del Proyecto no fue publicado en el diario oficial El Peruano el 13 de enero de 2023, en cumplimiento del artículo 27° del Reglamento General. El OSIPTEL optó por publicar el texto del Proyecto únicamente en su web. Es decir, solo publicó en el Diario Oficial la resolución que da cuenta del Proyecto, pero no el texto con las modificaciones normativas:

En consecuencia, para cumplir el artículo 27° del Reglamento General una norma plenamente vigente y parte del ordenamiento jurídico, debe ser la ley y cumplida por el regulador. Al haberse por tanto infringido dicha disposición, se genera otro supuesto de ilegalidad que determina que toda norma que se derive del Proyecto no sea válida ni exigible.

Esta circunstancia llama la atención pues en los últimos tiempos OSIPTEL venía cumpliendo el artículo 27° del Reglamento General, publicando en el diario oficial el texto completo del proyecto normativo, como ha ocurrido con el “*Proyecto de Norma que modifica diversas disposiciones referidas a la información y registro de modificaciones tarifarias y/o de atributos*” cuya aprobación fue ordenada por Resolución N° 006-2023.CD/OSIPTEL. Ese proyecto normativo fue publicado en el Diario Oficial el 14 de enero de este año 2023, incluyendo el texto completo del texto normativo propuesto, como se acredita con los siguientes pequeños extractos:

Proyecto de Norma que modifica diversas disposiciones referidas a la información y registro de modificaciones tarifarias y/o de atributos

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 0006-2023-CD/OSIPTEL
13 de enero de 2023

Proyecto de Norma que modifica diversas disposiciones referidas a la información y registro de modificaciones tarifarias y/o de atributos

mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y sus modificatorias (en adelante, Reglamento General), el Consejo Directivo del OSIPTEL es el órgano competente para ejercer de manera exclusiva la función normativa.
Que, en virtud a lo dispuesto en el inciso b) del artículo 25 del Reglamento General de OSIPTEL, este Organismo, en el ejercicio de su función normativa, tiene la facultad de dictar reglamentos o disposiciones de carácter general referidos a las reglas a la que están sujetos los procesos que se sigan ante cualquiera de los órganos funcionales del OSIPTEL.

Proyecto de Norma que modifica diversas disposiciones referidas a la información y registro de modificaciones tarifarias y/o de atributos

Primero.- Modificar el numeral 2.1 del numeral 3.3 del Anexo 8 de las Normas de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 172-2022-CD/OSIPTEL, conforme a los siguientes textos:

servicio, ni puede acreditar la entrega de información por esta vía.
La empresa operadora está prohibida de modificar unilateralmente el contrato de abonado, salvo que se trate de:
(i) Modificaciones de Tarifas y/o de atributos del servicio, conforme a lo establecido en el Reglamento de Tarifas, y/o
(ii) Modificaciones de condiciones contractuales que resulten más beneficiosas para el abonado.

Segundo.- La modificación del contrato de abonado se realizará cuando los mecanismos de contratación de los servicios de telecomunicaciones.

En el supuesto establecido en el numeral (ii), la empresa debe comunicar al OSIPTEL y a sus abonados la modificación respectiva, previamente a su aplicación, a través de un mecanismo que deje constancia de su recepción.”

En consecuencia, en los casos en que el regulador respetará el procedimiento regulado de emisión de sus normas. Si lo respeta, entonces encontrará que el OSIPTEL está legalmente habilitado a aprobar el Proyecto.

TARIFARIO AFIN

Normalmente, el ejercicio de funciones públicas se vincula a la presencia de una Administración Pública, que ejerce los poderes que el ordenamiento jurídico le otorga. Sin embargo, desde hace ya tiempo se discute la posibilidad de atribuirle a sujetos

referida resolución, lo cual da cumplimiento a lo resuelto por la resolución, publicándose adecuadamente.

Cabe mencionar, a modo de ejemplo, los casos de las Resoluciones de Consejo Directivo N° 082-2017-CD/OSIPTEL⁸ y N° 150-2020-CD/OSIPTEL⁹, las cuales aprobaron los proyectos de ley referidos al Procedimiento de Emisión de Mandato para la Liberación de Interferencias asociadas a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y el Procedimiento para el retiro de elementos no autorizados que se encuentren instalados en la infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones; respectivamente.

Las referidas resoluciones que aprueban los proyectos, fueron publicadas en el diario oficial El Peruano, en tanto que sus proyectos normativos, exposición de motivos e informes, fueron publicados en el portal del OSIPTEL, conforme lo dispuesto en la misma resolución.

Tales casos, han generado tanto con la publicación de sus proyectos, así como –actualmente- con la publicación de sus normas, efectos jurídicos en los administrados, pues actualmente ambos proyectos son normas aplicables por el OSIPTEL, recaídas en las Resoluciones de Consejo Directivo N° 157-2017-CD/OSIPTEL y N° 182-2020-CD/OSIPTEL, respectivamente.

En ese sentido, OSIPTEL cumplió con publicar la norma que aprueba el proyecto normativo en el diario oficial El Peruano el 13 de enero del 2023, siendo el anexo el cual contiene el proyecto normativo en sí, publicado en el portal del organismo regulador, cumpliendo así con la referida disposición, y con lo establecido en cuanto al contenido de la publicación del proyecto para que las personas interesadas formulen comentarios sobre las medidas propuestas, de acuerdo al Decreto Supremo N° 001-2009-JUS.

POSICIÓN DE OSIPTEL

Como bien se ha señalado líneas arriba, el concurso de un tercero constituye un medio, en tanto el OSIPTEL mantiene la competencia

⁸ Publicada el 17 de julio de 2017 en el diario oficial “El Peruano”.

⁹ Publicada el 27 de febrero de 2020 en el diario oficial “El Peruano”.



privados el ejercicio de dichas funciones públicas. Este debate se ha agudizado desde hace unos años, pues ciertas actividades que tienen un importante componente técnico y que tradicionalmente han venido siendo realizadas por la Administración Pública, como parte de su actividad de policía, se encargan a sujetos privados, para las que las realicen en lugar de la Administración. Cobra así importancia el debate sobre las llamadas entidades colaboradoras de la Administración. En palabras de Dolors CANALS I AMETLLER, se trata del "recurso a la colaboración privada para el ejercicio de funciones públicas de control, *ón y certificación en aquellos ámbitos en los cuales, en su gran mayoría, el desarrollo tecnológico es el imperante y el o de la técnica y su complejidad rebasa los conocimientos de las instancias públicas*".

laboración se da en un primer momento a través del mero apoyo técnico del privado a la Administración Pública, pero sin *propriadamente funciones públicas. Sin embargo, la evolución de esta figura ha llevado a una sustitución de la actividad de nistración por parte de los privados, que de este modo ejercerían funciones públicas*⁶, al menos en dos ámbitos *as: la inspección o control, por el cual se constata el cumplimiento de la normatividad vigente y que termina con la emisión forme o acta que será utilizado en otro procedimiento (debido al carácter instrumental de estas figuras), y la actividad lora, que implica dar un paso más, pues la actividad privada en ejercicio de la función pública delegada no exige una actuación pública, para la cual es instrumental, sino que conlleva el otorgamiento de un título habilitante*

lado, las entidades colaboradoras deben reunir una serie de requisitos de carácter subjetivo a efectos de poder ser *de la función encargada por la Administración Pública, pues es necesario que acrediten su imparcialidad y sus ientos técnicos, lo que constituye el fundamento mismo de su admisibilidad. Por esta razón la normativa aplicable e unos procedimientos para la obtención de los títulos habilitantes correspondientes, sin los cuales no se puede mente ejercer dichas competencias. En este sentido, se ha afirmado con razón que "debe exigirse un exquisito cuidado gulación de las condiciones en que deben realizarse estas actuaciones y los requisitos para el ejercicio de la función ra"*

bras de FERNÁNDEZ RAMOS, "en todo caso, es imperativo que la ordenación de este aparentemente imparable *no se lleva a cabo con la cobertura legal adecuada (véase STS de 18 de junio 2006, Ar. 4508), satisfaciendo amente las exigencias inherentes al principio de legalidad en una actividad inequívocamente pública. Asimismo, debe arse que estas entidades privadas para obtener la correspondiente acreditación o habilitación cumplen los requisitos rales y funcionales precisos para desempeñar la función inspectora con garantías de objetividad y eficacia, y que se las exigencias de solvencia técnica y financiera y, sobre todo, de imparcialidad de la entidad*".

te acuerdo respecto de la naturaleza de los títulos en virtud de los cuales estas entidades colaboradoras de la *tración ejercen las funciones, pues en ocasiones se acude a la figura de la concesión (que permite poner de manifiesto dad pública de la actividad y justifica la limitación en el número de sujetos habilitados), mientras que en otras se emplea orización. Sin embargo, lo cierto es que el empleo de ambos títulos encuentra serios obstáculos, pues no nos imos propiadamente ante un "servicio público", ámbito normal de las concesiones, sino ante una función pública, lo cual también cuestionar el empleo de la técnica autorizatoria. Así, las autorizaciones se vinculan a ámbitos en los cuales derechos preexistentes, lo cual puede ser puesto en tela de juicio cuando se trata del ejercicio de funciones públicas. En , antes que utilizar las nociones de concesión o autorización, resulta más correcto acudir a la noción de "delegación" de les, como justificación del ejercicio privado de estas funciones.*

sentido, la delegación administrativa es una técnica jurídica por la cual una Administración Pública o un órgano que *a ésta, altera su elemento objetivo debido a que transfiere la competencia que le ha sido atribuida a otro órgano de su rganización o a un tercero (que puede ser otra Administración Pública o un privado).*

ñalar que en este tipo de delegaciones de competencia deben observarse los siguientes principios:
mpetencia delegada debe regirse por la legislación propia de la entidad delegante (OSIPTEL);
legación debe hacerse en materia que afecte a la entidad delegada y siempre que con ello se mejore la eficacia de la pública;
tidad delegante podrá dictar instrucciones técnicas de carácter general y recabar en cualquier momento la información esite;
tidad delegante podrá revocar la delegación; y,
os actos de la entidad delegada (o del sujeto delegado) podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante.

Por tanto, al tratarse de una delegación, los requisitos para que ésta se realice son especialmente exigentes, requiriéndose además una norma con rango de ley que así la permita¹⁵. Así, si bien en ocasiones se ha pretendido acudir a la figura de los convenios o contratos de colaboración para explicar este ejercicio privado de competencias públicas, lo cierto es que únicamente

exclusiva para emitir actos administrativos, facultad que no ejerce el tercero.

En efecto, se coincide en que la Administración Pública no es libre para elegir los medios que puede emplear para habilitar a los privados para que estos ejerzan sus competencias, pues esto incurriría en una arbitrariedad. Precisamente, el OSIPTEL propone el presente proyecto normativo en concordancia al artículo 59° del TUO de la LPAG que habilita al organismo regulado a tercerizar las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización.

En suma, se pueda tercerizar la actividad de fiscalización, en virtud de lo dispuesto por la LPAG. En efecto, no encontramos disposición o norma legal distinta que restrinja al OSIPTEL el uso de esta figura jurídica. Máxime si la citada Ley dispone que: *Todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley.*



será posible cuando la norma lo permita, y empleando el mecanismo expresamente previsto en la ley, sin que quepa acudir a otro en su lugar. La Administración Pública no es libre (no lo es nunca, en realidad) para elegir los medios que puede emplear para habilitar a los privados para que estos ejerzan sus competencias, lo que excluye que pueda contratar sobre éstas (salvo que una norma expresamente lo establezca).



En el sentido de lo dispuesto por la LPAG, sin embargo, la misma norma establece esta tercerización resulta admisible posición distinta de la ley. En nuestra opinión, esta excepción no hace referencia a la propia LPAG, sino a cualquier norma con rango de ley, de la cual se desprenda una regla distinta. Nótese que, en realidad, la "tercerización" de actividades de fiscalización es una actividad más bien excepcional, que implica reconocer que los privados puedan ejercer funciones normalmente encargadas a los poderes públicos (incluso si no se trata de dictar "actos administrativos", con un contenido de modo que pueden existir normas y sectores donde se haya considerado mejor establecer una regla distinta.



En el sentido de lo dispuesto por la LPAG, sin embargo, la misma norma establece esta tercerización resulta admisible posición distinta de la ley. En nuestra opinión, esta excepción no hace referencia a la propia LPAG, sino a cualquier norma con rango de ley, de la cual se desprenda una regla distinta. Nótese que, en realidad, la "tercerización" de actividades de fiscalización es una actividad más bien excepcional, que implica reconocer que los privados puedan ejercer funciones normalmente encargadas a los poderes públicos (incluso si no se trata de dictar "actos administrativos", con un contenido de modo que pueden existir normas y sectores donde se haya considerado mejor establecer una regla distinta.



En el sentido de lo dispuesto por la LPAG, sin embargo, la misma norma establece esta tercerización resulta admisible posición distinta de la ley. En nuestra opinión, esta excepción no hace referencia a la propia LPAG, sino a cualquier norma con rango de ley, de la cual se desprenda una regla distinta. Nótese que, en realidad, la "tercerización" de actividades de fiscalización es una actividad más bien excepcional, que implica reconocer que los privados puedan ejercer funciones normalmente encargadas a los poderes públicos (incluso si no se trata de dictar "actos administrativos", con un contenido de modo que pueden existir normas y sectores donde se haya considerado mejor establecer una regla distinta.

SI EL PROYECTO PRETENDE AUTOEXIMIR AL REGULADOR DE LA APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

TARIFARIO DE CLARO

En el particular, si bien el Proyecto hace múltiples referencias a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, causa preocupación que se pretenda aprobar disposiciones que vulneran el marco legal de las contrataciones del Estado. Al respecto, por ejemplo, el artículo 7° (b) añade un impedimento no recogido en la normativa de contratación y su artículo 4° prevé la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento siendo ello una excepción fuera del marco legal en tanto el regulador no puede establecer la simple supletoriedad de normas que le son de aplicación obligatoria.

POSICIÓN DE OSIPTEL

El proyecto de modo específico, en su artículo 9°, establece que el proceso de selección y otros se rige por la LCCE.

Ergo, se apreciará una aplicación amplia de las disposiciones de dicho cuerpo legal, su reglamento y normas complementarias.



En el particular, si bien el Proyecto hace múltiples referencias a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, causa preocupación que se pretenda aprobar disposiciones que vulneran el marco legal de las contrataciones del Estado. Al respecto, por ejemplo, el artículo 7° (b) añade un impedimento no recogido en la normativa de contratación y su artículo 4° prevé la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento siendo ello una excepción fuera del marco legal en tanto el regulador no puede establecer la simple supletoriedad de normas que le son de aplicación obligatoria.

LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES DE ORDEN TÉCNICO

TARIFARIO DE CLARO

Complejidad del sector y ausencia de cuadros técnicos especializados:

El sector de telecomunicaciones, a diferencia de otros sectores regulados, posee una regulación a nivel técnico que abarca casi la totalidad de las actividades de las empresas operadoras de telecomunicaciones.

POSICIÓN DE OSIPTEL

a) El sector de las telecomunicaciones tiene una amplia dinámica en el Perú, a partir de la prestación de servicios múltiples concesionarios (880 prestadores, aproximadamente)



En el particular, si bien el Proyecto hace múltiples referencias a la aplicación de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, causa preocupación que se pretenda aprobar disposiciones que vulneran el marco legal de las contrataciones del Estado. Al respecto, por ejemplo, el artículo 7° (b) añade un impedimento no recogido en la normativa de contratación y su artículo 4° prevé la aplicación supletoria de la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento siendo ello una excepción fuera del marco legal en tanto el regulador no puede establecer la simple supletoriedad de normas que le son de aplicación obligatoria.

La fiscalización reiterada y exhaustiva que hace este organismo del OSIPTEL un regulador de vanguardia, que tiene experiencia acumulada. Esta experiencia no solo se encuentra en el sector sino que, además, se advierte en el sector, es decir en los servicios de los privados.

A tal ejemplo, y precisamente por la especialización del sector, es que --hasta la fecha-- las competencias de evaluación de cumplimiento en materia de libre y leal competencia (excepto a nivel publicitario) se mantiene dentro del OSIPTEL y no bajo el INDECOPI. Existe un reconocimiento tácito, por tanto, de la necesidad de sumar cuadros especializados en lo posible para posibilitar el buen funcionamiento del regulador y el mercado.

Luego, de ello tenemos las supervisiones realizadas en el MIC – PRONATEL y las propias encargadas por las empresas prestadoras, lo cual hace que la experiencia del sector sea importante y se encuentren los elementos necesarios para una implementación razonable y gradual de la presente norma.



Lo anterior, sin embargo, no es posible en un escenario donde los potenciales terceros supervisores carezcan de la experiencia y formación en materia de telecomunicaciones. A diferencia, por ejemplo, del sector energético, donde existen maquinarias y recursos que involucran a una multiplicidad de empresas, en el sector de telecomunicaciones el número reducido (comparativamente) de agentes regulados ha hecho que a la fecha no exista un gran número de técnicos en el mercado que puedan ofrecer de forma eficiente los servicios de tercerización requeridos.



imiento y especialización, reiteramos, hace que no pueda extenderse la formación de otros sectores (caso que ocurre sinergia entre el OEFA y el OSINERGMIN) pero además impide que en el corto plazo se puedan gozar de cuadros los.



ado hace que únicamente pueda considerarse la tercerización de la actividad de fiscalización en el sector una vez que, enos en el mediano plazo, se hayan formado múltiples supervisores con los requerimientos adecuados. El Proyecto, por debería trabajar en objetivos a largo plazo que en este momento no pueden materializarse.



o, sugerimos modificar el Proyecto, de modo tal que las propuestas sean transformadas en disposiciones que aseguren ción a futuro de los terceros supervisores, preferentemente dentro del propio OSIPTEL, es decir, que se trate de rios de carrera.

idad de priorizar la formación de funcionarios de carrera



emos señalado, la labor del organismo regulador de mantener el equilibrio en la relación tripartita del sector onarias, Estado y usuarios) requiere de un alto grado de capacitación técnica y especialización que no debe ser dejada Por lo mismo, más allá de que a la fecha no existen en el mercado supervisores especializados adecuados, la propuesta contradictoria con la constante inversión en especialización y capacitación del personal profesional y técnico del r, puesto que sólo requerirá ceñirse a recibir informes de terceros ajenos a la institución.



o, nuestra experiencia como empresa operadora con varios años en el mercado peruano nos ha mostrado que los ores privados no poseen la misma formación y conocimiento técnico-jurídico comparable al de los funcionarios públicos PTEL.



ello es inadecuado que las funciones de supervisión sean delegadas a empresas que difícilmente contarán con personal o para afrontar las labores de supervisión con eficacia y respeto a diversos principios generales como la legalidad, lidad, ejercicio legítimo del poder, seguridad jurídica, entre otros relevantes en todo Estado de Derecho.



veniencia práctica que hemos descrito podría agravarse no solo por las particularidades y complejidad del sector de ununicaciones sino también por los siguientes factores:

Para el ejercicio de su función supervisora, los funcionarios del OSIPTEL acceden a información confidencial protegida constitucionalmente por el deber de protección de datos y secreto de las telecomunicaciones². De ahí que el Proyecto haya incorporado disposiciones específicas para proteger la confidencialidad de la información a la que accedan los supervisores.

Sin embargo, una única disposición (reducida) vinculada a la obligación de confidencialidad no alcanza para salvaguardar información altamente esencial, que puede comprender, entre otros, datos personales de todos los clientes de los servicios públicos de telecomunicaciones, como dirección, consumos mensuales, detalle de llamadas realizadas, entre otros. El acceso a esta información por parte de terceros puede involucrar un grave riesgo para los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y para la seguridad nacional porque puede ser utilizada para la comisión de ilícitos, como suplantación de identidades, secuestros o extorsiones. Inclusive, no puede perderse de vista que las acciones de fiscalización que lleva a cabo el OSIPTEL no resultan equivalentes a las labores de supervisión que realizan otros organismos y que son encargados a terceros, como puede ser SUNASS, OSINERGMIN y OSITRAN, **dado que en dichos supuestos no está en juego el acceso a información personal de los peruanos ni mucho menos la información protegida por el secreto de las telecomunicaciones.**

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en virtud de la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, que dispone el fortalecimiento de la función supervisora **en virtud a la implementación de herramientas para acceder de manera remota a los sistemas y bases de las empresas operadoras, el personal de las empresas supervisoras privadas podrán acceder a información privilegiada y sumamente confidencial relacionada a la operativa y gestión de red de las empresas operadoras,** tales como información detallada de nuestros sistemas operativos, desarrollos y

A ello responde que no todas las obligaciones supervisadas por el OSIPTEL serán objeto de tercerización., a tenor de los propuestos en la lista contenida en el artículo 12° sobre materias tercerizables.

b) Los funcionarios de carrera se encuentran capacitados permanentemente bajo un enfoque contemplado en el Plan de Desarrollo de Personas de esta entidad. Ello responde a la dinámica del sector y la interacción de los diferentes profesionales que el tema conlleva.

Lo que se pretende es ampliar el alcance de las acciones de fiscalización, a efectos de superar las limitaciones presupuestales de personal que se presentan en la actualidad. La presente norma brinda lineamientos, sin perjuicio que los términos de referencia, que se elaboren en su oportunidad, abundaran en la calificaciones y detalles de los puestos requeridos.

Por otro lado, es inadecuado indicar que no existen supervisores especializados en el mercado, cuando en el ámbito académico se ofrecen diferentes carreras que han ido incrementando su demanda y, a su vez, se han ido especializando, tales como: ingeniería de sistemas, ingeniería mecatrónica, ingeniería electrónica, ingeniería de telecomunicaciones y demás. Siendo esta última carrera ofrecida en diversas universidades, incluso de gran prestigio.

A mayor abundamiento, lo anterior se ve reflejado en la alta demanda y progreso de ejecución de los proyectos de telecomunicaciones en el Perú en los últimos tiempos, siendo que, por ejemplo, respecto a la implementación del acceso a internet con fibra óptica nacional, las conexiones con la referida fibra óptica acumulan una tasa de crecimiento promedio anual de 165%, en los últimos cinco años, al cierre del tercer trimestre de 2022¹⁰; lo cual no sería posible de no existir profesionales especializados en el campo de las telecomunicaciones que efectivamente ejecuten esta implementación de nueva tecnología.

Ello no sería posible de ofrecer por las universidades sino existiese la demanda necesaria.

Además, actualmente el Consejo Nacional de Ciencias, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec) autoriza a determinados establecimientos como centros especializados en investigación y desarrollo tecnológico, considerarse como centros de especialización en carrera, tales como en eléctrica, electrónica, informática; entre otras; pertenecientes a diversas universidades, institutos y empresas privadas¹¹.

En ese sentido, en la actualidad existen profesional capacitación técnica y especialización en el sector telecomunicaciones.

De otro lado, según el presente comentario, la obligación de confidencialidad no alcanzaría para salvaguardar información altamente esencial, que puede comprender, entre otros, datos



¹⁰ <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-peru-supera-el-millon-de-conexiones-a-internet-fijo-con-fibra-optica/>

¹¹ <https://vinculate.concytec.gob.pe/asociate/buscador-de-centro-idi/#>

equipamiento de telecomunicaciones, alarmas de red, detalle de la infraestructura, es decir, todo aquello que motivó justamente la aprobación de la referida resolución.

Además de ello, el personal de las empresas supervisoras privadas podrán tener acceso a información contable y/o financiera, plataformas de tarificación, ubicación estratégica de nuestras estaciones base (BTS), cuya divulgación podría afectar inclusive la seguridad nacional del país, tal como lo ha reconocido el propio Ministerio de Defensa, entre muchas otras, sin que exista una garantía real de que el tratamiento de dicha información sea llevado a cabo de acuerdo a los parámetros legales y técnicos necesarios para salvaguardar su integridad y uso razonable. De hecho, el personal de las empresas supervisoras privadas no serán legalmente designados como funcionarios públicos de la entidad, por ende, no podría aplicárseles las sanciones y/o medidas administrativas que la normativa vigente prevé en el caso se vulneren las obligaciones relativas a la estricta confidencialidad de la información a la que tengan acceso. Asimismo, la sensibilidad de los datos involucrados genera que se requiera un mayor control que actualmente solo pueden brindar las propias operadoras y el regulador por su experiencia y uso de tecnología específica. Admitir a terceros sin experiencia en el manejo de esta información es aumentar el riesgo del tratamiento inadecuado de información y pone a las empresas y al regulador en riesgo de ser objeto de denuncias y procesos de parte de aquellos usuarios que (con justicia) puedan considerar que sus datos serán tratados bajo finalidades previamente no informadas y bajo estándares distintos a los que suelen proporcionar los actores de la industria.

punto nos permitimos hacer mención a un hecho anómalo ocurrido hace algunos años en donde, si bien no existió una acción de la facultad de supervisión del OSIPTEL propiamente dicha, el regulador contrató los servicios de una supuesta ra denominada "Consortio Consultores León & Silva SAC. y Gestión Gubernamental & Corporativa SAC." a fin de ar los posibles problemas en la validación de la información sobre los equipos terminales móviles reportados como os, perdidos o recuperados, que es remitida al OSIPTEL por parte de las empresas operadoras del servicio público móvil. a oportunidad, OSIPTEL entregó a dicha empresa acceso a información privilegiada por ser confidencial y reservada, a los sistemas y procesos internos de todas las empresas operadoras, así como los números de IMEI de equipos os/liberados en la red de las operadoras, llegando inclusive a constituirse en nuestras instalaciones en compañía del de la referida consultora.

La ello, el consorcio entregó al OSIPTEL un Informe Final con sus conclusiones, el cual sirvió de sustento para el inicio ocedimiento sancionador en contra de nuestra compañía. CLARO pudo tener acceso a la documentación e información la en el respectivo expediente de supervisión, y tomó conocimiento del Contrato N° 001-2016/OSIPTEL celebrado con nsultora, advirtiéndolo siguiente:

No existía un Acuerdo de Confidencialidad suscrito entre el OSIPTEL y Consortio Consultores León & Silva S.A.C. y Gestión Gubernamental & Corporativa S.A.C., a fin de que este último mantuviera la confidencialidad de la información relacionada a la identificación de los equipos móviles reportados como sustraídos, perdidos y recuperados, así como las consecuencias de su incumplimiento.

La empresa Consultores León & Silva SAC., integrante del Consorcio, mantenía sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, desde el 03 de mayo de 2016.

El Consorcio estaba representado por el Sr. Gerardo Alexander León Siguas, quien suscribió el Contrato N° 001-2016/OSIPTEL, el mismo que figuraba como requisitoriado por el delito de lavado de activos, conforme a la publicación efectuada por el Ministerio del Interior.

El señor Gerardo León Siguas (parte del sindicato CLAN SIGUAS) había sido denunciado y estaba siendo investigado por delitos de lavado de activos, peculado, estafa, falsificación de documentos, falsificación y uso de documentos privados falsos, abuso de firma en blanco, asociación ilícita para delinquir, entre otros, en agravio de Municipalidades, Entidades del Estado, Gobiernos Regionales, empresas privadas, entre otro, cometidos desde el año 2002, conforme se verifica de la noticia publicada en el Diario La República.

se desprende que OSIPTEL puso a disposición de dicha empresa diversa información privilegiada por ser confidencial y la, referida a los sistemas y procesos internos de todas las empresas operadoras, así como los números de IMEI de bloqueados/liberados en la red de las empresas operadoras, sin tener en consideración que dicha empresa se ba representada por un presunto delincuente investigado por la justicia peruana, por lo que dicha información, protegida rte de los datos personales, pudo ser utilizada para la comisión de ilícitos, como suplantación de identidades, secuestros conclusiones, entre otros5.

Al contratar a empresas supervisoras privadas (como indicamos, sin amplia experiencia previa), tendremos a personal con acceso a información privilegiada y sumamente confidencial, tales como datos personales de todos los clientes de los servicios públicos de telecomunicaciones, específicamente direcciones domiciliarias, consumos mensuales, detalle de llamadas realizadas, así como información propia de la empresa operadora, tales como la relacionada a la operativa y gestión de red,

personales de todos los clientes de los servicios públicos de telecomunicaciones, como dirección, consumos mensuales, detalle de llamadas realizadas, entre otros.

Sin perjuicio, de nuestras consideraciones sobre el presente comentario, es preciso señalar que el proyecto contempla el establecimiento de materias susceptibles se tendrá en consideración las materias relacionadas a la información sensible a efectos de tercerizar o no determinadas labores específicas.

Ciertamente, el acceso a esta información por parte de terceros puede involucrar un riesgo para los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y para la seguridad nacional porque puede ser utilizada para la comisión de ilícitos, por ello el OSIPTEL cuenta con políticas, normas y procedimientos de actuación frente a información sensible y, estas van desde la declaración de confidencialidad y adecuado acceso a esa información hasta el desarrollo propio derivados de la implementación de la Ley de Protección de Datos Personales.

En cuanto a la afirmación que las acciones de fiscalización que lleva a cabo el OSIPTEL no resultan equivalentes a las labores de supervisión que realizan otros organismos -que son encargados a terceros-, como las realizadas por SUNASS, OSINERGMIN y OSITRAN, dado que en dichos supuestos no está en juego el acceso a información personal de los peruanos ni mucho menos la información protegida por el secreto de las telecomunicaciones. Este organismo saluda el relieve que, de las acciones de supervisión, tiene la referida empresa operadora, sin perjuicio de ello, reitera lo señalado en la LPAG en el sentido que todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley

Precisamente, la sensibilidad de los datos involucrados genera que se requiera un mayor control y a ello responden los estándares y procedimientos implementados por el OSIPTEL.

c) El número de agentes económicos relevantes para la fiscalización en el mercado son reducidos, sin embargo, el ámbito de acción que ejercen sus actividades, se entiende a nivel nacional

En efecto, tenemos una serie de empresas de radiodifusión que deben ser fiscalizadas. No obstante, no solo es importante la cantidad de entidades fiscalizadas, sino cuántos son los usuarios abonados de cada una de estas que resultarán beneficiados por la mejora del servicio de telecomunicaciones, mejora que solo se concretará en la medida que se evidencie una constancia de fiscalizaciones a las principales empresas operadoras y agentes que operan en el mercado.

d) El hecho que los recursos adicionales pueden significar mayores recursos para la supervisión, en atención a ello es razonable entender la ampliación del alcance y el ámbito de la fiscalización que pretendemos alcanzar.



información de los sistemas operativos, desarrollos y equipamiento de telecomunicaciones, alarmas de red, detalle de la infraestructura, entre otros. El daño que podría generarse ante una utilización indebida de la información recopilada es enorme y un artículo del Proyecto no constituye una opción regulatoria preventiva adecuada.

Si bien es cierto que no todas las empresas del sector poseen dichas contingencias y antecedentes, lo cierto es que los usos actuales de selección de supervisores y contratación de terceros no dependen totalmente del OSIPTEL, ya que, en función de entidad pública, el regulador está sujeto a una serie de disposiciones normativas en materia de contrataciones que permitan que pueda tener la flexibilidad necesaria para desarrollar relaciones contractuales únicamente con terceros que cuenten con total probidad y competencia en su manejo de información sensible y altamente compleja.

Por lo tanto, reiteramos que por la especificidad y alta tecnicidad de los datos que se pueden recopilar en el sector (y la forma en que se realiza dicha actividad) se requeriría de la colaboración de empresas supervisoras con una experiencia y condiciones técnicas mayores que las de otros sectores y, por lo mismo, actualmente no consideramos que en el mercado peruano exista una oferta suficiente de actores con dichas condiciones al punto de garantizar procesos de selección competitivos que brinden resultados mínimos de eficiencia y eficacia.

Por lo tanto, podrá advertir, resulta inadecuado que el Proyecto pretenda que el personal de las empresas supervisoras privadas pueda ejercer con la posibilidad de efectuar acciones de supervisión, y con ello acceder a información que se encuentra protegida por el carácter funcionalmente reservado. Consideramos firmemente que este tipo de información debe estar reservada a los funcionarios públicos debidamente designados por el Estado Peruano, pues éstos se encuentran debidamente facultados para llevar a cabo labores de supervisión y por ende responden ante cualquier tipo de responsabilidad funcional, circunstancia que está ausente en el caso de actores que no se encuentran bajo el ámbito de las normas de ética y de la función pública.

Por lo tanto, cuando lo anterior, resaltamos nuevamente la inconveniencia de la incorporación de empresas privadas en los procesos de supervisión pero además manifestamos nuestro desacuerdo respecto a la aprobación de esta medida, pues como hemos indicado, no contribuye sino que disminuye la seguridad jurídica y confianza en la actividad de los supervisores, ya que si se tiene en cuenta el nivel y calidad de información que se maneja en el sector y la poca o nula experiencia de este tipo de actores complementario.

Reducción de empresas supervisadas

Por lo tanto, en el contexto señalado, y en el mismo sentido, respecto al punto 1.2 del Proyecto, hacemos notar que a diferencia del OSINERGMIN (que agrupa la supervisión de sectores como el gas, energía eléctrica, hidrocarburos e inclusive minería) y del OEFA (cuyo control, por vincularse a la legislación ambiental, alcanza la totalidad de las actividades industriales del país), el sector de telecomunicaciones posee comparativamente un número mucho más reducido de agentes regulados, situación que impacta en la posibilidad de continuar fortaleciendo y mejorando la supervisión a cargo de funcionarios de carrera.

Por lo tanto, en el contexto de las acciones de supervisión del regulador (por ejemplo, en el año 2022) arroja que la mayoría de los agentes regulados son empresas operadoras móviles, siendo solamente cuatro empresas en las cuales el regulador se concentra, lo que conlleva a un correspondiente ahorro de recursos humanos y técnicos. Por lo mismo, el Proyecto no ha evaluado que la optimización de recursos encuentra un apoyo en el menor número de agentes regulados, circunstancia que como vemos puede contribuir a la eficiencia de la gestión de agentes supervisores del propio OSIPTEL sin involucrar terceros carentes de preparación y especialización.

Asignación de mayores recursos

Por lo tanto, como elemento de implementación, un aspecto a considerar que apoya la permanencia de los supervisores de carrera es el hecho de que recientemente el OSIPTEL ha incrementado las alícuotas del aporte por regulación (Decreto Supremo N° 134-2021-PCM) lo que implica que el personal de carrera vendrá a percibir mayores recursos que podrán ser destinados directamente a la formación y contratación directa de nuevos recursos (funcionarios) de carrera.

Por lo tanto, las medidas económicas, por tanto, constituyen aspectos que el OSIPTEL ha evaluado en diversas oportunidades, sin que necesariamente se llegue a recurrir como alternativa de solución a la contratación de terceros supervisores.

Por lo tanto, cuando lo anterior, observamos que existen una serie de circunstancias legales y técnicas que, por el momento, no nos permiten aconsejar la aprobación del Proyecto. Confiamos entonces en que el regulador tomará en cuenta nuestras observaciones, de modo que a futuro se adopten opciones adicionales en defecto de la tercerización de supervisores.

Referente al incremento de alícuota de los aportes por regulación al OSIPTEL, cabe precisar que, de acuerdo a la exposición de motivos del citado Decreto Supremo N° 134-2021-PCM, se da en razón de diversos factores como el crecimiento del mercado de los servicios de telecomunicaciones, crecimiento de servicios móviles; lo cual se condice con mayores necesidades de las funciones de este organismo, tales como regulación y fiscalización de los servicios públicos.

En dicho orden de ideas, el presente proyecto tiene como objetivo incrementar las intervenciones del regulador para garantizar el cumplimiento de las normas de los servicios públicos de telecomunicaciones a través de la tercerización.

Finalmente, cabe destacar que OEFA y OSINERGMIN – organismos que cuentan con un reglamento para tercerización de sus funciones de supervisión – también en los últimos años han actualizado periódicamente sus tasas de aporte por regulación, a través de los Decretos Supremos N° 202-2019-PCM y N° 203-2019-PCM, en el caso de OEFA ; y, mediante el Decreto Supremo N° 199-2019-PCM en el caso de OSINERGMIN; según lo expresado en el ya mencionado documento de exposición de motivos del Decreto Supremo N° 134-2021-PCM; esto sin mención específica a sus reglamentos o disposiciones de tercerización de actividades. Por ello, no se acoge el presente comentario.



Comentarios de AFIN

Posición de OSIPTEL

Mediante el proyecto se pretende obligar al operador a modificar todos sus sistemas a efectos de permitir al OSIPTEL a acceder a toda la información que esta entidad considere conveniente, sin que se delimite específicamente qué tipo de información o datos técnicos pueda requerir el OSIPTEL.

En consecuencia, será obligación del operador asumir todos los costos relacionados a la implementación de un sistema con características o a modificar los sistemas con los que ya cuenta, a efectos de permitir al OSIPTEL acceder a la información que esta entidad se le ocurra revisar. Asimismo, OSIPTEL no está tomando en consideración que proporcionar acceso a los sistemas de red podría generar costos al operador, ya que podría generar que éstos tengan que adquirir sistemas de seguridad, contar con mayores servidores, o contratar servicios de VPN para que terceros puedan acceder a sus sistemas fuera de las instalaciones del operador.

En este sentido, el OSIPTEL estaría trasladando al operador todos los costos en que se deba incurrir para poder ejecutar una actividad, siendo el operador el único afectado con todas estas medidas, lo cual incide directamente el derecho de libre competencia de los operadores. Debe tomarse en consideración que los operadores, se encuentran obligados a realizar el pago de impuestos por Regulación en favor del OSIPTEL, con el objeto de que dicho regulador cuente con los recursos suficientes para sus actividades, por lo que no resulta razonable que, en adición al pago de dicho tributo, los operadores deban costear los gastos de supervisión de la administración (más aun cuando existen medidas menos gravosas para fiscalizar los índices de calidad de la prestación de servicios de telecomunicaciones).

Costos de AFIN

La actividad de supervisión no puede realizarse de manera irrestricta y sin ningún límite, debiéndose acoger esta actividad al marco normativo que le resulta aplicable y a los principios que rigen a la actuación de la Administración Pública. Por tanto, resulta necesario verificar si las acciones de supervisión que se estarían otorgando al OSIPTEL son razonables, proporcionales, y si se ajustan a la normativa aplicable y a los principios que regulan a la actividad de supervisión del OSIPTEL.

Es importante señalar que, mediante el proyecto normativo, no se está regulando por primera vez la posibilidad de que el operador tenga acceso remoto a los sistemas y softwares que son operados por los operadores de telecomunicaciones, toda vez que esto ya se encuentra contemplado en la normativa que regula las funciones del OSIPTEL.

Adicionalmente, mediante el artículo 15° de la Ley 27336 y mediante el artículo 12° del Reglamento de Supervisión se han establecido las facultades del OSIPTEL para "acceder de manera presencial o remota a las dependencias, equipos e instalaciones de los operadores, de gestión de red y plataformas informáticas de la entidad supervisada, según corresponda". En este sentido, a la luz de lo establecido en una norma con rango legal como en reglamento se ha determinado que el OSIPTEL tiene facultades suficientes para poder ejecutar actividades de supervisión que impliquen acceder a los sistemas informáticos de los agentes supervisados.

Por lo tanto, aun cuando la Ley 27336 ha habilitado al OSIPTEL a acceder a sistemas de gestión de datos de los operadores, el ejercicio de dichas facultades de debe estar alineado a los principios que regula a actividad de supervisión, por lo que el proyecto de ley propone herramientas de supervisión que sean razonables y que la afectación de los derechos de los administrados sea debidamente justificada.

En consecuencia, respecto al artículo 12° de la Ley 27336 únicamente hace referencia a que el OSIPTEL podrá tener acceso a estos sistemas, sin embargo, no se expresa explícitamente a que dicho organismo regular pueda contar con un acceso permanente e ilimitado a toda la información disponible en los sistemas de gestión de red de los operadores. En este sentido, un desarrollo normativo razonable y acorde con lo regulado en la mencionada ley, debería estar orientado a que el OSIPTEL tenga la posibilidad de acceder a los sistemas electrónicos o softwares de los agentes fiscalizando, de manera acotada y en ocasiones puntuales que justifiquen este tipo de intervención de fiscalización.

El referido comentario es respecto al proyecto de la norma que modifica el Reglamento General de Calidad, aprobada por Resolución N° 00221-2022-CD/OSIPTEL y publicada en "El Peruano" para comentarios, no sobre el proyecto de tercerización.

De otro lado, el OSIPTEL no traslada estos costos, pues son propios de la actividad que realiza una empresa operadora, por otro lado, este organismo no dejará de realizar las fiscalizaciones necesarias que garantizan un servicio de calidad.

Los costos que pueda generarle al operador son costos que el mismo debe tener en consideración al realizar sus actividades en el mercado, pues, así como la actividad que desarrolla le genera rentabilidad, también debe asumir costos, que al fin y al cabo garantiza la calidad del servicio que ofrece y dinamiza la competencia con los demás agentes.

Posición de OSIPTEL

La presente norma no pretende ni está diseñada para acceder al contenido de las comunicaciones de los usuarios o a la información asociada a dichas comunicaciones; por el contrario dada la naturaleza de las acciones de supervisión ligadas a los servicios de telecomunicaciones, solicita y resguarda - desde hace varios años - información confidencial y sensible de la operación de las redes de las empresas operadoras, siendo que a la fecha, no se ha visto inmerso en situaciones que hayan vulnerado los mecanismos de seguridad de la información que tiene implementado el regulador.

De otro lado, el OSIPTEL cuenta con un Reglamento de Información Confidencial¹², así como una Política de Seguridad de la Información¹³, un Sistema de Gestión de Seguridad de la Información (SGSI), y además de ello, con el certificado ISO/IEC 27001:2017 de seguridad de la información¹⁴, lo cual acredita las acciones tomadas para prevenir los riesgos señalados, aunado a ello, constantemente el OSIPTEL mejora sus procesos como parte de su política de gestión de riesgos de seguridad de información.

Por todo ello, es necesario resaltar que el OSIPTEL no ejerce funciones arbitrariamente ni tiene acceso ilimitado a la información que la Entidad Fiscalizada posea, pues cabe recordar que la finalidad de las acciones de supervisión que se realizarán están vinculadas con la materia a tercerizar, lo que implica que únicamente se desarrollarán funciones y realizarán acciones que permitan lograr los resultados determinados en los TDR.



¹² Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/normas-legales/1463377-178-2012-cd-osiptel>

¹³ Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/informes-publicaciones/1363672-politica-de-seguridad-de-la-informacion>

¹⁴ Disponible en: <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-renovo-certificacion-que-garantiza-gestion-adecuada-de-la-seguridad-de-su-informacion/>

En este sentido, como se explica en los apartados siguientes, somos de la opinión de que la posibilidad de que el OSIPTEL tenga acceso ilimitado a los sistemas de gestión de los operadores podría ser calificado como una actividad de supervisión que infringe los principios que regula la actividad de la administración pública, particularmente el principio de proporcionalidad.



COMENTARIOS ESPECIFICOS

“PROYECTO DE REGLAMENTO PARA LA TERCERIZACIÓN DE ACCIONES DE FISCALIZACIÓN DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES – OSIPTEL”

TITULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo del proyecto a Comentar

o 1.- Objetivo

er los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Entidades Fiscalizadoras, así como, la definición de aquellas tareas de fiscalización que realizarán tales is.”

arios de TELEFÓNICA

oyecto de normativo su Despacho busca establecer las reglas a seguir para determinar las entidades fiscalizadoras y as que estas seguirán durante las acciones de supervisión. Al respecto, manifestamos nuevamente nuestra acción dado que su Despacho tercerizará las actividades de fiscalización. Si bien el artículo 59° del TUO de la LPAG e la posibilidad de tercerizar algunas de las actividades de la administración pública:

Artículo 59.- Tercerización de actividades

Todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley. Mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación de esta modalidad.

ción al artículo citado, reconocemos la posibilidad de que la Administración Pública pueda valerse de terceros para el de algunas funciones; sin embargo, la norma resulta clara al indicar que esto es posible en caso no exista disposición tinta, como ocurre en el presente caso, ya que el artículo 10° de la Ley 27336 establece que la función de supervisión arrollada únicamente por los funcionarios de dicho organismo regulador:

Artículo 10.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados

10.1 La acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo.

10.2 Para realizar una acción de supervisión, los funcionarios presentarán la identificación que los acredite como tales, salvo que se trate de una solicitud de información formulada por una gerencia o instancia competente de OSIPTEL, o de los casos previstos en el Artículo 14.

no modo, el artículo 15 de la Ley 27336, establece claramente que son los funcionarios de OSIPTEL – y no cualquier - los que pueden ejercer las facultades de supervisión:

Artículo 15.- Facultades de supervisión

En cualquier acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas, las gerencias o las instancias competentes de OSIPTEL, dentro de los límites establecidos en el Artículo 8 de la presente Ley, están facultados para [...]

particular, su Despacho sustenta esta posición precisando en el Informe N° 00001-DFI/2023 que sustenta el presente normativo señalando que “en la actualidad se tiene, por ejemplo, la experiencia de dos organismos reguladores, tanto anismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) como el Organismo de Evaluación y ción Ambiental (OEFA) las cuales datan de hace algunos años”. Sin embargo, cabe precisar que en el caso de las dos is citadas si les resulta aplicable el artículo 59° porque no cuentan con algún impedimento normativo como sucede en nte caso.

ue, respetuosamente solicitamos a su Despacho que revise el presente proyecto normativo a la luz de lo expuesto en nte documento. Sobre todo debido a que nos encontraríamos en el supuesto en el que terceros, que no son funcionarios ministración y que cuentan con un impedimento legal contarían con acceso a información que se encuentra en el marco cción legal (datos personales, secreto de las telecomunicaciones, entre otros), así como a otra información de relevancia empresarial cuya divulgación podría generar un fuerte impacto en el mercado y vulnerar el derecho de libertad empresarial (secreto industrial, secreto comercial, entre otros).

Considerar que la LPAG no ha derogado el artículo 10° de la Ley 27336, que se encuentra vigente y limita el accionar de supervisión del Regulador, primando esta norma especial sobre la general. Además, la propia LPAG en el artículo 59 deja

Posición de OSIPTEL

Es correcto que se haya identificado que el artículo 59° del TUO de la LPAG establece la posibilidad de tercerizar las actividades vinculadas a la función de fiscalización, así como las disposiciones contenidas en la Ley N° 27336; sin embargo, discrepamos en aquella posición que pretende interpretar el artículo 10° en el sentido que la acción de supervisión será efectuada – en exclusiva- por los funcionarios de OSIPTEL, pues en ningún acápite, la referida ley establece alguna reserva o establece que “únicamente” son los funcionarios quienes pueden realizar estas acciones.

En efecto, los terceros no son funcionarios, pues el proyecto normativo no pretende dar tal calificación, únicamente, se busca obtener su colaboración en el desarrollo de ciertas funciones, que se da en un primer momento a través del apoyo técnico del privado a la Administración Pública, pero sin ejercer propiamente funciones.

En ese sentido, el artículo 10° de la Ley N° 27336 no debe considerarse como una disposición contraria a la posibilidad de tercerización de actividades de fiscalización referidas en el artículo 59° del TUO de la LPAG, sino como la descripción de la facultad del funcionario de OSIPTEL a ser titular de la supervisión a efectuarse.

Por su parte, en cuanto a la normativa de protección de datos personales y el secreto de las telecomunicaciones, el proyecto normativo establece disposiciones acerca de su tratamiento y confidencialidad, siempre en consonancia con la Ley N° 29763, protección de datos personales y las propias resoluciones emitidas por el OSIPTEL sobre el carácter sensible de la información con sus características.

Por ello, vale reiterar que la presente norma no pretende diseñada para acceder al contenido de las comunicaciones de usuarios o a la información asociada a dichas comunicaciones consecuencia, no se acogen los comentarios.



claramente establecido que la facultad de tercerizar tiene como límite la existencia de una disposición legal distinta, como ocurre en el presente caso.

Por lo tanto, como hemos precisado, de aprobarse esta norma, estaríamos ante una Resolución ilegal, al existir una restricción de rango legal que no permite la tercerización en el caso de OSIPTEL. Además, no estaríamos solo frente a una disposición de rango también inconstitucional porque estaría incumpliendo las obligaciones de protección de datos personales y secreto de telecomunicaciones, al exponer la información de los abonados y usuarios a un tercero que no cuenta con facultades de acceso. Por lo expuesto, solicitamos que se archive esta iniciativa normativa.

Versión Final del Artículo 1

o 1.- Objetivo

“Establecer los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Entidades Fiscalizadoras, así como, la definición de aquellas tareas de fiscalización que realizarán tales empresas.”

Artículo del proyecto a Comentar

o 2.- Ambito de aplicación

El presente Reglamento es de obligatorio cumplimiento para:

- a) Las personas jurídicas interesadas en participar en los procedimientos de selección de Entidades Fiscalizadoras convocados por el OSIPTEL.
- b) Los que contraten servicios de fiscalización con el OSIPTEL.
- c) El personal del OSIPTEL que, en ejercicio de sus labores, participe en representación del área usuaria o de la unidad de abastecimiento de la entidad, ya sea en el procedimiento de selección, en las actividades de contratación o en la gestión administrativa de la ejecución contractual, según corresponda.”

Comentarios de ENTEL

El artículo 1 del Proyecto de Reglamento precisa el ámbito de aplicación subjetivo del mismo. Efectuando un análisis comparativo con los artículos 1 y 2 del Reglamento de OEFA advertimos que el Reglamento de OEFA determina que su alcance aplica tanto a las personas naturales como a las que soliciten inscripción en el Registro de Terceros del OEFA, así como para las áreas que participen en la gestión administrativa de los terceros fiscalizadores de la entidad.

Posición de OSIPTEL

Al respecto, el Reglamento de Fiscalización en el literal f) del artículo 2° define como Entidad Fiscalizadora a toda persona jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización; refiriéndose únicamente a la persona jurídica, mas no a la persona natural.

Por otra parte, la Directiva de OSINERGMIN establece una redacción similar a la propuesta por el Proyecto de Reglamento, donde el primer supuesto tanto a personas naturales como jurídicas.

En este sentido, entendemos que el literal b) del Proyecto de Reglamento permite a las personas naturales también prestar el servicio por lo que recomendamos precisar la inclusión de ello para favorecer la predictibilidad de la norma.

En ese sentido, en virtud de brindar la precisión necesaria para reforzar la predictibilidad de la norma, se reitera que solo podrán participar las personas jurídicas.

Versión Final del Artículo 2

o 2.- Ambito de aplicación

El presente Reglamento es de obligatorio cumplimiento para:

- a) Las personas jurídicas interesadas en participar en los procedimientos de selección de Entidades Fiscalizadoras convocados por el OSIPTEL.
- b) Las personas jurídicas que contraten servicios de fiscalización con el OSIPTEL.
- c) El personal del OSIPTEL que, en ejercicio de sus labores, participe en representación del área usuaria o de la unidad de abastecimiento de la entidad, ya sea en el procedimiento de selección, en las actividades de contratación o en la gestión administrativa de la ejecución contractual, según corresponda.”

Artículo del proyecto a Comentar

o 3.- Definiciones

Fiscalizador: Personal del OSIPTEL o de una Entidad Fiscalizadora, debidamente autorizado y acreditado por el OSIPTEL para realizar, en nombre de este, acciones de fiscalización en ejercicio de la facultad de fiscalización de la Entidad Fiscalizadora que lo asiste.

Fiscalizada: Toda persona natural o jurídica que preste servicios públicos de telecomunicaciones, así como, las demás personas naturales y jurídicas que realizan actividades sujetas a la supervisión del OSIPTEL de acuerdo al marco legal vigente.

Fiscalizadora: A toda persona jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización.

Resolución de Consejo Directivo: La presente Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL que establece los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Entidades Fiscalizadoras y la definición de aquellas tareas de fiscalización que realizarán tales empresas.

Tareas de fiscalización: Aquellas tareas de fiscalización que realizarán las Entidades Fiscalizadoras en representación del OSIPTEL.”

Comentarios de TELEFÓNICA

En particular, como se precisó en nuestros comentarios al artículo 1 del presente proyecto normativo la facultad de fiscalización es de titularidad del Organismo Supervisor por lo que no es viable delegarla en una norma con rango reglamentario, por lo que consideramos que el termino fiscalizador debe ser de uso exclusivo para el funcionario de OSIPTEL.

Posición de OSIPTEL

Como se ha señalado, de acuerdo al TUO de la LPAG, las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización pueden tercerizarse mediante una disposición distinta de la ley; por lo que no es incorrecta la denominación “Fiscalizador o “Entidad Fiscalizadora”.

Es así que en las fiscalizaciones que realice el Organismo Supervisor debe encontrarse presente un funcionario del Organismo Supervisor, si bien podría solicitar el apoyo de terceros a manera consultiva (emisión de informes técnicos especializados, consulta a expertos técnicos en la materia específica a ser supervisadas, entre otras actividades de apoyo que requieran), por lo que el término para describir a estas Entidades no debe ser “Entidad Fiscalizadora”, sino “Entidad Colaboradora” o “Entidad

Los términos utilizados en el proyecto normativo responden a la modificación del Reglamento de Fiscalización aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 259-2021-CD/OSIPTEL, publicada

<p>de Apoyo", toda vez que ellos no pueden hacer uso de la facultad de supervisión que puede ser ejercida exclusivamente por funcionarios de OISPTTEL.</p> <p>Respecto al termino materias, correspondería que el mismo sea aquellas tareas de apoyo que realizarán las Entidades Colaboradoras a los funcionarios de OSIPTEL en su labor de fiscalización.</p>	<p>el 7 de enero de 2022 en el diario oficial El Peruano, precisamente, es de suma importancia que el ordenamiento jurídico sea armonioso en sí mismo, por lo que, no es posible contradecir las disposiciones emitidas dotándolas de otro contenido.</p>
---	---

<p>Artículos de ENTEL</p> <p>El objeto de Reglamento regula ciertas definiciones que guardan consonancia con lo previsto por el Reglamento de Fiscalización del OSIPTEL. Así, se logra identificar claramente los alcances de cada uno de los términos propuestos: Entidad Fiscalizada, Entidad Fiscalizadora, Reglamento y Materias, y con ello, evita posibles ambigüedades que surtan respecto a su sentido interpretativo.</p> <p>Ante, siguiendo las buenas prácticas del OEFA y OSINERGMIN consideramos importante agregar las definiciones de Entidad Usuaria (quienes solo podrán solicitar este tipo de contratación), Nivel, Registro de Terceros, Solicitante, y de referencia; entre otros; y tener claro los conceptos que abarcará el presente Reglamento.</p>	<p>Posición de OSIPTEL</p> <p>Los términos utilizados en el proyecto normativo responden a la modificación del Reglamento de Fiscalización aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 259-2021-CD/OSIPTEL, publicada el 7 de enero de 2022 en el diario oficial El Peruano, precisamente, es de suma importancia que el ordenamiento jurídico sea armonioso en sí mismo, conforme se ha señalado. No obstante ello, las definiciones solicitadas a incluirse se encuentran detalladas en la Ley de Contrataciones con el Estado y su TUO, siendo que, los artículos 4° y 6° del presente proyecto nos remiten a la aplicación de la misma en cuanto a principios, criterios de evaluación y calificación, entre otros aspectos.</p>
---	--

Versión Final del Artículo 3

<p>Artículo 3.- Definiciones</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo 3.- Definiciones</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p>	<p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p> <p>Artículo del proyecto a Comentar</p>
--	---

Versión Final del Artículo 4

<p>Artículos de ENTEL</p> <p>El objeto de Reglamento establece que se aplicarán de forma supletoria las siguientes normas: el Reglamento de Fiscalización del OSIPTEL, la normativa de contrataciones del Estado y el TUO de la LPAG. Remitiéndose a los principios recogidos por las normas.</p> <p>Entendido, consideramos importante añadir expresamente otras normas que regulan la actividad fiscalizadora del OSIPTEL en la Ley de Desarrollo, Funciones y Facultades y el Reglamento General de Fiscalización; y considerar principios como el principio de eficiencia que debe regir toda acción de supervisión a fin de evitar costos excesivos a las empresas operadoras autorizadas.</p>	<p>Posición de OSIPTEL</p> <p>En razón a la concordancia y unificación de la normativa vigente relacionada, se acoge el presente comentario, considerándose las normas mencionadas de aplicación plena y no supletoria.</p>
--	--

Versión Final del Artículo 4

<p>Artículos de ENTEL</p> <p>El objeto de Reglamento establece que se aplicarán de forma supletoria las siguientes normas: el Reglamento de Fiscalización del OSIPTEL, la normativa de contrataciones del Estado y el TUO de la LPAG. Remitiéndose a los principios recogidos por las normas.</p> <p>Entendido, consideramos importante añadir expresamente otras normas que regulan la actividad fiscalizadora del OSIPTEL en la Ley de Desarrollo, Funciones y Facultades y el Reglamento General de Fiscalización; y considerar principios como el principio de eficiencia que debe regir toda acción de supervisión a fin de evitar costos excesivos a las empresas operadoras autorizadas.</p>	<p>Posición de OSIPTEL</p> <p>En razón a la concordancia y unificación de la normativa vigente relacionada, se acoge el presente comentario, considerándose las normas mencionadas de aplicación plena y no supletoria.</p>
--	--

TÍTULO II: CLASIFICACIÓN Y CALIFICACION DE LAS ENTIDADES FISCALIZADORAS

Artículo del proyecto a Comentar

<p>Artículo 5.- Clasificación de Entidad Fiscalizadora</p> <ul style="list-style-type: none"> La clasificación de Entidades Fiscalizadoras permite que la Dirección de Fiscalización e Instrucción determine los requisitos mínimos a ser exigidos en las bases del procedimiento de selección, en función de los servicios de fiscalización a contratar. El OSIPTEL implementará gradualmente el registro correspondiente para las entidades fiscalizadoras. Para efectos del presente reglamento se establece la clasificación de la Entidad Fiscalizadora en base al detalle siguiente:

- a) Entidad Fiscalizadora 1.- Aquella que cuente con experiencia no menor a siete (7) años en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada.
- b) Entidad Fiscalizadora 2. - Aquella que cuente con experiencia no menor de cuatro (4) años en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada.
- c) Entidad Fiscalizadora 3. - Aquella que cuente con experiencia no menor de un (1) año de experiencia en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada.

años de CLARO

lo 5° del Proyecto señala los requisitos para las Entidades Fiscalizadoras. Sin perjuicio de lo señalado en la sección de requisitos generales, le expresamos que nos causa preocupación que el Osiptel no requiera experiencia en servicios públicos de telecomunicaciones para los fiscalizadores terceros solicitando únicamente experiencia en fiscalización.

particular, debemos reiterar que dicha disposición resulta preocupante en el marco de la necesidad de especialización que requiere en el sector telecomunicaciones conforme lo señalamos anteriormente. Al respecto, debemos de señalar que la especialización es el principal requisito que el regulador debe exigir en tanto las empresas operadoras no pueden estar sujetas a las decisiones de personas sin el conocimiento técnico necesario e indispensable.

entido, de insistir en la aprobación del Proyecto pese a los comentarios señalado a lo largo de la presente comunicación, los que se fijen requisitos mínimos de especialización para las Entidades Fiscalizadoras, debiendo de acreditar ello con los documentos que permitan corroborar una adecuada formación en telecomunicaciones (ej.: exigencia de 5 años de experiencia mínima en supervisión en actividades relacionadas a los servicios públicos de telecomunicaciones).

años de TELEFÓNICA

particular, resulta importante asegurar que los encargados designados por la Entidad de Apoyo cuenten con experiencia específica en la actividad a través de la cual prestarán apoyo por ejemplo que sean especialistas en temas técnicos, económicos, entre otros. Asimismo, que dicha experiencia haya sido obtenida de actividades de reconocimiento sobre las cuales prestará apoyo técnico:

- Consultorías sobre las materias que serán objeto de su intervención.
- Docencia universitaria que incluya trabajo práctico de campo o aplicativo.
- Investigaciones sobre la materia en la que apoyaran.

propuesta normativa su Despacho precisa que las entidades que presten apoyo en la supervisión deben cumplir con tener experiencia y experiencia en actividades de supervisión, pero no precisa que esa experiencia debe ser en el sector, lo cual no debe considerarse.

de ejemplo, OEFA en los numerales 7.5, 7.6 y 7.7. de su resolución N° 00011-2020-OEFA/CD establece los perfiles de profesionales que presten el apoyo:

Perfil profesional

5 Los/as postulantes a Terceros/as Evaluadores/as o Supervisores/as o Fiscalizadores/as deben haber concluido estudios superiores universitarios en alguna de las siguientes carreras:

Ingeniería: Agrónoma, Ambiental, Sanitaria, de Higiene y Seguridad Industrial, Civil, Económica, Estadística, Eléctrica, Electrónica, Geológica, Metalúrgica, de Minas, Industrial, Mecánica, Mecánica-Eléctrica, Mecánica de Fluidos, de Petróleo, Petroquímica, Física, de Fluidos, Química, Geográfica, Metalúrgica, Pesquera, Agroindustrial, de Industrias Alimentarias, Forestal, Geofísica, Ecológica, Agrícola, y otras carreras afines a las antes descritas.

Ciencias Naturales: Biología, Química, Física, Ecología, Geografía, Oceanografía, Genética, Biotecnología, y otras carreras afines a las antes descritas.

Ciencias Sociales: Administración, Sociología, Antropología, Arqueología, Historia, Psicología, Politología, Traducción e Interpretación, Gestión para la administración, y otras carreras afines a las antes descritas.

Legal: Derecho.

Ciencias Económicas: Economía.

Ciencias de la salud: Medicina humana, toxicología, farmacia, bioquímica, psicología, y otras carreras afines a las antes descritas.

Experiencia Específica

6 Los/as Terceros/as Evaluadores/as, Supervisores/as o Fiscalizadores/as deben contar con experiencia profesional específica en alguna de las siguientes materias, según su especialidad, a efectos de poder inscribirse en el Registro de Terceros:

a) **Técnica:** (Ingeniería, Ciencias Naturales y Ciencias de la Salud): Mineralogía, geología, geoquímica, hidrología, hidrobiología, hidrogeología, oceanografía, modelamiento de contaminantes, isotopía ambiental, monitoreo ambiental, petroquímica, gestión ambiental, minería, pesquería, eléctrica, forestal, geofísica, ecología, agrícola, biología, genética,

Posición de OSIPTEL

Sin perjuicio de la acreditación de la experiencia que será solicitada en la empresa participante, también se solicitará al líder del proyecto aquellas características que se consideren necesarias para ejercer la labor que se precise, de la forma más conveniente.

Posición de OSIPTEL

El proyecto normativo establece los requisitos mínimos a fin de clasificar a las personas jurídicas que participen en el proceso de selección, pues en el caso de sus trabajadores, serán aquellas las encargadas de determinar tales aspectos, siempre en concordancia con la normativa de contrataciones y a los Términos de Referencia, toda vez que, en dicho documento se detallará la descripción, elaborada por este regulador, de las características técnicas y de las condiciones en las que se ejecutarán las tareas de fiscalización encargadas, pues en el referido documento se establece el perfil que se requiere a efectos de desempeñar la labor designada.

En efecto, por ejemplo, admitir a terceros sin mayor experiencia en el manejo de esta información significa aumentar el riesgo del tratamiento inadecuado de información y coloca a las empresas y al regulador en riesgo de ser objeto de denuncias y procesos. El presente Reglamento, los Términos de Referencia -TDR y las Bases de los correspondientes procesos contemplarán los requisitos mínimos y factibilidad de evaluación en armonía con las normas de contratación vigentes.

En consecuencia, los perfiles individuales de los profesionales que participarían en el procedimiento de selección serán determinados requeridos mediante los citados términos específicos de contratación y de acuerdo a las materias de fiscalización susceptibles de ser tercerizadas señaladas en el artículo 11° del presente Reglamento.



biotecnología moderna, biorremediación, diagnósticos de calidad ambiental, teledetección o percepción remota, meteorología, sistema de información geográfica, fotointerpretación, química, edafología, limnología, hidráulica, procesos unitarios, procesos de manufactura, industria alimentaria, o producción de las actividades económicas sujetas a la supervisión del OEFA, diseño de plantas, desarrollo sostenible, medicina humana, toxicología, farmacia, bioquímica, psicología, y otras materias afines a las antes descritas.

Legal: Derecho Ambiental, Derecho Administrativo, Derecho Constitucional, Derecho Procesal, Derecho Penal, Derecho Minero, Derecho Pesquero, Regulación de actividades energéticas (electricidad o hidrocarburos), y otras materias afines a las antes descritas.

Social: Gestión y prevención de conflictos, gestión para la administración, relaciones comunitarias, responsabilidad social, traducción e interpretación, y otras materias afines a las antes descritas.

Económica: Economía ambiental, economía de los recursos naturales, gestión ambiental, valorización económica, microeconomía, econometría aplicada, análisis financiero, y otras materias afines a las antes descritas.

7 Los/as Terceros/as Evaluadores/as, Supervisores/as o Fiscalizadores/as, que se inscriban en el Registro de Terceros, como parte de su experiencia profesional específica, deben haber realizado alguna de las siguientes actividades, según corresponda:

Realización de inventarios vinculados con las funciones de evaluación, supervisión y fiscalización en materia ambiental.

Análisis espectral con imágenes de satélites.

Consultoría que incluya trabajo práctico de campo o aplicativo.

Docencia universitaria que incluya trabajo práctico de campo o aplicativo.

Investigaciones científicas con trabajo de campo.

Jefe de operaciones o cargos afines.

Supervisiones ambientales.

Control de calidad o análisis de procesos productivos.

Monitoreo ambiental o biológico.

Ordenamiento territorial y/o zonificación económica ecológica.

Análisis socioambiental.

Consultoría con elaboración de línea base social.

Tramitación de procedimientos administrativos o procesos jurisdiccionales.

Asesoría legal, económica y/o técnica a Órganos de Línea, Órgano Resolutivo y Órganos Desconcentrados.

Otras labores similares que se encuentren relacionadas a las actividades bajo el ámbito de competencia de fiscalización del OEFA.

Entendimos que es necesario que, tras establecer una relación contractual con la Entidad de Apoyo en la Supervisión, se determine de manera adicional los perfiles individuales de los profesionales que participarían de apoyo a fin de determinar si los mismos sean las personas idóneas para el apoyo solicitado.

Funciones de ENTEL

El Proyecto de Reglamento propone la clasificación de 3 tipos de entidades fiscalizadoras, ello, de conformidad a lo previsto por la Disposición Complementaria Transitoria del Reglamento de Fiscalización de OSIPTEL.

Al realizar un análisis comparado del Reglamento del OEFA advertimos que establece una clasificación en base a categorías (Fiscalizador, Supervisor y Fiscalizador) y niveles (I, II, III, IV, V, VI). Asimismo, precisa que los sujetos interesados en postular a las categorías y Niveles deberán contar con colegiatura hábil y experiencia profesional específica.

En este sentido, la Directiva de OSINERGMIN establece una clasificación similar a la propuesta por el Proyecto de Reglamento, donde las "Empresas Supervisoras" podrán ser tanto personas jurídicas como naturales con negocio. Respecto a estas empresas, el Proyecto de Reglamento realiza una clasificación de 4 tipos de empresas supervisoras, de similar regulación a la realizada en el Proyecto de Reglamento, añadiendo un supuesto referido a los profesionales que hayan aprobado el "Curso Anual de Extensión Profesional", organizado por OSINERGMIN; y establece que las empresas supervisoras deberán acreditar la experiencia en las funciones supervisadas.

En este sentido, advertimos que la especialización es un requisito fundamental para ejercer las funciones de fiscalizador o supervisor en sectores especializados como ambiente y energía. Y en esa línea, consideramos que la industria de telecomunicaciones es un sector altamente especializado, motivo por el cual las personas que ejercerán funciones de supervisión o fiscalización deben contar con experiencia en dicho sector.

En efecto, la experiencia en el sector de telecomunicaciones debe ser uno de los factores claves para que cualquier persona natural o jurídica pueda ejercer funciones fiscalizadoras y; con ello, evitar dilaciones o inconvenientes en las actividades de fiscalización que por falta de expertise puedan dilatar la fiscalización y, por ende, irrogar gastos innecesarios a las empresas operadoras.

Posición de OSIPTEL

Conforme a lo mencionado líneas arriba, advertimos que la especialización es un requisito fundamental para ejercer las funciones de fiscalizador o supervisor en sectores especializados como ambiente y energía. Y en esa línea, consideramos que la industria de telecomunicaciones es un sector altamente especializado, motivo por el cual las personas que ejercerán funciones de supervisión o fiscalización deben contar con experiencia en dicho sector, lo que se requerirá en los TDR.



Por tanto, solicitamos que se exija como requisito la experiencia profesional específica en el sector de telecomunicaciones, por lo cual proponemos la siguiente redacción:

- a) Entidad Fiscalizadora 1.- Aquella que cuente con experiencia no menor a siete (7) años en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada; y cuatro (04) años de experiencia profesional específica o haber realizado actividades de supervisión en el sector de telecomunicaciones.
- Entidad Fiscalizadora 2. - Aquella que cuente con experiencia no menor de cuatro (4) años en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada; y dos (02) años de experiencia profesional específica o haber realizado actividades de supervisión en el sector de telecomunicaciones.
- Entidad Fiscalizadora 3. - Aquella que cuente con experiencia no menor de un (1) año de experiencia en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada; y un año (01) año de experiencia profesional específica o haber realizado actividades de supervisión en el sector de telecomunicaciones.

Versión Final del Artículo 5

o 5.- Clasificación de Entidad Fiscalizadora

La clasificación de Entidades Fiscalizadoras permite que la Dirección de Fiscalización e Instrucción determine los requisitos mínimos a ser exigidos en las bases del procedimiento de selección, según los servicios de actividades vinculadas a las funciones de fiscalización a contratar. El OSIPTEL implementará gradualmente el registro correspondiente para las entidades fiscalizadoras. Para efectos del presente reglamento se establece la clasificación de la Entidad Fiscalizadora en base al detalle siguiente:

- a) Entidad Fiscalizadora 1.- Aquella que cuente con experiencia no menor a siete (7) años en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada.
- b) Entidad Fiscalizadora 2. - Aquella que cuente con experiencia no menor de cuatro (4) años en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada.
- c) Entidad Fiscalizadora 3. - Aquella que cuente con experiencia no menor de un (1) año de experiencia en las actividades de fiscalización, siempre que se acredite con el contrato u orden de servicio y la respectiva conformidad de la prestación realizada.

Artículo del proyecto a Comentar

o 6.- Criterios de evaluación y calificación

Los criterios de evaluación y calificación de las Entidades Fiscalizadoras, en el marco del procedimiento de selección seguido para su contratación, serán aquellas establecidas en el Texto Único de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias.”

Artículo 11. Criterios de TELEFÓNICA

En particular, su Despacho se remite a los criterios de evaluación y Calificación establecidos en la Ley de Contrataciones del Estado; sin embargo, cabe precisar que la información que se encuentra en la Ley no resulta ser suficiente para realizar una evaluación adecuada de las Entidad de Apoyo durante la fiscalización.

En el artículo 12 que señala cuál es calificación exigible a los proveedores que contratan con el estado es general y de predictibilidad de la selección, dejando la elección a predictibilidad de la administración:

“Artículo 12. Calificación exigible a los proveedores

La Entidad califica a los proveedores utilizando los criterios técnicos, económicos, entre otros, previstos en el reglamento. Para dicho efecto, los documentos del procedimiento de selección deben prever con claridad los requisitos que deben cumplir los proveedores a fin de acreditar su calificación.”

Es necesario que se contemple cuáles son los requisitos mínimos de evaluación y calificación que empleará su Despacho para selección de estas entidades de Apoyo a supervisiones.

Artículo 12. Criterios de ENTEL

El artículo 12 del Reglamento determina que los criterios de evaluación y calificación corresponden a los previstos por la normativa de Contrataciones del Estado.

En el artículo 12 del Reglamento del OEFA señala que el proceso de selección de personas interesadas en prestar servicios al OEFA (evaluadores, supervisores y fiscalizadores) se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental, por lo que, no se les exige estén inscritos en el Registro Nacional de Proveedores. Asimismo, regula un apartado referido al perfil profesional y experiencia específica que deberán cumplir los postulantes.

Por su parte, la Directiva de OSINERGMIN regula en su propia normativa los criterios de evaluación y calificación de propuestas. En ese sentido, consideramos oportuno que en aplicación del principio de predictibilidad los criterios de evaluación y calificación se encuentren contenidos en el proyecto de reglamento y consideren las particularidades del servicio que se va a tercerizar que

Posición de OSIPTEL

En efecto, los requisitos mínimos se establecen en los TDR, que brindan el detalle del perfil requerido en función a la materia a ser tercerizada. Aunado a ello, es preciso destacar que además de la normativa de contrataciones, el OSCE – por ejemplo- ha elaborado un documento de orientación para facilitar la identificación de los requisitos de calificación y factores de evaluación en las contrataciones de bienes, servicios y obras (“Tableros de Requisitos de Calificación y Factores de Evaluación según objeto contractual”); lo que permite contar con parámetros establecidos por la norma marco al momento de elaborar los indicados términos.

Posición de OSIPTEL

Tal como se menciona en el comentario anterior, los requisitos mínimos se establecen en los TDR y además, el ordenamiento cuenta con el documento denominado “Tableros de Requisitos de Calificación y Factores de Evaluación según objeto contractual” elaborado por el OSCE.



constituye una función pública; definiéndose la experiencia profesional específica o las actividades de supervisión en el sector que debe tener cada Entidad Fiscalizadora; con ello, se garantiza contar con un proceso transparente, predecible y con personas naturales o jurídicas que conozcan del sector de telecomunicaciones.

Versión Final del Artículo 6

“Artículo 6.- Criterios de evaluación y calificación

arios de evaluación y calificación de las Entidades Fiscalizadoras, en el marco del procedimiento de selección seguido para su contratación, serán aquellas establecidas en el Texto Único de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias.”

TÍTULO III: PROHIBICIONES

Artículo del proyecto a Comentar

o 7.- Prohibiciones

en ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran en alguno de los supuestos siguientes:
 Cuando se encuentren impedidos de contratar con el Estado, de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias.
 Los titulares de acciones o participaciones, directores, directivos, representantes legales y apoderados de la Entidad Fiscalizadora; así como su cónyuge o conviviente o quienes tengan relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluso hasta doce (12) meses después a la conclusión de la relación con la Entidad Fiscalizada.”

Comentarios de TELEFÓNICA

o consideramos que debe detallarse o precisarse prohibiciones de manera expresa y que sean aplicables a las actividades del sector.

Posición de OSIPTEL

El presente artículo hace referencia expresa a la normativa de contrataciones en cuanto a las prohibiciones, precisando que no pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que incurran en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 11° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado; no siendo necesario incluir todas las disposiciones de la normativa de contrataciones cuando se cuenta con el artículo específico que detalla el listado de aquellas restricciones.

Comentarios de ENTEL

El artículo de Reglamento se remite a las prohibiciones reguladas por la normativa de contrataciones del Estado, añadiendo lo referido a sujetos vinculados a la entidad fiscalizadora.
 Recomendamos la inclusión de las cláusulas de prohibición reguladas por la Directiva de OSINERGMIN que es la siguiente:
“6.2 Cuando el servicio de fiscalización requerido por el área usuaria, tenga por objeto brindar servicios respecto de determinados agentes fiscalizados por Osinergmin, identificados en las Bases, adicionalmente a los supuestos mencionados en el numeral precedente, no pueden ser participantes, postores o contratistas, las personas naturales con negocio o jurídicas que incurren en alguno de estos supuestos:
 a) *Mantengan una relación contractual con los agentes fiscalizados materia del servicio de fiscalización o con empresas del mismo sector que pertenezcan a su grupo económico, excluyendo aquellas en que tengan la calidad de usuario.*
 b) *Hayan tenido una relación contractual con los agentes fiscalizados materia del servicio de fiscalización o con empresas del mismo sector que pertenezcan a su grupo económico, en los seis (6) meses previos a la convocatoria, excluyendo aquellas en que tengan la calidad de usuario.*
 c) *Tengan algún conflicto de interés respecto del agente fiscalizado materia del servicio de fiscalización.”*
 el fin de asegurar que no ocurran escenarios de conflicto de interés que vicien la actuación de fiscalización en detrimento de OSIPTEL y los recursos incurridos por los administrados pasibles de fiscalización.

Posición de OSIPTEL

Se considera pertinente incluir los tres (3) supuestos mencionados en un artículo diferente, referidos únicamente a las personas jurídicas, mas no a las personas naturales con negocio; habida cuenta, que dichos supuestos están referidos a la prevención del conflicto de interés durante el proceso de contratación.

Versión Final del Artículo 7

o 7.- Prohibiciones

en ser participantes, postores y/o contratistas los que se encuentren impedidos de contratar con el Estado, de conformidad con los supuestos establecidos en el artículo 11 del Texto Único de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias.”

TÍTULO IV: DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Artículo del proyecto a Comentar

o 8.- Actuaciones

Las actuaciones relativas a los actos preparatorios, los relativos al procedimiento de selección, las actividades de contratación o de la gestión administrativa de la ejecución contractual, según corresponda; se rigen bajo las disposiciones y los principios recogidos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.”

Comentarios de TELEFÓNICA

Posición de OSIPTEL



Respecto al artículo propuesto, su Despacho es genérico al señalar las actuaciones que se seguirán durante el procedimiento de selección del proveedor; sin embargo, conforme hemos indicado previamente esta información resulta ser insuficiente. Es así como otros organismos reguladores contemplan los requisitos mínimos necesarios que deben contemplar a fin de generar predictibilidad en las Entidades Supervisadas.

En el caso de la OEFA se establece un contenido mínimo que debe contener el contrato de prestación de servicios:

“Contrato de Prestación de Servicios

7.13 El Contrato de Prestación de Servicios entre el OEFA y los/as Terceros/as seleccionados/as está conformado por los Términos de Referencia, así como los documentos que establezcan obligaciones para las partes derivadas del proceso de selección.

7.14 El OEFA solo puede contratar los servicios de personas naturales o jurídicas siempre y cuando su inscripción en el Registro de Terceros no se encuentre cancelada.

7.15 En el marco de los respectivos contratos, el OEFA proporciona a los/as Terceros/as contratados/as, entre otros aspectos, lo siguiente:

a) El detalle de las actividades que deberá realizar durante el periodo contratado, de ser el caso.

b) La documentación necesaria para la prestación de los servicios, de ser el caso.

c) Una credencial de identificación para la realización de las actividades que comprende el servicio contratado, de ser el caso.

d) De ser el caso, de modo temporal, con carácter excepcional y en tanto dure la prestación de sus servicios, la asignación de insumos, materiales, equipos, instrumentos, elementos de identificación, equipos de protección personal, implementos de seguridad e indumentaria con el logo del OEFA, entre otros, vinculados con el desarrollo de las actividades, siempre que resulten necesarios para el cumplimiento de la finalidad de contratación del servicio.

e) De ser el caso, inducción sobre Seguridad y Salud en el Trabajo.

f) De ser el caso, viáticos por concepto de transporte, alojamiento y alimentación requeridos para el normal desarrollo de las acciones que les sean encargadas.

g) Otros que consideren necesarios.

La asignación u otorgamiento de los referidos bienes y/o servicios no desnaturaliza ni afecta el carácter autónomo de la prestación de servicios contratada ni genera vínculo laboral o relación de subordinación con el/la Tercero/a contratado/a.”

so de la OSINERGMIN se cuenta con el detalle que debe seguir la entidad solicitante para el inicio de su proceso ción:

“Artículo 10.- Activación del proceso selección

10.1 El Área Usuaria define con precisión la necesidad y características de los servicios de fiscalización que requiere, de acuerdo con el siguiente detalle:

a) Los Términos de Referencia del servicio.

b) El Valor Referencial.

c) Los requisitos de presentación obligatoria de la propuesta.

d) Las penalidades a aplicar, los incumplimientos que las generan, su forma de cálculo y mecanismo para su aplicación.

e) La propuesta para la evaluación de los factores técnicos y requisitos de calificación respectivos, dentro del marco de lo previsto en el artículo 17 de la presente Directiva.

El Área Usuaria podrá requerir en las Bases que los supervisores cuenten con la constancia de aprobación de un examen de conocimientos, que Osinergmin podrá organizar periódicamente. La convocatoria y resultados de dicho examen de conocimientos se publica en el portal institucional de Osinergmin.

Asimismo, el Área Usuaria podrá solicitar como requisito de calificación adicional que los supervisores propuestos sean calificados en una entrevista por parte del Comité de Selección, según los criterios que establezca la Gerencia General.

Asimismo, en función al objeto y los alcances del servicio de supervisión a contratar, el Área Usuaria podrá requerir en las Bases, como parte de la formación académica, que los supervisores cuenten con determinada capacitación, especialización, curso, certificación, acreditación y/o participación en eventos técnicos o académicos.

De igual forma, atendiendo a la especialidad del servicio de supervisión a contratar, el Área Usuaria podrá requerir en las Bases que los supervisores cuenten con entrenamientos relacionados a los aspectos a supervisar.

El Área Usuaria verifica que los servicios de fiscalización requeridos se encuentren dentro del Programa Anual de Supervisión, y gestiona la disponibilidad presupuestal correspondiente.

Con relación a lo comentado en el artículo precedente, se considera pertinente modificar la denominación del “TÍTULO IV – PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN”, quedando sustituida por “TÍTULO IV - DEL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN Y PREVENCIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES”, el cual contiene el artículo 8° referido a la prevención del conflicto de intereses y el Artículo 9° relacionado a las actuaciones propias del procedimiento de selección.

Ello considerando que el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado establece que las entidades públicas son responsables de prevenir los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación¹⁵, por lo que corresponde a este organismo prever y evitar irregularidades en el desarrollo del proceso de contratación.

En ese sentido, los supuestos regulados en el artículo 8° son establecidos a efectos de evitar un posible conflicto de interés que podría colisionar con el ejercicio de las funciones. En ese sentido, se acoge lo comentado.

Respecto a las actuaciones a llevarse a cabo durante el procedimiento de selección, se considera pertinente incluir parcialmente lo comentado por TELEFÓNICA en los numerales 7.13, 7.15 a), b), c) similares al caso de OEFA, referidos únicamente a las personas jurídicas, mas no a las personas naturales; debido a que los supuestos del 7.15 d), e), f), g), de ser necesarios, deben ser asumidos por la Entidad Fiscalizadora, mas no por el OSIPTTEL. Por ello, se acoge lo señalado.

Si bien se considera útil lo dispuesto por el OSINERGMIN, en cuanto a las disposiciones de selección, el proyecto normativo hace referencia a la normativa de contrataciones, la cual establece las pautas generales para realizar tales acciones, por lo que, reiterar tales indicaciones no resulta necesario.



¹⁵ “Artículo 9. Responsabilidades esenciales

(...)

9.2 Las Entidades son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación a fin de garantizar el cumplimiento de los principios regulados en el artículo 2.”

10.2 La Gerencia de Supervisión de Energía, la Gerencia de Supervisión Minera o la Secretaría Técnica de los Órganos Resolutivos reciben el requerimiento del Área Usuaria, y aprueban el Expediente Técnico.

10.3 El área de contrataciones verifica que el Expediente Técnico cuente con la documentación y aprobación indicada en los numerales 10.1 y 102 precedentes. De ser este el caso, traslada el requerimiento al respectivo Comité de Selección."

o, el presente proyecto no establece cuál será el proceso de selección y/o los responsables de la selección del personal. So de la OEFA se ha establecido la creación de un Comité Permanente de selección que es responsable de la selección de terceros evaluadores:

"Selección de Terceros/as

8.14 La selección de las personas naturales o jurídicas que presten servicios al OEFA como Terceros/as Evaluadores/as, Supervisores/as y Fiscalizadores/as se encuentra a cargo del Comité Permanente de Selección.

8.15 El proceso de selección de Terceros/as se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, de conformidad con el Numeral 12.2 del Artículo 12° de la Ley N° 29325, Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental.

8.16 Los/as tercero/as inscritos/as en el Registro de Terceros que cumplan con los términos de referencia, reciben una invitación para participar en el proceso de selección. En caso deseen formar parte del citado proceso, deben confirmar su participación a través del SIRTE, dentro del plazo de un (1) día hábil de recibida la invitación.

Comité Permanente de Selección de Terceros

8.17 El Comité Permanente de Selección se encuentra integrado por tres (3) miembros.

8.18 Los miembros del Comité Permanente de Selección son los siguientes:

a) En caso el área usuaria sea un órgano de línea: (i) el/la Director/a del órgano de línea; (ii) el/la Subdirector/a o Coordinador/a del área usuaria; y, (iii) el/la Coordinador/a de la Coordinación del Registro y Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores de la UAB.

b) Cuando el área usuaria sea una Oficina Desconcentrada: (i) el/la Jefe/a de la Oficina Desconcentrada; (ii) el/la Coordinador/a de la Coordinación de Oficinas Desconcentradas; y, (iii) el/la Coordinador/a de la Coordinación del Registro y Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores de la UAB.

c) En caso el área usuaria sea la Secretaría Técnica del Tribunal de Fiscalización Ambiental: (i) el/la Presidente/a del Tribunal de Fiscalización Ambiental; (ii) el/la Secretario/a Técnico/a del Tribunal de Fiscalización Ambiental; y, (iii) el/la Coordinador/a de la Coordinación del Registro y Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores de la UAB.

8.19 Los miembros del Comité Permanente de Selección pueden designar a sus representantes; para dicho efecto, deben comunicarlo a la UAB como mínimo dos (2) días hábiles previos al inicio del proceso de selección.

8.20 Los miembros del Comité Permanente de Selección se encuentran obligados a actuar con honestidad, probidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de sus funciones, debiendo informar a la UAB sobre la existencia de cualquier conflicto de intereses y de comunicar a la Coordinación de Integridad, Responsabilidad, Ética y Anticorrupción de la Gerencia General sobre cualquier acto de corrupción de la función pública del que tuvieran conocimiento durante el desempeño de su encargo, bajo responsabilidad.

8.21 El Comité Permanente de Selección es autónomo en sus decisiones y no requiere ratificación del OEFA.

8.22 Los acuerdos del Comité Permanente de Selección se encuentran plasmados en un Acta, la misma que es suscrita por sus miembros en el SIGA-OEFA.

8.23 Los acuerdos que adopte el Comité Permanente de Selección se dan por mayoría o unanimidad de sus miembros.

8.24 Los miembros del Comité Permanente de Selección gozan de las mismas facultades, no existiendo jerarquía entre ellos, siendo además solidariamente responsables por su actuación, salvo por los actos respecto de los cuales hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante."

mite contar con predictibilidad respecto a los responsables de la selección de la Entidad de Apoyo y señala de manera los principios que deben ser observados en la selección, así como la responsabilidad de los mismos.

n misma línea OSINERGMIN también establece la existencia de comités de selección que pueden ser ad-hoc al proceso vocatoria especial o permanentes, estableciendo cómo debe ser su conformación, esto permite generar una mayor ilidad y genera seguridad jurídica:

Artículo 8.- Comité de Selección

8.1 La Gerencia General aprueba la conformación de Comités de Selección Ad-Hoc o Permanentes para los procesos que se lleven a cabo para contratar los servicios de fiscalización requeridos por las áreas usuarias, con la siguiente conformación: dos (02) representantes titulares y dos (02) suplentes del Área Solicitante, un (01) representante titular y un (01) suplente de la Gerencia de Administración y Finanzas. Necesariamente un representante titular y su suplente del Área Solicitante debe ser abogado.





8.2 Los Comités de Selección tienen a su cargo la convocatoria y conducción del proceso de selección de Empresas Supervisoras, así como las demás actuaciones establecidas en la presente Directiva. Son autónomos respecto a la organización, conducción y ejecución de los actos realizados durante sus labores. Adoptan sus decisiones mediante la emisión de Actas.

8.3 Los integrantes titulares solo pueden ausentarse por razones justificadas, bajo responsabilidad, en cuyo caso actúan los suplentes. Los integrantes del Comité de Selección solo pueden ser reemplazados por la Gerencia General por cese en el servicio, conflicto de intereses u otra situación justificada.

8.4 Superado el hecho que motiva la ausencia justificada, el representante titular se reincorpora en calidad de tal al Comité de Selección.

8.5 El Comité de Selección invita como veedor de los procesos de selección a un representante del órgano de control interno de Osinergmin.

8.6 Todos los acuerdos del Comité de Selección se entienden adoptados por decisión unánime, salvo discrepancia expresa y fundamentada de uno de sus miembros, en cuyo caso los acuerdos son adoptados por mayoría simple. Los miembros del Comité de Selección son solidariamente responsables de que la selección se realice conforme a las disposiciones de la presente Directiva y de la normativa aplicable, salvo que hayan señalado en el acta correspondiente su voto discrepante.

8.7 Los actos del Comité de Selección únicamente pueden ser impugnados por los postores luego de publicado el resultado final del proceso de selección, mediante la interposición de un recurso de apelación.

lado, el presente artículo tampoco describe el proceso de evaluación y calificación que adoptarán los encargados de la Entidad que apoyará en las supervisiones.

solicitamos a su Despacho que se determine cuál será la conformación del equipo encargado de estas selecciones y serios adoptará su Despacho para la selección de las Entidades de apoyo a las supervisiones a fin de contar con calidad y seguridad jurídica.

Artículos de ENTEL

Los que las actuaciones realizadas en el marco del procedimiento de selección, contratación y ejecución contractual se remiten a lo regulado por la normativa de contrataciones del Estado.

Por lo, efectuando un análisis comparado observamos que el Reglamento del OEFA regula en su propia normativa las normas vinculadas a la fase de selección, contratación y ejecución contractual.

Por parte, la Directiva de OSINERGMIN también regula en su propia normativa las cuatro fases al proceso de selección (convocatoria, publicación de bases, registro de participantes y formulación/absolución de consultas) y las actividades relacionadas a la ejecución contractual.

En este sentido, consideramos que en base al principio de predictibilidad y la práctica administrativa se debe contemplar expresamente el procedimiento de selección, contratación y ejecución contractual para el sector de telecomunicaciones.

Versión Final del Artículo 8

Artículo 8.- De la prevención del conflicto de intereses

Para prevenir de manera efectiva aquellos conflictos de intereses que puedan surgir en el procedimiento de contratación, el OSIPTEL debe asegurarse que los participantes, postores y/o corresponsables con lo siguiente:

No sean los titulares de acciones o participaciones, directores, directivos, representantes legales y apoderados de la Entidad Fiscalizadora; así como su cónyuge o conviviente o cualquier persona que tenga una relación de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluso hasta doce (12) meses después a la conclusión de la relación con la Entidad Fiscalizadora.

No mantengan una relación contractual con los agentes fiscalizados materia del servicio de fiscalización o con empresas del mismo sector que pertenezcan a su grupo económico, excluyendo aquellas en que tengan la calidad de usuario.

No hayan tenido una relación contractual con los agentes fiscalizados materia del servicio de fiscalización o con empresas del mismo sector que pertenezcan a su grupo económico, excluyendo aquellas en que tengan la calidad de usuario.

No tengan algún conflicto de interés respecto del agente fiscalizado materia del servicio de fiscalización.

Que las personas naturales participantes no se encuentren incurso en alguno de los literales precedentes."

Versión Final del Artículo 9

Artículo 9.- Del procedimiento de selección

Las actuaciones relativas a los actos preparatorios, al procedimiento de selección, a las actividades de contratación o de la gestión administrativa de la ejecución contractual, según corresponda, se rigen bajo las disposiciones y los principios recogidos en el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias, así como su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 344-2018-EF y sus modificatorias.

Del Contrato de Prestación de Servicios:

9.1. El Contrato de Prestación de Servicios entre el OSIPTEL y los terceros seleccionados está conformado por los Términos de Referencia, así como los documentos que establezcan obligaciones para las partes derivadas del proceso de selección.

Posición de OSIPTEL

No resulta necesario establecer tales disposiciones para el sector de telecomunicaciones, por cuanto la normativa de contrataciones ya brinda el marco general para realizar tales actuaciones.



9.2. En el marco de los respectivos contratos, el OSIPTEL proporciona a los terceros contratados, entre otros aspectos, lo siguiente:

- a) El detalle de las actividades que deberá realizar durante el periodo contratado, de ser el caso.
- b) La documentación necesaria para la prestación de los servicios, de ser el caso.
- c) Una credencial de identificación para la realización de las actividades que comprende el servicio contratado, de ser el caso.”

TÍTULO V: CONFIDENCIALIDAD

Artículo del proyecto a Comentar

o 9.- Confidencialidad

Entidades Fiscalizadoras que contraten con el OSIPTEL deben actuar guardando absoluta confidencialidad respecto a cualquier información o documentación relacionada con las funciones de supervisión y fiscalización que se realicen o hubieran realizado. Dicha obligación subsistirá hasta luego del cese de sus funciones, mientras dicha información mantenga su carácter de confidencial, para cada uno de los profesionales que integran el equipo de la Entidad Fiscalizadora deberá suscribir una declaración jurada de confidencialidad al momento de la firma del contrato. Los contratados están obligados a adoptar todas las acciones necesarias a efectos de garantizar que la información que le fue proporcionada para la ejecución de las prestaciones se mantenga en absoluta reserva, la misma información no puede ser empleada para los fines que se establezcan en el contrato, sin que pueda hacerla pública, transmitirla a un tercero o realizar cualquier acto que permita su divulgación. El cumplimiento de las obligaciones podrá ser auditada en cualquier momento por el OSIPTEL. El incumplimiento de la citada obligación, implica la resolución del contrato; así como, la cancelación de la inscripción en el Registro de Entidades Fiscalizadoras; aplicando las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiere lugar.”

Artículos de TELEFÓNICA

En particular, manifestamos nuestra preocupación con la generalidad de la cláusula propuesta y las consecuencias que representa que terceros que no se encuentran obligados por norma de rango legal accedan a información sensible que se encuentra protegida por disposiciones constitucionales y/o convencionales (secreto de las comunicaciones, protección de datos personales, secreto industrial, entre otros).

Este riesgo ha sido reconocido por su Despacho en el informe N° 00001-DFI/2023 que sustenta el presente proyecto y ha sido reconocido como una de las principales desventajas de este: “a. Existe la posibilidad que los terceros contratados no cumplan con la confidencialidad de la información a la que tuvieron acceso, lo que podría repercutir en las labores de fiscalización del OSIPTEL, así como ocasionar perjuicios a la entidad fiscalizada.”

Como hemos indicado previamente, la facultad supervisora de OSIPTEL no puede extenderse a terceros, puesto que la actividad de supervisión en materia de telecomunicaciones implica contar con acceso a información altamente sensible y confidencial. Por esta razón, la titularidad del ejercicio de la actividad de supervisión se encuentra delimitado a funcionarios de OSIPTEL, tal como prevé la Ley No. 27336. Tal es el caso que la información relacionada a protección de datos personales, secretos comerciales y secreto de las telecomunicaciones es custodia de manera estricta dentro de las entidades supervisoras, por lo que el acceso a esta información debe ser su acceso, siendo que en muchos casos esta debe ser presentada con formato de confidencialidad, el mismo que debe ser aprobado mediante comunicación escrita y para terceros externos al organismo supervisor el acceso a esta información debe ser restringido exigiéndose autorizaciones expresas cuando requerida (ejemplo de lo indicado son las resoluciones de OSIPTEL para el acceso a información del secreto de las telecomunicaciones).

En el caso, con el Proyecto de Norma, advertimos un grave problema a la seguridad en la información confidencial, toda vez que los usuarios ajenos podrían tener un acceso a información de los administrados fiscalizados.

En particular, es necesario resaltar que esta desventaja del proyecto o riesgo no es menor toda vez que el daño que se genera a los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y a las entidades supervisadas es elevado y podría afectar gravemente la seguridad del sector.

Por lo tanto, la mejor manera de cubrir ello es **evitando el acceso a cualquier información sensible**, sea datos personales o información de las telecomunicaciones.

Posición de OSIPTEL

Considerando la inclusión del “Artículo 9.- Del Procedimiento de Selección” en el proyecto normativo, la enumeración de los siguientes artículos será de forma correlativa.

Se reitera que, de acuerdo con el artículo 6° de la Ley 27336, el OSIPTEL está facultado a acceder a información confidencial o de secretos comerciales por parte de las entidades supervisadas, de ser necesaria, para el ejercicio de sus funciones. Dicha Ley establece que el regulador guardará la debida reserva, encontrándose prohibido de publicar o difundir tal información.

Asimismo, el artículo 8.3 de dicha Ley señala que el OSIPTEL puede acceder a información protegida por el secreto de telecomunicaciones, siempre que no se refiera al contenido de las comunicaciones.

Complementariamente, en el artículo 11° de dicha Ley, se indica que los funcionarios de OSIPTEL podrán contar con la colaboración o asistencia de terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión, para lo cual, bastará que se encuentren acompañados de un funcionario autorizado.

En ese sentido, de acuerdo con lo que señala el numeral 8.3. d) del artículo 8° de la misma ley, el ejercicio de las competencias supervisoras del OSIPTEL destinadas a acceder a la información necesaria para cumplir las funciones indicadas en el artículo 8.3 de la Ley, se encuentra dentro del orden constitucional que son funciones necesarias y con relevancia constitucional para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Cabe precisar que el núcleo de protección del derecho al secreto de las comunicaciones es el contenido del proceso de comunicación, es decir, el mensaje, el cual no puede ser intervenido o interceptado por quienes no formen parte de dicho proceso, a menos de que exista un mandato judicial autoritativo (resolución judicial).

Ahora bien, con respecto a la Ley de Datos Personales (Ley N° 29733), los incisos 1° y 4° del artículo 14° señalan lo siguiente:

“Artículo 14. Limitaciones al consentimiento para el tratamiento de datos personales





No se requiere el consentimiento del titular de datos personales, para los efectos de su tratamiento, en los siguientes casos:

1. Cuando los datos personales se recopilen o transfieran para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas en el ámbito de sus competencias.
[...]
4. Cuando medie norma para la promoción de la competencia en los mercados regulados emitida en ejercicio de la función normativa por los organismos reguladores a que se refiere la Ley 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, o la que haga sus veces, siempre que la información brindada no sea utilizada en perjuicio de la privacidad del usuario”.

De lo anterior, la salvedad que se indica explícitamente en el citado inciso 4° del artículo 14° de la Ley de Protección de Datos Personales (“siempre que la información brindada no sea utilizada en perjuicio de la privacidad del usuario”), conduce a que se tome en cuenta la plena razonabilidad y proporcionalidad de la medida de permitir el recojo de los denominados metadatos (aspectos técnicos del proceso comunicativo) justamente para favorecer al usuario, puesto que facilitará las funciones de supervisión y fiscalización de la calidad, eficiencia de los servicios de telecomunicaciones que brindan las empresas operadora.

arios de ENTEL

ramos importante que se contemple cautelar la información confidencial, frente al riesgo de que el personal de la entidad pueda acceder a información sensible de la Entidad Fiscalizada, y para ello, es necesario establecer los alcances vinculados al deber de confidencialidad en la actuación de los terceros contratados.

sentido, consideramos importante que se contemple expresamente la fiscalización posterior para el personal de estas as que tuvieron acceso a información confidencial, determinándose como una obligación para el OSIPTEL y no como ibilidad. Así la Entidad Fiscalizadora deberá ser objeto de supervisión y con ello, evitar filtración de información cial cuya divulgación pueda perjudicar a los abonados o a las empresas operadoras.

nte, es importante establecer como restricción para contratar o efectuar acciones de fiscalización a aquella persona o jurídica en la cual se advirtió transgresión o divulgación de información confidencial.

Posición de OSIPTEL

Sobre la recopilación y tratamiento de la información obtenida es preciso señalar que el OSIPTEL es un organismo autónomo, se desenvuelve en estricto cumplimiento de lo dispuesto en la normativa vigente, de acuerdo a sus funciones, facultades y competencias, y en cumplimiento de la Ley de Protección de Datos Personales, la cual faculta a las entidades públicas al tratamiento de datos personales en estricto cumplimiento de sus funciones, tal es el caso, de la función supervisora de este organismo regulador.

Asimismo, además de los TDR a los cuales se sujetará cada contratación de entidades fiscalizadoras, las Declaraciones Juradas referidas en este artículo consignarán las consecuencias incumplimiento del deber de confidencialidad, constituyendo c resolución de contrato, sin perjuicio a dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios.

Versión Final del Artículo 10

o 10.- Confidencialidad

dades Fiscalizadoras que contraten con el OSIPTEL deben actuar guardando absoluta confidencialidad respecto a cualquier información o documentación relacionada con las funciones y fiscalización que se realicen o hubieran realizado. Dicha obligación subsistirá hasta luego del cese de sus funciones, mientras dicha información mantenga su carácter de confidencialidad. Cada uno de los profesionales que integran el equipo de la Entidad Fiscalizadora deberá suscribir una declaración jurada de confidencialidad al momento de la firma del contrato. Los contratados no podrán adoptar todas las acciones necesarias a efectos de garantizar que la información que le fue proporcionada para la ejecución de las prestaciones se mantenga en absoluta reserva, la cual no puede ser empleada para los fines que se establezcan en el contrato, sin que pueda hacerla pública, transmitirla a un tercero o realizar cualquier acto que permita su divulgación. El cumplimiento de las obligaciones podrá ser auditada en cualquier momento por el OSIPTEL.

En incumplimiento de la citada obligación, implica la resolución del contrato; así como, la cancelación de la inscripción en el Registro de Entidades Fiscalizadoras; aplicando las responsabilidades civiles, administrativas y penales a que hubiere lugar.”

TÍTULO VI: RESPONSABILIDADES

Artículo del proyecto a Comentar

“Artículo 10.- De los Terceros Contratados

- a) Realizar en forma imparcial y oportuna los servicios de fiscalización requeridos por el OSIPTEL, en el marco del contrato de fiscalización.

- b) Emitir los informes referidos a la verificación del cumplimiento o incumplimiento de la Entidad Fiscalizada respecto de las obligaciones legales, técnicas, contractuales o mandatos emitidas por el regulador, incluyendo toda la información fuente de las evidencias, medios probatorios o datos fuente encontrados.
- c) Reportar al regulador aquellos aspectos relevantes que, aunque no sean materia de fiscalización, sean detectados por la Entidad Fiscalizadora durante la prestación de sus servicios.
- d) Absolver dentro del plazo que establezca la Dirección de Fiscalización e Instrucción, las observaciones y requerimientos que le formule sobre los informes presentados.
- e) Disponer de equipos y demás instrumentos necesarios para el cumplimiento eficiente de los servicios de fiscalización contratados. Al respecto, tales instrumentos deberán contar con la acreditación pertinente que valide los resultados obtenidos.

Usar los implementos de seguridad que correspondan mientras la prestación del servicio; mantener durante la vigencia del contrato de fiscalización, la vigencia y cobertura de las pólizas de seguros establecidas en dicho contrato; así como cumplir con las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo previstas en la normativa de la materia y el contrato de fiscalización; entre otros.

Guardar reserva sobre la información o documentación de propiedad o en relación a las Entidades Fiscalizadas a la que haya accedido por la prestación del servicio. En ese sentido, si en el ejercicio de las facultades otorgadas, las Entidades Fiscalizadoras tuvieran acceso a información que reúna las características de secreto comercial, industrial o a cualquier otra información que pudiera ser calificada como confidencial conforme a la normativa de la materia, deben informar de tal hecho a la Dirección de Fiscalización e Instrucción. Esta obligación de reserva se mantiene aún después del vencimiento del Contrato de Fiscalización.

Devolver a la fecha de conclusión del servicio contratado, todos los documentos, informes, material audiovisual o electrónico, notas y toda información vinculada a la fiscalización realizada durante todos sus periodos contractuales, indistintamente de la causa de la culminación de su contrato. Es decir, terminación natural o inducida por alguna causal de resolución.

Comentarios de INACAL

solicita aclarar respecto del Artículo 10 Literal "e) Disponer de equipos y demás instrumentos necesarios para el cumplimiento eficiente de los servicios de fiscalización contratados. Al respecto, tales instrumentos deberán contar con la acreditación pertinente que valide los resultados obtenidos", si el término "acreditación" del mencionado párrafo se refiere a la conformidad, ya que mencionan contar con instrumentos con la acreditación pertinente que valide los resultados obtenidos. Además, podría informar acerca de cuáles instrumentos o dispositivos van a requerir que cumplan ciertos estándares técnicos.

Por lo tanto, la citada entidad recomienda evaluar si para la validación de los resultados los instrumentos requieren de alguna certificación metrológica, de ser aplicable, dado que, el reglamento no especifica los instrumentos de medición utilizados en los servicios de fiscalización.

Posición de OSIPTEL

La certificación requerida no implica la participación de INACAL. De modo general, no se requieren certificaciones metrológicas, no obstante, en la experiencia de fiscalización realizada por esta entidad. A manera de ejemplo, se han identificado 3 casos particulares:

Caso 1:

Equipos de medición especializados conteniendo teléfonos móviles embebidos –no extraíbles- como parte de la solución. Para este caso, se requieren las certificaciones de mantenimiento periódico –al inicio del periodo de supervisión-; así como, de calibración correspondiente, en ambos casos, estas certificaciones las emite el fabricante y/o su representante en el país.

Caso 2:

Equipos de medición especializados conteniendo teléfonos móviles extraíbles que pueden ser utilizados, valga la redundancia, como teléfonos móviles independientes. Para este caso, se requieren las certificaciones de mantenimiento periódico –al inicio del periodo de supervisión-; así como, de calibración correspondiente, en ambos casos, estas certificaciones las emite el fabricante y/o su representante en el país. A su vez, al ser un teléfono móvil que se conectará a la red pública de Telecomunicaciones es necesario el certificado de homologación expedido por el MTC.

Caso 3:

Teléfonos móviles del tipo Smartphone. Para este caso, a diferencia de los teléfonos móviles que se conectará a la red pública de Telecomunicaciones, sólo se requiere el certificado de homologación expedido por el MTC.



Nos remitimos a los comentarios realizados en el artículo 9 respecto a la información confidencial. Asimismo, cabe precisar que la Entidad de Apoyo debe restringirse al objeto de supervisión particular para el cual ha sido asignado, no siendo viable que extienda el objeto de las supervisiones como sí podría realizarlo un funcionario de OSIPTEL, toda vez que es el órgano regulador el que tiene la titularidad de la acción.

En efecto, la labor que realizará la Entidad Fiscalizadora se ciñe únicamente a la actividad vinculada a la función de fiscalización que se haya determinado en los TDR, y que sea materia de contratación.

Comentarios de ENTEL

En los que el Proyecto de Reglamento regula una lista de responsabilidades de los terceros contratados, con ello, buscaría reducir la probabilidad de que las conductas tipificadas se produzcan en el futuro, pues se tendría conocimiento de las acciones que se daría frente al incumplimiento de sus obligaciones.

Posición de OSIPTEL

Lo que busca el literal g) del presente artículo es precisar que, cuando la entidad fiscalizadora cuente con acceso a la información que pueda ser calificada por confidencial - en atención a su contenido - esta deberá de informar a la Dirección de Fiscalización e Instrucción, dada la relevancia de su reserva.

Adicionalmente, debe hacerse notar que el literal g) del presente artículo no guarda relación con lo expuesto en el literal k) del artículo 11 del proyecto; toda vez que, por un lado, se precisa que los terceros fiscalizadores tendrán facultad para solicitar la autorización de especial calificación mientras que por otro, se reserva como materia fiscalizable aquella que implique acceso a información personal, información sensible ni otra información protegida por la reserva de confidencialidad; es decir, existe una tradición respecto a la materia que podrá ser objeto de fiscalización por parte de estas entidades.

Por otro lado, el literal k) del artículo 12° (antes artículo 11°) versa sobre el objetivo de proteger el tipo de información de carácter sensible que pueda vincularse a otras materias que apruebe el Consejo Directivo, que no hayan sido detalladas en los literales anteriores. Toda vez que, en caso se encuentre listada la materia a tercerizar, esta se encuentra salvaguardada con las responsabilidades de confidencialidad que deben cumplir los terceros.

En este sentido, consideramos que este extremo viola el principio de legalidad ya que podría llevar a error a los administrados al no haber una disposición clara, afectando la seguridad jurídica y la predictibilidad en la actuación administrativa; por lo que, debe excluirse la posibilidad de que terceros fiscalizadores puedan acceder a información de especial calificación (datos personales, sensibles, estrategia comercial, información confidencial) por el riesgo en la seguridad para los abonados y las concesionarias; máxime en un sector que desarrolla altos niveles de competencia donde el inadecuado manejo de información confidencial puede suponer daños irreparables para el mercado.

Versión Final del Artículo 11

Artículo 11.- De los Terceros Contratados

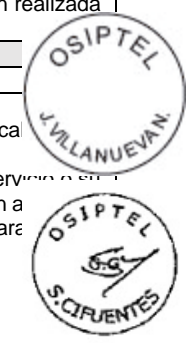
Realizar en forma imparcial y oportuna las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización requeridas por el OSIPTEL, en el marco del contrato de fiscalización.
 Emitir los informes referidos a la verificación del cumplimiento o incumplimiento de la Entidad Fiscalizada respecto de las obligaciones legales, técnicas, contractuales o mandatos emitidas por el regulador, incluyendo toda la información fuente de las evidencias, medios probatorios o datos fuente encontrados.
 Reportar al regulador aquellos aspectos relevantes que, aunque no sean materia de fiscalización, sean detectados por la Entidad Fiscalizadora durante la prestación de sus servicios.
 Absolver dentro del plazo que establezca la Dirección de Fiscalización e Instrucción, las observaciones y requerimientos que le formule sobre los informes presentados.
 Disponer de equipos y demás instrumentos necesarios para el cumplimiento eficiente de los servicios de fiscalización contratados. Al respecto, tales instrumentos deberán contar con la acreditación pertinente que valide los resultados obtenidos.
 Usar los implementos de seguridad que correspondan mientras se ejecute la prestación del servicio; así como, mantener durante la vigencia del contrato de fiscalización, la vigencia y cobertura de las pólizas de seguros establecidas en dicho contrato; así como cumplir con las disposiciones de seguridad y salud en el trabajo previstas en la normativa de la materia y el contrato de fiscalización; entre otros.
 Guardar reserva sobre la información o documentación de propiedad o en relación a las Entidades Fiscalizadas a la que haya accedido por la prestación del servicio. En ese sentido, si en el ejercicio de las facultades otorgadas, las Entidades Fiscalizadoras tuvieran acceso a información que reúna las características de secreto comercial, industrial o a cualquier otra información que pudiera ser calificada como confidencial conforme a la normativa de la materia, deben informar de tal hecho a la Dirección de Fiscalización e Instrucción. Esta obligación de reserva se mantiene aún después del vencimiento del Contrato de Fiscalización.
 Devolver a la fecha de conclusión del servicio contratado, todos los documentos, informes, material audiovisual o electrónico, notas y toda información vinculada a la fiscalización realizada durante todos sus periodos contractuales, indistintamente de la causa de la culminación de su contrato. Es decir, terminación natural o inducida por alguna causal de resolución.

TÍTULO VII: MATERIAS DE FISCALIZACIÓN SUCEPTIBLES DE SER TERCERIZADAS

Artículo del proyecto a Comentar

Artículo 11.- Materias

Las actividades vinculadas a la función de fiscalización, en base a consideraciones relacionadas a la información sensible, necesidades de mayor desplazamiento, mayor presencia física, entre otros, se consideran a las siguientes: Realizar en forma imparcial y oportuna los servicios de fiscalización requeridos por el OSIPTEL, en el marco del contrato de fiscalización.
 Aquellas actividades en las que el personal de la Entidad Fiscalizadora asuma el rol de abonado o usuario sea en la contratación, en trámites relacionados con la prestación del servicio, suspensión o baja; así como en la sustanciación de un reporte, reclamo, apelación o de una queja. Asimismo, aquellas relacionadas con el registro de hechos en centros de atención a usuarios.
 Aquellas actividades que coadyuven a la verificación en campo de elementos de la red de acceso, transporte y conmutación e infraestructura propio o de terceros de soporte para servicios públicos de telecomunicaciones, sean estos de alcance nacional, regional o local.
 Aquellas actividades que coadyuven a verificar el uso de infraestructura no autorizada por el titular.
 Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización preventiva, y las que coadyuven a la verificación del cumplimiento de alertas preventivas impuestas por el OSIPTEL.
 Aquellas actividades que coadyuven a verificar la adecuada liberación de interferencias en un proyecto de despliegue de infraestructura.
 f) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de servicios públicos de telecomunicaciones brindados por empresas comercializadoras.
 g) Aquellas actividades que coadyuven a verificar la implementación de adecuados mecanismos preventivos ante contingencias de sismo, desastre natural u otros que no permitan la prestación del servicio público de telecomunicaciones.
 h) Aquellas actividades que coadyuven a la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Entidades Fiscalizadas, a nivel de contratos de concesión, contratos de financiamiento de proyectos de telecomunicaciones, u otro tipo de contratos que deleguen las funciones de fiscalización al OSIPTEL, en el marco de sus funciones y facultades.
 i) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de teléfonos públicos, se encuentren ubicados en zonas urbanas o rurales.



<p>j) Aquellas actividades de medición en campo de parámetros e indicadores vinculados a la calidad y cobertura de servicio. k) Otras materias aprobadas por el Consejo Directivo, siempre que no impliquen acceso a datos personales, información sensible ni otra información protegida por la reserva de confidencialidad."</p> <p>Comentarios de INACAL INACAL menciona que, el reglamento no especifica los instrumentos de medición utilizados, por lo que recomienda evaluar si los instrumentos requieren de alguna certificación metrológica, de ser aplicable.</p> <p>Comentarios de TELEFÓNICA En relación a las materias en las que podría participar un tercero como soporte a la acción de fiscalización, consideramos que el acceso a estos terceros a información con carácter sensible o protegido: o al inciso a) agradeceremos su Despacho realice dos precisiones a fin de salvaguardar la información de datos de los usuarios que asisten a los centros de atención: Los terceros no podrán entrevistar usuarios y/o acercarse a recibir atención junto a ellos. Sobre el particular, cabe precisar que a la fecha el organismo regulador asiste a nuestras oficinas como parte de sus labores de monitoreo, para lo cual en muchas oportunidades entrevista a usuarios y/o se acerca a los módulos de atención en compañía de ellos, lo cual podría brindarle acceso a la información de los datos personales de los usuarios consultados, contraviniendo la normativa de protección de datos personales. Los terceros no solicitarán a los asesores que brindan atención que les brinde información de usuarios de servicios que no sean del equipo de apoyo de la supervisión, ni solicitará la entrega de documentación, capturas de pantallas de los sistemas comerciales, entre otros. Al respecto, resulta importante que se señale lo indicado, toda vez que en algunas acciones de supervisión se solicita información en línea a los asesores y/o supervisores de los servicios; sin embargo, al no tratarse del organismo regulador esta información no correspondería ser entregada a un tercero. En relación con el inciso b) trasladamos nuestra preocupación debido a que esto pueda generar una afectación a la protección del secreto de las telecomunicaciones, por lo que solicitamos que se establezca dicha limitante. El inciso d) su Despacho precisa que los terceros podrán apoyar en las actividades de fiscalización preventiva; sin embargo, no limita las materias sobre las que puede apoyar, en este caso manifestamos nuestra preocupación respecto a que podrían tener estos terceros a información sensible y protegida tales como:</p> <p>Acceso a información del Secreto de las Telecomunicaciones: Como es de su conocimiento, el derecho a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones es el derecho fundamental de toda persona a que sus comunicaciones no sean vulneradas y que genera la obligación a cargo de los Operadores de telecomunicaciones de adoptar las medidas y procedimientos razonables para garantizar la inviolabilidad de las comunicaciones que se cursen a través de sus redes. El artículo 2 numeral 10 de la Constitución Política del Perú reconoce el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, telecomunicaciones y de sus instrumentos, los cuales sólo podrán ser intervenidos con un mandato judicial que expresamente lo autorice, emitido cumpliendo las garantías señaladas en la ley. Como se aprecia, por mandato constitucional el derecho al secreto de las comunicaciones es una garantía formal que asegura la indemnidad de los elementos del proceso comunicativo respecto de la intervención de terceros. Asimismo, el</p>	<p>Posición de OSIPTEL En tal aspecto, es pertinente tener presente el comentario a fin de especificar que los equipos móviles a ser utilizados deben contar con la homologación respectiva. En principio, expedida por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones – MTC. Sin perjuicio de ello, las soluciones tecnológicas disponibles en el mercado – como equipos de medición, mochilas, sondas – no precisan de tal autorización.</p> <p>Posición de OSIPTEL La Ley N° 27336 brinda facultades a OSIPTEL para acceder a información a terceros especialistas, que cuenten con la autorización del OSIPTEL. Cabe indicar que la evolución tecnológica hace posible que el “acompañamiento” de un funcionario se preste de diversas maneras que no signifiquen propiamente la presencia física de un supervisor de este regulador. En efecto, el control del OSIPTEL se puede realizar a través de mecanismos informáticos, tal como el conceder un acceso restringido (con usuarios y claves) al ambiente tecnológico que se disponga para el resguardo de dicha información, a personal especializado para acceder a información confidencial estrictamente necesaria para cumplir con la función supervisora, y que dichos accesos se monitoreen con logs y controles de acceso, tales como registros de consulta de información, restricciones de descarga de información, entre otros controles que sean factibles de implementar a nivel técnico. La garantía del secreto de las comunicaciones se concentra en proteger el contenido del mensaje —que discurre a través del proceso comunicativo— a través de cualquier tipo de plataforma que lo contenga (documentos escritos, documentos digitales, empleo de medios telefónicos o tecnológicos como el correo electrónico, el <i>Whastapp</i>, entre otros). El núcleo de protección del derecho al secreto de las comunicaciones, sin duda alguna, el contenido del proceso comunicativo; el mensaje, el cual no puede ser intervenido o interceptado por no forman parte de dicho proceso, a menos de que exista una decisión judicial autoritativa. Al respecto, la información que el OSIPTEL obtiene en el ejercicio de su función fiscalizadora se verá protegida, siempre que sea de carácter reservado, pues “únicamente tendrán acceso a los documentos e información declarada reservada los integrantes de la red que se encargue de estos, o los funcionarios del C-01 asignados al procedimiento. Por ello, se debe precisar que todo elemento vinculado al contenido de la comunicación o mensaje estará comprendido dentro del ámbito de protección del derecho al secreto de las telecomunicaciones; mientras que todo elemento vinculado a elementos técnicos del proceso</p>
--	---



secreto a las comunicaciones, como ha reconocido la Corte Interamericana de Derecho Humanos, puede comprender “cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.

endo ello así, todos los elementos directamente asociados al proceso de comunicación y los datos vinculados a ese ámbito de información se mantienen dentro del ámbito de protección del secreto de comunicación. Solo si dicha asociación existe, estos datos no recibirán la protección de aquel derecho. Otro elemento importante del proceso de comunicación protegido por este derecho se refiere al hecho que la comunicación debe realizarse a través de canales cerrados facilitados por un tercero que facilita la conexión entre los participantes y asegura el secreto del proceso. En este sentido, la restricción representada no solo es un conector sino una garante de proteger el acto comunicativo y elementos vinculados. Como parte de la acción preventiva que propone el proyecto de norma, se tendría acceso en tiempo real al proceso comunicativo u otro elemento o sistema que custodia elementos del mismo, tal y como mencionamos líneas arriba, nos encontraríamos ante un caso de acceso al secreto de las telecomunicaciones, siendo que en el presente proyecto se precisa la posibilidad de delegar esta función a un tercero se podría incurrir en una vulneración al secreto, lo cual no solo haría incumplir una disposición constitucional sino que a su vez haría peligrar el contrato de concesión, toda vez que existe obligación de inviolabilidad de las comunicaciones.

Por ello solicitamos a su Despacho que establezca como restricción al apoyo de los terceros en las fiscalizaciones eventuales aquellos objetos y/o materias de fiscalización que se encuentren vinculadas a ello, tales como obligaciones relacionadas a tasación, detalles de llamadas, accesos a elementos de red, entre otros que su Despacho considere que también pueden vulnerar esta obligación.

Respecto a la protección de datos personales

En el particular, cabe destacar que la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, busca garantizar el derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos previsto en el numeral 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley de Datos Personales define a los datos personales como “*toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser habitualmente utilizados*”.

No obstante, de lo señalado, en el proyecto normativo su Despacho no establece limitaciones a la información a la que podría acceder las Entidades Terceras, toda vez que su Despacho cuenta a la fecha con acceso a bases de datos de usuarios que incluyen información de sus nombres, servicios, entre otros, tal como el acceso al Sistema de Monitoreo de Bajas y Migraciones y los accesos a reportaría, que incluye información lo que incluye **información personal de nuestros usuarios en todo momento sin ningún tipo de límite, tanto por parte de funcionarios de OSIPTEL como de empresas terceras contratadas por OSIPTEL, conforme propuesta del presente proyecto normativo.**

Estos sistemas comerciales y las bases de datos que se extraen de las mismas permiten acceso a todo tipo de información protegida por el deber de protección de datos y secreto de las telecomunicaciones. De manera no taxativa, podrá acceder en todo momento al nombre, documento de identidad, dirección, todas las transacciones/consultas realizadas en todo momento, productos y/o servicios contratados o dados de bajas, contratos, recibos, recargas, tráfico de voz y de datos, IMEIs de teléfonos, a quien llama, a qué páginas navega, contraseñas, cuáles son sus consumos, entre otros.

comunicativo o a los datos de usuarios o de dicho proceso, estará comprendido dentro del ámbito de tutela del derecho a la autodeterminación informativa (protección de datos personales).

Los numerales 8.1. y 8.2. del artículo 8° de la Ley N° 27336 establecen, por un lado, que el derecho al secreto de las telecomunicaciones protege el contenido o el curso de la comunicación; y, por otro, que el OSIPTEL no puede solicitar información “que signifique la violación del derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones.

Por tanto, el ejercicio de las competencias supervisoras del OSIPTEL destinadas a acceder a la información necesaria para cumplir las funciones indicadas en el artículo 15° del mismo marco legal, no constituye violación del derecho al secreto o la perturbación de la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal.

Es así que el numeral 8.3 del artículo 8° de la Ley N° 27336 señala que no constituye violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal, el acceso que tenga OSIPTEL a la información necesaria para cumplir sus funciones.

Por ello, los Entes Fiscalizados tienen el deber de resguardar el secreto de las telecomunicaciones y proteger los datos personales de sus abonados y/o usuarios y, para ello, deben cumplir con las cargas y responsabilidades que les obliga la Resolución Ministerial N.° 111-2009-MTC/03; sin embargo, este deber no será infringido si cumplen con remitir —y/o permitir recoger— al OSIPTEL, información distinta al secreto de las telecomunicaciones en el marco del cumplimiento de sus funciones, como lo sería su función supervisora y fiscalizadora.

En tal sentido, se evidencia que la Ley N° 27336 brinda facultades a OSIPTEL para acceder a información confidencial, y también a terceros especialistas, que cuenten con la autorización del OSIPTEL. Asimismo, es preciso señalar que este regulador cuenta con una política de seguridad de la información¹⁶, un reglamento de información confidencial¹⁷, asimismo se encuentra certificado en el ISO 27001¹⁸ sobre seguridad de la información que reduce el riesgo de acceso a información no autorizados, y que aseguran controles de seguridad adecuados para salvaguardar la confidencial e integridad de la información.

Esta certificación del OSIPTEL confirma la confidencialidad de la información, la integridad de los métodos de sus procedimientos, además de la adecuada disponibilidad de la información, alinea la regulación nacional en materia de seguridad de la información sector público, como la Ley de Gobierno Digital, su reglamento y normas conexas.

Cabe detallar en el presente punto, que actualmente el CITEC considera los siguientes cuerpos normativos para determinar la confidencialidad o no de la información remitida por las empresas operadoras:

¹⁶ <https://www.gob.pe/institucion/osiptel/informes-publicaciones/1363672-politica-de-seguridad-de-la-informacion>

¹⁷ <https://www.osiptel.gob.pe/media/vsbyec0/res178-2012-cd-osiptel.pdf>

¹⁸ <https://www.osiptel.gob.pe/portal-del-usuario/noticias/osiptel-renovo-certificacion-que-garantiza-gestion-adeuada-de-la-seguridad-de-su-informacion/>



Consideramos que, el hecho que se disponga que terceros pueden realizar fiscalizaciones preventivas sin establecer un límite pone en riesgo la información personal de nuestros usuarios, sin que el abonado titular de los servicios lo haya autorizado expresamente. Asimismo, esto vulnera cuando menos los principios de consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad y seguridad al que tienen derechos los ciudadanos que hacen uso de los servicios de telecomunicaciones, máxime si las empresas operadoras deben salvaguardar este derecho en el marco de lo establecidos en los Contratos de Concesión, la Ley de Protección de Datos Personales y la Ley de Telecomunicaciones, entre otras normas que obligan a velar por la protección adecuada de la información.

Entendemos que como parte del ejercicio de la función supervisora, OSIPTEL puede acceder a información personal sin requerir la autorización del abonado, pero ello debe tener un límite, y no puede ser irrestricto ni puede ser transferida a un tercero.

Por todo lo expuesto solicitamos que se limite y restrinja el apoyo de manera taxativa a aquellas materias de supervisión que pueden encontrarse vinculadas o pueden exponer datos personales de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Respecto al secreto empresarial

Es evidente, que el permitir el acceso a información sensible sobre temas comerciales de empresa generaría riesgos significativos referidos a la seguridad y fuga de información; sin embargo, esto cobra aún más importancia, al brindarse acceso a terceros para las actividades de fiscalización preventiva sin realizar ninguna restricción en dicho inciso, sobre todo a las empresas operadoras que deberán brindar información que puede encontrarse protegida por el Secreto Empresarial.

Respecto, es menester señalar que cierta información *“técnica, comercial, estratégica o aquella vinculada a las actividades que genera valor en la actividad empresarial”*. Dicha información debido a la importancia que tienen para la empresa, en cuanto a mantener una distinción frente a la competencia, y por el impacto que pueda tener en la estrategia de la empresa, debe recibir una protección especial, la cual ha sido denominada secreto empresarial. Cabe señalar que de acuerdo a la doctrina que ha desarrollado el concepto de secreto empresarial, contempla en su protección el secreto comercial, el secreto interno y secreto industrial.

Asimismo, lo sostenido es respaldado por INDECOPI, el que ha reconocido en los Lineamientos sobre Confidencialidad de la Información de Defensa de la Libre Competencia, aprobados mediante Resolución N° 027-2013/CLC-INDECOPI, que: “Se considera secreto comercial y secreto industrial a aquella información cuya importancia para el desarrollo de la actividad económica de la empresa la obliga a mantenerla fuera del alcance de terceros ajenos a ella”. En esta misma línea se ha pronunciado la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (en adelante, **OMPI**), organismo especializado de las Naciones Unidas en la materia, el mismo que ha definido a este secreto como la *“información que no se desea que conozca la competencia. La ley protege en general no sólo las fórmulas y los diseños de carácter secreto, sino cosas más sencillas, como las características que podrían incorporarse en el próximo iPhone (...)”* y ha precisado que abarca: “tanto la información técnica, tal como la información relativa a los métodos de fabricación, los datos de prueba de productos farmacéuticos, los diseños y dibujos de programas informáticos, como la información comercial, tal como los métodos de distribución, la lista de proveedores y clientes y las estrategias publicitarias.

De acuerdo con la cita anterior, se puede entender que la información respecto a sistemas, estrategias y herramientas utilizadas por los empleados por la empresa operadora; se encontrarían inmersa en dicha definición, toda vez que es información generada de manera interna en la empresa. Asimismo, como ha sido reconocido en el ámbito internacional, el secreto comercial es importante en tanto es una herramienta que puede emplear cualquier empresa, independientemente de su ubicación en el mercado y su tamaño, este derecho a hacer valer el secreto comercial no perjudica en ninguna medida la transparencia pública.

En este caso, independientemente del tamaño de la empresa y de la cantidad de abonados que ella posee, se tratare dicha información con la reserva del caso y la protección correspondiente.

Por ello, no resulta adecuado que se permita el ingreso a dicha información a terceros, ni que se realice el acceso a la misma sin asegurar los parámetros de seguridad adecuados para evitar su divulgación, dado que de hacer pública la misma podría

- El artículo 6° de la Ley N° 27336, en concordancia con el artículo 4° del Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 178-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, el cual faculta al OSIPTEL calificar la confidencialidad o no de la información presentada.
- Además, artículo 8° del TUO del Reglamento de Información Confidencial, señala los elementos de análisis para la calificación de la información como confidencial, atendiendo al contenido de la misma: la medida en la cual la información revela la estrategia comercial o secretos industriales de la empresa de tal manera que afecten las condiciones de competencia en el mercado, la sensibilidad de la información con respecto al mercado, el nivel de agregación o detalle de la información presentada, entre otros criterios de evaluación.

Es así que, en virtud del marco normativo mencionado, el OSIPTEL, emite la resolución que determina la confidencialidad o no de la información remitida por las empresas, siendo este organismo regulador el único facultado para emitir la resolución de confidencialidad de información como acto administrativo, no las entidades fiscalizadoras terceras. Consecuentemente, no se acoge el presente comentario.



<p>causarse un perjuicio y una desventaja frente a nuestros competidores directos, quienes podrán contar con información de herramientas internas y/o productos.</p> <p>Comentarios de ENTEL</p> <p>Consideramos importante que el Proyecto de Reglamento contemple el ámbito de aplicación y por ende, determine las materias susceptibles de ser tercerizadas a fin de establecer los límites de actuación de los terceros contratados durante la actividad de fiscalización.</p> <p>Respecto a lo mencionado en el literal k) del artículo 12°, debemos precisar que nos causa preocupación que el proyecto no se pronuncie sobre las facultades de fiscalización contempladas en el artículo 2 de la RCD N° 255-2018-CD/OSIPTEL, en la cual se precisa encargar a la GG del OSIPTEL que disponga las acciones necesarias para efectivizar el acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas concesionarias de los servicios públicos de telecomunicaciones.</p> <p>En este sentido, considerando que OSIPTEL entiende por válidas este tipo de fiscalizaciones pese a que hemos cuestionado el acceso a la información que supone permitir el acceso a la información de las empresas concesionarias sin aviso previo y en tiempo oportuno a una circunstancia se agrava considerando ahora que los terceros fiscalizadores también podrían realizar las mismas.</p> <p>Conviene indicar que el Informe que sustentó la RCD N° 255-2018-CD/OSIPTEL, sustentó la validez de este tipo de fiscalizaciones en la experiencia comparada de Subtel y Anatel; no obstante, el presente proyecto no ha verificado que estas acciones tercericen la función pública de fiscalización; resultando necesario que mientras este extremo no sea aclarado la acción remota NO se encuentre dentro de las facultades de los terceros fiscalizadores. Esta necesidad se sustenta en el manejo de la información que genera el acceso irrestricto a los sistemas de las empresas concesionarias en un contexto que desarrolla altos niveles de competencia, donde el manejo de la información de forma inadecuada genera daños irreparables.</p> <p>Se debe tener presente que el presente proyecto según lo que expone el informe que lo sustenta ha considerado la experiencia de la OEA y OSINERGMIN, entidades que no tienen esta atribución, por lo que el análisis comparativo en este extremo es bastante nulo.</p> <p>Por otro lado, se advierte que el Proyecto del Reglamento precisa en el literal k) que no serán materias fiscalizables aquellas que involucren el CD "siempre que no impliquen acceso a datos personales, información sensible ni otra información protegida por la ley que conserva de confidencialidad."</p> <p>Una observación que se hace de este numeral es que el mismo no otorga la predictibilidad que el informe del proyecto busca satisfacer con la emisión de esta norma. La fijación de un número de cláusulas en este caso es la única forma de asegurar la predictibilidad necesaria para garantizar el ejercicio adecuado de los derechos de los agentes fiscalizadores. Esto no solo en la normativa especial del OSIPTEL sino en el TUO de la LPAG.</p> <p>Comentarios de AFIN</p> <p>Como bien se ha mencionado, el Proyecto de Tercerización tiene como objeto regular las condiciones bajo las cuales el OSIPTEL delegará sus facultades de supervisión en favor de una persona jurídica debidamente acreditada, así como la delegación de aquellas tareas de supervisión que serían encargadas a tales empresas.</p> <p>Respecto al presente proyecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Proyecto de Tercerización, las actividades vinculadas a la función de supervisión que OSIPTEL podrá delegar son las siguientes:</p> <p>a) Aquellas actividades en las que el personal de la Entidad Fiscalizadora asuma el rol de abonado o usuario sea en la prestación del servicio, en trámites relacionados con la prestación del servicio o su suspensión o baja; así como en la sustanciación de recursos de amparo, reclamo, apelación o de una queja.</p> <p>b) Aquellas actividades que coadyuven a la verificación in situ de elementos de la red de acceso, transporte y conmutación de infraestructura propio o de terceros de soporte para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, sean estos de alcance nacional, regional o local.</p> <p>c) Aquellas actividades que coadyuven a verificar el uso de infraestructura no autorizada por el titular.</p> <p>d) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización preventiva, y las que coadyuven a la verificación del cumplimiento de alertas preventivas impuestas por el OSIPTEL.</p>	<p>Posición de OSIPTEL</p> <p>El proyecto de tercerización establece en su artículo 12° (antes artículo 11°) las materias de fiscalización susceptibles de ser tercerizadas.</p> <p>Si bien el Reglamento de Fiscalización faculta a sus supervisores a acceder de manera o remota a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades supervisadas; el presente proyecto no contempla actividades de fiscalización remota, por lo que, no es necesario realizar comentario alguno sobre tal aspecto.</p> <p>Respecto al literal k) del artículo 12°, se indica que este tiene como el objetivo de proteger el tipo de información de carácter sensible que pueda vincularse a otras materias que apruebe el Consejo Directivo, que no hayan sido detalladas en los literales anteriores. Toda vez que, en caso se encuentre listada la materia a tercerizar, esta se encuentra salvaguardada con las responsabilidades de confidencialidad que deben cumplir los terceros.</p> <p>Por otro lado, si bien el artículo 12° del proyecto define y enumera las materias de fiscalización susceptibles a ser tercerizadas; es necesario considerar otras materias a ser aprobadas por el Consejo Directivo, esto debido a la constante evolución y progreso de las telecomunicaciones.</p> <p>Posición de OSIPTEL</p> <p>Como bien se ha señalado líneas arriba, es necesario que exista armonía dentro del ordenamiento jurídico, pues todo se consigna en una unidad, precisamente, por ello, los dispositivos legales de diversas jerarquías, no pueden presentar contravención entre sí.</p> <p>Siendo ello así, como bien refieren a la Ley N° 27336 disponiendo que la fiscalización está a cargo del OSIPTEL, siendo este el organismo regulador de las telecomunicaciones. Junto con ello, el TUO de la LPAG establece en su artículo 59° que tal facultad es pasible de ser tercerizada.</p> <p>Ambos dispositivos legales son armoniosos en sí, pues no entran en contradicción, habida cuenta que la referida ley no prohíbe la tercerización de estas facultades y precisamente el TUO de la LPAG brinda un mecanismo al organismo regulador a fin de ejercer tal competencia.</p>
--	--



e) Aquellas actividades que coadyuven a verificar la adecuada liberación de interferencias en un proyecto de despliegue de infraestructura.

f) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de servicios públicos de telecomunicaciones brindados por empresas comercializadoras.

g) Aquellas actividades que coadyuven a verificar la implementación de adecuados mecanismos preventivos ante contingencias, desastre natural u otros que no permitan la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Las actividades que coadyuven a la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las entidades dadas, a nivel de contratos de concesión, contratos de financiamiento de proyectos de telecomunicaciones, u otro tipo de contratos que deleguen las funciones de fiscalización al OSIPTEL, en el marco de sus funciones y facultades.

Las actividades vinculadas a la fiscalización de teléfonos públicos se encuentren ubicados en zonas urbanas o rurales.

Las actividades de medición en campo de parámetros e indicadores vinculados a la calidad y cobertura de servicio.

Las materias aprobadas por el Consejo Directivo, siempre que no impliquen acceso a datos personales, información financiera ni otra información protegida por la reserva de confidencialidad.

En este sentido, a efectos de que la delegación de las facultades de supervisión resulte válida, OSIPTEL debería contar con la habilitación legal expresa y suficiente que le permita delegar sus facultades y delimite que tipo de acciones de fiscalización serán encargadas a un tercero.

En el presente caso que nos ocupa, de conformidad con el artículo 42 del Reglamento General, OSIPTEL está autorizado a delegar sus facultades de fiscalización por medio de un convenio de delegación, a entidades públicas o privadas y siempre que mediante el convenio se garantice la autonomía e idoneidad técnica del encargado.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Reglamento de Supervisión se ha definido al "Supervisor" como aquel personal de OSIPTEL o de una entidad Fiscalizadora debidamente autorizado y acreditado por el OSIPTEL para realizar en nombre de éste, acciones de supervisión en ejercicio de la facultad supervisoras que lo asiste.

De acuerdo con las normas antes descritas, OSIPTEL tendría facultades para poder delegar sus actividades de supervisión en terceros, siendo posible que se delegue todas las actividades que atañen a esta entidad. Sin embargo, debe tomarse en cuenta la posibilidad de que se deleguen facultades de supervisión solo podrían considerarse válidas, si es que mediante un convenio con rango legal se ha habilitado a OSIPTEL a delegar estas facultades.

En consecuencia, ante, mediante la Ley 27336 (norma que define y delimita las facultades del OSIPTEL), se ha determinado que la actividad de fiscalización debe ser realizada de manera directa por el OSIPTEL, restringiendo la posibilidad de que se delegue esta facultad.

En consecuencia, respecto de lo que nos ocupa, mediante el artículo 10 de la Ley 27336 se ha determinado que "la acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo". En este sentido, de acuerdo con lo establecido por la Ley 27336 la actividad de supervisión es inherente al OSIPTEL y debe ser efectuada directamente por sus funcionarios no siendo posible que se delegue esta facultad a terceros.

En consecuencia, que estamos ante el núcleo mismo de la actividad del Organismo supervisor de la inversión privada en telecomunicaciones, razón por la cual su ley especial prevé que esta actividad de supervisión debe ser realizada por éste mismo. En consecuencia, de lo que ocurre con el OSINERGMIN20, no existe una ley que de modo expreso permita la delegación de estas facultades de fiscalización a privados, no siendo suficiente – a nuestro criterio – la genérica regulación introducida por la Ley 27336 para permitir dicha delegación de funciones.

En consecuencia, en el mismo sentido, mediante el inciso 2 del artículo 11 de la Ley 27336 se ha determinado que los funcionarios de OSIPTEL deben desempeñar sus funciones contando con la participación, colaboración y asistencia de personal del OSIPTEL y/o de terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de supervisión. Estas personas podrán acceder a la información y instalaciones de la empresa supervisada bastando para ello que estén acompañados de un funcionario de OSIPTEL.

En consecuencia, en el mismo sentido, de acuerdo con el marco normativo antes descrito, la actividad de supervisión debe ser ejecutada directamente por funcionarios del OSIPTEL. No obstante, es posible que dichos funcionarios puedan contar con la participación de terceros a efectos de contar con expertos que puedan contribuir a la actividad de supervisión.

Cabe mencionar que la cuestión sobre no contar con habilitación de rango legal ya ha sido dilucidada líneas anteriores. Sin perjuicio de ello, es preciso reiterar que, si bien el OSIPTEL no cuenta con una norma de rango legal, ello no le impide utilizar el mecanismo que el ordenamiento jurídico le permite, es decir, la tercerización.

En efecto, dado que el TUO de la LPAG faculta al OSIPTEL a tercerizar sus actividades de fiscalización, se formuló la consulta a la PCM sobre los lineamientos para la aplicación de dicha figura.

Es así que, mediante Oficio N° 0000960-2022-PCM-SGP de la Secretaría de Gestión Pública de la PCM, ha resaltado la naturaleza auto aplicativa del artículo 59° del TUO de la LPAG. Ello permite, en el presente tema, a este regulador emitir las normas correspondientes sin que medie algún requisito existente como, por ejemplo, la emisión del decreto supremo refrendado por la PCM

Cabe reiterar que, el artículo 10 °de la Ley N° 27336 no restringe la posibilidad de tercerización de actividades de fiscalización referidas en el artículo 59° del TUO de la LPAG, sino es la descripción de la facultad del funcionario de OSIPTEL a ser titular de la supervisión a efectuarse.

Debe considerarse además que el presente proyecto se encuentra en concordancia con el marco legal vigente, siendo acorde con el TUO de la LPAG y más aun teniendo en cuenta que a través del Oficio N° D000960-2022-PCM-SGP, la PCM ya ha emitido pronunciamiento sobre la interpretación del referido artículo 59° del TUO de la LPAG, siendo aquel competente para interpretar correctamente los alcances de la referida disposición.

Por otro lado, respecto al comentario sobre lo establecido en el artículo 42° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y modificatoria, este organismo regulador podrá delegar sus funciones de fiscalización por medio de un convenio de delegación a entidades públicas o privadas.

Ahora bien, como se desprende el artículo citado, el texto indica la posibilidad de delegación de facultades del OSIPTEL mediante un convenio, no expresa ni restringe alguna otra manera de delegación de facultades; por lo que sería incorrecto afirmar que únicamente la delegación podría realizarse a través de algún convenio.

Finalmente, en relación con lo regulado en el artículo 14° de la Ley 27336, este indica lo siguiente:

"Artículo 14.- Acción de la supervisión sin previo aviso

Los funcionarios de OSIPTEL o los especialistas instruidos para los efectos de realizar una acción de supervisión pueden como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisoras, dentro de los límites establecidos en el Artículo 4 de la presente Ley. En estos casos su acción no tiene que restringirse al trato o información que se les brinda a ellos directamente, sino que puede incluir información respecto del trato e información que se brinda a otras personas."



Es decir, la Ley 27336, determina que, si bien la actividad de supervisión es inherente al OSIPTEL, esta entidad puede contar con expertos que lo acompañen en estas actividades y le proporcionen mayores herramientas técnicas para que el OSIPTEL desarrolle sus actividades de supervisión. En este sentido, mediante el artículo 11° no se habilita a OSIPTEL a contratar a terceros para delegarles sus actividades de supervisión, sino que se habilita a que el OSIPTEL efectúe directamente sus actividades de supervisión facilitándose de opinión de expertos para contar con mayores fuentes de prueba o herramientas para ejecutar dichas actividades.

Dicho artículo se encuentra dentro del Título II de la ley mencionada, el cual versa sobre la facultad supervisora del OSIPTEL y en específico a la facultad de este organismo regulador para ejecutar acción de supervisión sin previo aviso a la empresa operadora, estableciendo en dicho supuesto que, tanto funcionarios del regulador como especialistas instruidos y, autorizados puedan comportarse como usuarios potenciales clientes o terceros con el objetivo de verificar el cumplimiento de obligaciones por parte de la empresa operadora, siendo que esta no tendría algún aviso previo o conocimiento de la realización de la acción de supervisión. En base a ello, no se acoge el comentario.



En, es importante mencionar que la Ley 27336 ha regulado un único supuesto en donde la actividad de supervisión no ser ejecutada directamente por los funcionarios de OSIPTEL, sino que terceros autorizados puedan ejecutar estas funciones. Al respecto, el artículo 14 de la Ley 27336 ha establecido que “Los funcionarios de OSIPTEL o los especialistas os para efectos de realizar una acción de supervisión pueden comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora”.



En este sentido, de acuerdo con lo señalado por la Ley 27336, el OSIPTEL únicamente podrá delegar facultades de supervisión de terceros con el objeto de que estos ejecuten un mecanismo de supervisión en particular, esto es, solicitar que dichos terceros actúen como un usuario o potencial cliente a efectos de supervisar el comportamiento de los operadores de telecomunicaciones.



En consecuencia, somos de la opinión que, en el caso específico del OSIPTEL, la habilitación genérica establecida en la LPAG es suficiente para que dicha entidad pueda tercerizar la actividad de fiscalización, en la medida que existe una ley que regula la materia de modo diferente, estableciendo un único supuesto en el cual dicha delegación es posible. Como se ha indicado, la LPAG permite la tercerización, “salvo disposición distinta de la ley”, como ocurre en este caso.



Por lo tanto, cualquier proyecto normativo o reglamento que tenga por objeto regular la delegación de facultades de supervisión de terceros deberá estar limitado únicamente a aquellas facultades que por Ley se ha autorizado al OSIPTEL a delegar. No bastaría únicamente un cambio reglamentario, sino que sería necesario un cambio legislativo, más aún tratándose de una materia en la cual se estaría permitiendo una situación ciertamente excepcional, como el ejercicio de competencias públicas que son de privados. Por tanto, si el reconocimiento de la posibilidad de delegación no fuera claro y expreso, no podría en ningún caso presumirse o interpretarse la norma para su admisión.



Como se ha sido previamente mencionado, mediante el Proyecto de Tercerización se pretende habilitar al OSIPTEL a delegar el ejercicio de facultades de supervisión que no están comprendidas dentro de las actividades que la Ley 27336 ha permitido delegar, por lo que podría afirmarse que este proyecto excede las competencias legales otorgadas al OSIPTEL.

En este sentido, a efectos de que el Proyecto de Tercerización se alinee a lo establecido en el marco legal aplicable, este debe ser modificado a efectos de determinar que las únicas actividades de supervisión que pueden ser delegadas por el OSIPTEL serán aquellas actividades destinadas a que un tercero (personal de la entidad fiscalizadora acreditada) asuma el rol de usuario de un servicio de telecomunicaciones.

Versión Final del Artículo 12

Artículo 12.- Materias

Las actividades vinculadas a la función de fiscalización, en base a consideraciones relacionadas a la información sensible, necesidades de mayor desplazamiento, mayor presencia fiscalizadora, se consideran a las siguientes: Realizar en forma imparcial y oportuna los servicios de fiscalización requeridos por el OSIPTEL, en el marco del contrato de fiscalización.

Aquellas actividades en las que el personal de la Entidad Fiscalizadora asuma el rol de abonado o usuario sea en la contratación, en trámites relacionados con la prestación del servicio, suspensión o baja; así como en la sustanciación de un reporte, reclamo, apelación o de una queja. Asimismo, aquellas relacionadas con el registro de hechos en centros de atención al cliente. Aquellas actividades que coadyuven a la verificación en campo de elementos de la red de acceso, transporte y conmutación e infraestructura propio o de terceros de soporte para servicios públicos de telecomunicaciones, sean estos de alcance nacional, regional o local.

Aquellas actividades que coadyuven a verificar el uso de infraestructura no autorizada por el titular.

Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización preventiva, y las que coadyuven a la verificación del cumplimiento de alertas preventivas impuestas por el OSIPTEL.

Aquellas actividades que coadyuven a verificar la adecuada liberación de interferencias en un proyecto de despliegue de infraestructura.

Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de servicios públicos de telecomunicaciones brindados por empresas comercializadoras.

Aquellas actividades que coadyuven a verificar la implementación de adecuados mecanismos preventivos ante contingencias de sismo, desastre natural u otros que no permitan la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

- h) Aquellas actividades que coadyuven a la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Entidades Fiscalizadas, a nivel de contratos de concesión, contratos de financiamiento de proyectos de telecomunicaciones, u otro tipo de contratos que deleguen las funciones de fiscalización al OSIPTEL, en el marco de sus funciones y facultades.
- i) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de teléfonos públicos, se encuentren ubicados en zonas urbanas o rurales.
- j) Aquellas actividades de medición en campo de parámetros e indicadores vinculados a la calidad de servicio.
- k) Otras materias aprobadas por el Consejo Directivo, relacionadas a las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización.”



Artículo del proyecto a Comentar

“Artículo 12.- Pautas de actuación

Entre las pautas se consideran a las siguientes:

- a) Realizar previamente a la fiscalización asignada, la revisión o evaluación exhaustiva de la documentación relacionada con la Entidad Fiscalizada, así como efectuar las coordinaciones necesarias para el desarrollo de la fiscalización.

Redactar las actas de fiscalización, en presencia del personal de las Entidades Fiscalizadas, con quien se entienda la diligencia, respetando su derecho a consignar en dichas actas las observaciones que consideren pertinentes; y, de ser el caso, consignar en ellas la negativa a firmarla. Para esto, deberán aplicar lo dispuesto en el Reglamento General de Fiscalización.

Los informes deben contener una descripción detallada de los hechos constatados, que evidencien el cumplimiento o incumplimiento de la normativa o de las disposiciones contractuales materia de fiscalización, adjuntándose la documentación de sustento recibida, dejando en evidencia el cumplimiento de las metodologías de fiscalización definidas por el OSIPTEL que correspondan.”

Comentarios de TELEFONICA

Posición de OSIPTEL

...de lo comentado previamente, resulta necesario que se encuentre presente un funcionario de OSIPTEL en la revisión y formación.

Al respecto, el artículo 11° de la Ley N° 27336 indica que los funcionarios de OSIPTEL podrán contar con la colaboración o asistencia de terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión, para lo cual, bastará que se encuentren acompañados de un funcionario autorizado.

En efecto, ello es pertinente, pues no se ha establecido que el tercero sea un funcionario público, sino que brinde el apoyo necesario a este a fin de realizar las actividades correspondientes.

Conviene reiterar que, acorde al avance tecnológico es posible que el “acompañamiento” de un funcionario se preste de diversas maneras que no signifiquen propiamente la presencia física de un supervisor de la entidad. Es así que, el control del OSIPTEL se puede realizar a través de mecanismos informáticos, tal como el conceder un acceso restringido al ambiente tecnológico que se disponga para el resguardo de dicha información, a personal especializado para acceder a información confidencial estrictamente necesaria para cumplir con la función supervisora, y que dichos accesos se monitoreen con controles de acceso de registros de consulta de información, restricciones de descarga de información; entre otros controles que sean factibles de implementar a nivel técnico para dicho acompañamiento.

Comentarios de ENTEL

Posición de OSIPTEL

...cto de Reglamento establece criterios de actuación que deberán seguir los terceros contratados durante la actividad de fiscalización.

De acuerdo al proyecto de reglamento en cuestión, en el artículo 4 del mismo se establecen los principios y normas que deben ser aplicados tanto por el OSIPTEL como por los participantes, postores y Entidades Fiscalizadoras, en el cual precisamente se detalla que deberá aplicarse el TUO de la LPAG, el TUO de la Ley N° 30225 Contrataciones con el Estado, el Reglamento General de Fiscalización del OSIPTEL, entre otras; pues en un debido procedimiento, todas las partes deben estar involucradas.

...terceros contratados podrán realizar actividades vinculadas a la fiscalización a nombre del OSIPTEL, lo cual es posible siempre que se realicen las modificaciones realizadas por la Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL en el Reglamento de Fiscalización del OSIPTEL.

...cambio de ello, resulta imprescindible que en este acápite se expliciten las obligaciones de las entidades fiscalizadoras que se establecen en el TUO de la LPAG, el RGIS y el Reglamento General de Supervisión del OSIPTEL.

Asimismo, tal como se ha señalado anteriormente, la función que realizará la Entidad Fiscalizadora se ciñe únicamente a la que es inherente a la función de fiscalización que se haya determinado en el TDR, y que sea materia de contratación.

Comentarios de AFIN

Posición de OSIPTEL

Mediante el artículo 12-A se ha propuesto que todos los operadores deberán adaptar sus sistemas a efectos de que el acceso que se otorgue al OSIPTEL les permita: (i) visualizar los tipos de alarmas que defina el OSIPTEL; (ii) monitorear el tráfico de voz y datos en los diferentes segmentos de la red, con el fin de verificar la operatividad, así como los niveles de consumo de los recursos.

El referido comentario es respecto al proyecto de la norma que modifica el Reglamento General de Calidad, aprobada por Resolución N° 00221-2022-CD/OSIPTEL y publicada en “El Peruano” para comentarios, no sobre el proyecto de tercerización.



tráfico de los nodos y enlaces de la red; (iii) descargar reportes de acuerdo con los términos señalados por el OSIPTEL, (iv) implementar los indicadores de performance que defina el OSIPTEL; (v) otros aspectos que sean solicitados por el OSIPTEL.

En este sentido, mediante las modificaciones que serían efectuadas al Reglamento de Calidad no solo se pretende que el OSIPTEL tenga acceso permanente a los sistemas privados de los operadores, sino que también se solicitaría que estos operadores inviertan recursos para poder adaptar sus propios sistemas a los requerimientos del regulador. Asimismo, mediante el presente proyecto normativo, se ha determinado que no otorgar acceso al OSIPTEL a los sistemas de gestión de datos del operador configura una conducta pasible de sanción.

De acuerdo con lo previamente señalado, el proyecto normativo descrito tiene como objeto otorgar mayores mecanismos de control al OSIPTEL, a efectos de que exista un mayor control sobre el cumplimiento de normas técnicas de calidad en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

Como se ha mencionado anteriormente, conforme hemos descrito, la actividad de supervisión no puede realizarse de manera irrestricta y sin ningún límite, sino que debe acogerse esta actividad al marco normativo que le resulta aplicable y a los principios que rigen a la actuación de la Administración Pública. Por tanto, resulta necesario verificar si las acciones de supervisión que se estarían otorgando al OSIPTEL son razonables, proporcionales, y si se ajustan a la normativa aplicable y a los principios que regulan a la actividad de supervisión del OSIPTEL.

Sin perjuicio de ello, los costos que pueda generarle al operador son costos que debe tener en consideración al iniciar sus actividades en el mercado pues, así como la actividad que desarrolla le genera rentabilidad, también debe asumir costos, que al fin y al cabo garantizan la calidad del servicio que ofrece y dinamiza la competencia con los demás agentes.

El OSIPTEL no traslada estos costos, pues son propios de la actividad que realiza, por otro lado, este organismo no dejará de realizar las fiscalizaciones necesarias que garantice un servicio de calidad, habida cuenta que no se infiere que se dejará de fiscalizar a las empresas operadoras.

La LPAG permite a este organismo tercerizar acciones de fiscalización, en aras de contar con herramientas necesarias que permitan optimizar la labor del OSIPTEL mas no que terceros ejerzan funciones públicas, propias del funcionario público.

Versión Final del Artículo 13

Artículo 13.- Pautas de actuación

Las pautas se consideran a las siguientes:

Realizar previamente a las actividades de fiscalización asignadas, la revisión o evaluación exhaustiva de la documentación relacionada con la Entidad Fiscalizada, así como efectuar las coordinaciones necesarias para el desarrollo de la fiscalización.

Redactar las actas de fiscalización, en presencia del personal de las Entidades Fiscalizadas, con quien se entienda la diligencia, respetando su derecho a consignar en dichas actas las observaciones que consideren pertinentes; y, de ser el caso, consignar en ellas la negativa a firmarla. Para esto, deberán aplicar lo dispuesto en el Reglamento General de Fiscalización.

Los informes deben contener una descripción detallada de los hechos constatados, que evidencien el cumplimiento o acrediten el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones contractuales materia de fiscalización, adjuntándose la documentación de sustento recibida, dejando en evidencia el cumplimiento de las metodologías de fiscalización definidas por el OSIPTEL que correspondan."

TÍTULO IX: DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Artículo del proyecto a Comentar

Artículo 13.- Prerrogativa del OSIPTEL

El OSIPTEL mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos que producirán efectos jurídicos sobre las Entidades Fiscalizadas.

Artículo 13.- Prerrogativa del OSIPTEL en materia de TELEFÓNICA

Como se ha mencionado anteriormente, conforme lo expuesto en los presentes comentarios, consideramos que, dado que OSIPTEL es el titular del ejercicio de la facultad de supervisión, debe participar o encontrarse presente en cada acción de supervisión, toda vez que es quien se le atribuye la facultad para suscribir un acta y solicitar información a los administrados.

Posición de OSIPTEL

El tercero puede firmar el acta y solicitar información habida cuenta que actúa en representación del OSIPTEL.

Al respecto, el artículo 2° del Reglamento de Fiscalización precisa que se debe entender como "supervisor" al personal del OSIPTEL, Entidad Fiscalizadora, debidamente autorizado y acreditado por el OSIPTEL para realizar, en nombre de éste, acciones de fiscalización en ejercicio de la facultad supervisora que lo asiste.

Asimismo, el artículo 25° del citado reglamento indica el contenido mínimo que deberá de ser recogido en un acta de actuación de fiscalización:

- Identificación del o los supervisores que intervendrán;
- Denominación de la entidad supervisada;
- Indicación de la fuente de información;
- Mención del objeto de la acción de supervisión;
- Fecha en que se efectúa el levantamiento de información con indicación de la hora del mismo;
- Mención de la información recabada; y,
- Firma del o los supervisores que hayan intervenido.

El acta de levantamiento de información suscrita por un supervisor constituye instrumento público.



	Es así que, de una lectura integral de la norma, se desprende que además del personal del OSIPTEL, el personal de la entidad fiscalizadora -debidamente autorizado y acreditado por este organismo regulador- también estará facultado para suscribir el acta mencionada, toda vez que también se encuentra dentro de la definición de "supervisor".
<u>Comentarios de ENTEL</u> El Proyecto de Reglamento deja en claro que la emisión de los actos administrativos realizados en base a las actividades de fiscalización tercerizadas siempre será de competencia exclusiva del OSIPTEL, como no podría ser de otra manera puesto que la emisión de los mismos no es materia delegable.	<u>Posición de OSIPTEL</u> De acuerdo al comentario precedente, el OSIPTEL mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos, no obstante, el personal de la entidad fiscalizadora también estará facultado para suscribir actas de fiscalización.
Versión Final del Artículo 14	
Artículo 14.- Prerrogativa del OSIPTEL	
OSIPTEL mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos que producirán efectos jurídicos sobre las Entidades Fiscalizadas.	
DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL	
Artículo del proyecto a Comentar	
a.- La Gerencia General del OSIPTEL podrá emitir documentos complementarios para el cumplimiento del presente reglamento, los cuales serán puestos en conocimiento del Consejo Directivo del OSIPTEL.	
<u>Comentarios de TELEFONICA</u> En particular, en caso de requerirse modificar los alcances del reglamento propuesto, corresponde que este sea emitido a través de resolución de Consejo Directivo, siendo que dicho órgano cuenta con facultad normativa. Asimismo, en caso de que en los alcances de este proceso en una resolución con rango reglamento brindaría mayor seguridad jurídica para los interesados.	<u>Posición de OSIPTEL</u> De acuerdo al comentario en cuestión, es pertinente precisar que según el artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, el OSIPTEL cuenta con la facultad de dictar, en el ámbito y en materias de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios. Asimismo, en atención a lo establecido por el artículo 24° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y modificatoria, el Consejo Directivo del OSIPTEL es el órgano competente para ejercer de manera exclusiva la función normativa. Es así que, de acuerdo con la Tercera Disposición Complementaria Transitoria de la Resolución N° 259-2021-CD/OSIPTEL que modificó el Reglamento General de Supervisión, (actualmente, Reglamento de Fiscalización) aprobado mediante la Resolución N° 090-2021-CD/OSIPTEL a través de una resolución de Consejo Directivo, el OSIPTEL establecerá los criterios y procedimientos específicos de calificación y clasificación de las entidades fiscalizadoras, así como la definición de aquellas tareas de fiscalización que realizarán las empresas. En efecto, de haber alguna modificación, esta debe darse en una resolución que tenga el nivel de aquella que aprobó el acta normativa, esto es, a través de resolución del Consejo Directivo consiguiente, por ello se acoge el comentario.
<u>Comentarios de ENTEL</u> El Proyecto de Reglamento establece la facultad que tendrá la Gerencia General del OSIPTEL a fin de emitir documentos complementarios que resulten necesarios para dar cumplimiento al Proyecto de Reglamento propuesto.	<u>Posición de OSIPTEL</u>

El Proyecto de Reglamento no realiza dicha precisión, por lo que resulta necesaria dicha aclaración en aplicación del principio de legalidad y predictibilidad.

Se reitera que, de presentarse alguna modificación, esta debe darse mediante la misma resolución que aprobó el proyecto normativo, esto es, a través de resolución del Consejo Directivo.

Versión Final del Artículo

"Primera.- El Consejo Directivo del OSIPTEL podrá emitir documentos complementarios para el cumplimiento del presente reglamento"

