

A	:	SERGIO ENRIQUE CIFUENTES CASTAÑEDA GERENTE GENERAL
ASUNTO	:	PROYECTO DE NORMA QUE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE SUPERVISIÓN
FECHA	:	8 de junio de 2021

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	SUPERVISOR ESPECIALISTA	RITA AGUILAR RENDON
	COORDINADOR LEGAL	GUSTAVO TORRES LINARES
	COORDINADOR DE GESTIÓN	JOSE LUIS ROMERO ALCALDE
	ABOGADA ESPECIALISTA EN TEMAS DE REGULACION	CLAUDIA SILVA JAUREGUI
REVISADO Y APROBADO POR	GERENTE DE SUPERVISION Y FISCALIZACIÓN	LUIS PACHECO ZEVALLOS



INDICE

I. OBJETIVO	3
II. DECLARACIÓN DE CALIDAD REGULATORIA	3
III. ANTECEDENTES GENERALES	3
3.1. Marco Normativo	3
3.2. Antecedentes.....	3
IV. REGULACION DE LAS ACCIONES DE SUPERVISIÓN CON FINES PREVENTIVOS 5	
4.1. Planteamiento o identificación del problema.....	5
4.2. Objetivo de la intervención y base legal.-.....	9
4.2.1. Objetivo general de la intervención.....	9
4.2.2. Objetivos específicos.....	9
4.2.3. Base legal para la intervención.....	9
4.3. Análisis de alternativas disponibles.-.....	13
4.3.1. Descripción de las alternativas.....	13
4.3.2. Evaluación de alternativas	15
4.4. Propuestas normativas y aplicación de la solución seleccionada.-	17
V. REGULACIÓN DE MECANISMOS Y HERRAMIENTAS APLICABLES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN SUPERVISORA DEL OSIPTEL	22
5.1. Planteamiento o identificación del problema.....	22
5.2. Objetivo de la intervención y base legal.-.....	27
5.2.1. Objetivo general de la intervención.....	27
5.2.2. Objetivos específicos.....	27
5.2.3. Base legal para la intervención.....	27
5.3. Análisis de alternativas disponibles.-.....	33
5.3.1. Descripción de las alternativas.....	33
5.3.2. Evaluación de alternativas	35
5.4. Propuestas de modificación y aplicación de la solución seleccionada.-	36
VI. REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LA SUPERVISIÓN... 37	
6.1. Planteamiento o identificación del problema.-.....	37
6.2. Objetivo de la intervención y base legal.-.....	39
6.2.1. Objetivo general de la intervención.....	39
6.2.2. Objetivos específicos.....	39
6.2.3. Base legal para la intervención.....	39
6.3. Análisis de alternativas disponibles.-.....	47
6.3.1. Descripción de las alternativas.....	47
6.3.2. Evaluación de alternativas	47
6.4. Propuesta de modificación y aplicación de la solución seleccionada.-	49
VII. DEFINICIONES CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DEL OSIPTEL 49	
7.1. Definiciones de supervisor y entidad supervisora	49
7.2. Criterios para la determinación de muestras aplicables al ejercicio de la función supervisora	50
7.3. Definición de Compromiso de Mejora	51
VIII. DIFUSIÓN DE LA NORMATIVA	52
IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES FINALES	53



I. OBJETIVO

Evaluar la pertinencia de realizar cambios normativos al Reglamento General de Supervisión del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Supervisión), con la finalidad de atender distintos problemas evidenciados y relacionados a su función supervisora, así como, fortalecer y hacer más eficiente la misma, en beneficio de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

II. DECLARACIÓN DE CALIDAD REGULATORIA

En aplicación de lo dispuesto por la Resolución N° 069-2018-CD/OSIPTEL, se declara que los cambios normativos que se sustentan en el presente informe cumplen con los Lineamientos de Calidad Regulatoria del OSIPTEL.

III. ANTECEDENTES GENERALES

3.1. Marco Normativo

- Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
- Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336.
- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
- Reglamento General de Supervisión del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL.

3.2. Antecedentes

Se han identificado diversos antecedentes que, junto con la evaluación realizada por el OSIPTEL, han motivado la necesidad de revisar la actual normativa relativa al Reglamento de Supervisión, el cual desde el año 2015 no ha sido objeto de reformas.

- En el 2016, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1272 que introdujo un capítulo dedicado a la actividad de fiscalización y cuyo objeto simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, así como fortalecer las acciones de fiscalización.
- En el 2017, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.
- Posteriormente, en el 2018, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Legislativo N° 1452, que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- En el 2018, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, la Resolución de Consejo Directivo N° 255-2018-CD/OSIPTEL, mediante la cual se dispuso que se adopten las acciones necesarias para el fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL, a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, según las consideraciones expuestas en el Informe N° 00206-GPRC/2018.



- En enero del 2019, se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la LPAG).

De conformidad con lo indicado en la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley N° 27336 (en adelante LDFF), el OSIPTEL cuenta con la facultad de supervisión para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas.

El Reglamento de Supervisión contiene las normas que regulan el ejercicio de dicha función supervisora, la cual se rige por los principios de transparencia, costo-eficiencia, veracidad, discrecionalidad y prevención. Desde el año 2015, en el que se publicó el Reglamento de Supervisión a la fecha, el OSIPTEL ha recogido diversa casuística propia del ejercicio de su función supervisora, a través de la ejecución de acciones de supervisión y monitoreo, que sustentan los cambios propuestos en el presente documento.

De igual modo estos cambios se sustentan en la necesidad de fortalecer la función supervisora del OSIPTEL, según ha sido dispuesto por el Consejo Directivo del OSIPTEL mediante la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, entre otros; mediante la implementación de herramientas que permitan acceder de manera remota a los sistemas y bases de datos de las empresas operadoras, así como, reforzar la utilización de diversos mecanismos informáticos y de automatización aplicables a la función supervisora, en aras de lograr una mayor eficiencia y eficacia en su ejercicio tanto para el Regulador como para las entidades supervisadas.

También se consideran las diversas modificaciones que ha sufrido desde el año 2016, el marco general contenido en el TUO de la LPAG, y que resultan aplicables al ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL.

Asimismo, en el marco de las recomendaciones contenidas en la “Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones”¹ que se basa en los Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones², se ha considerado principalmente los principios de Cumplimiento basado en evidencia, Regulación responsiva, Promoción del cumplimiento e Integración de la información.

Las propuestas normativas están relacionadas con i) la supervisión con fines preventivos, ii) los mecanismos y herramientas aplicables a la supervisión, iii) la aplicación de medidas cautelares y iv) la inclusión de algunos conceptos en el Reglamento de Supervisión.

Teniendo en cuenta lo señalado, en el presente informe, se analizará la problemática presentada, las alternativas de solución, así como también una propuesta de solución para las mismas.

De otro lado, se debe considerar que, mediante Decreto Legislativo N° 1272 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 21 de diciembre de 2016, se incorporó el Capítulo I-A “La actividad administrativa de fiscalización” en el Título IV de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en cuyo artículo 228-A, se detalla la definición de la actividad de fiscalización.

¹ OECD (2019), Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones, <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/guia-de-la-ocde-para-el-cumplimiento-regulatorio-y-las-inspecciones-0fe43505-es.htm>.

² OECD (2014), Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264208117->.



Es así que dicha definición señala que la actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.

En este sentido, se considera necesario actualizar la denominación del Reglamento, por Reglamento General de Fiscalización, así como del término “supervisión” por “fiscalización” allí contenido, en concordancia con lo señalado en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

IV. REGULACION DE LAS ACCIONES DE FISCALIZACIÓN CON FINES PREVENTIVOS

4.1. Planteamiento o identificación del problema

En el marco de lo dispuesto actualmente por el artículo 6 del Reglamento de Supervisión³, el OSIPTEL realiza monitoreos de manera facultativa, con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. El empleo de los monitoreos tiene como fin complementar las labores de supervisión del OSIPTEL encaminadas a efectivizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades supervisadas.

Sobre todo, los monitoreos se configuraban como un mecanismo para lograr o requerir el cumplimiento de las obligaciones de forma oportuna y más expeditiva, sin la necesidad de llevar a cabo procedimientos disuasivos, incluso, de carácter sancionador.

De acuerdo con las Condiciones Generales descritas en el “Procedimiento de Monitoreo” (P-PSU-01), el monitoreo puede darse de dos formas. Por un lado, a través de los monitoreos planificados, de acuerdo con la normativa o reglamento a evaluar para tomar conocimiento del desempeño de las entidades monitoreadas; o, por el otro, a través de monitoreos reactivos, que se realizan al identificar potenciales incumplimientos normativos⁴. Conforme al Procedimiento de Monitoreo P-PSU-01, el resultado de un monitoreo puede consistir en⁵:

- (i) Concluir que no se han identificado potenciales incumplimientos y/o dar a conocer el desempeño de las empresas monitoreadas (“Cierre de Carpeta”);
- (ii) Emitir una “Comunicación Preventiva”, de darse el caso de haberse identificado potenciales incumplimientos; o,

³ Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL

Artículo 6.- Monitoreo

Son aquellas actividades que realizará el OSIPTEL de manera facultativa, con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades supervisadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

⁴ Procedimiento Monitoreo P-PSU-01

8. Condiciones Generales:

8. a. El monitoreo se enmarca en la normativa (Reglamento de Supervisión) e Instructivo de Monitoreo vigentes. Pueden darse:

8. a.1. Monitoreos planificados: De acuerdo a la normativa o reglamento a evaluar para tomar conocimiento del desempeño de las EM.

8. a.2. Monitoreos reactivos: Al identificar potenciales incumplimientos normativos

⁵ Procedimiento Monitoreo P-PSU-01

8. Condiciones Generales:

El monitoreo es una actividad que facultativamente realiza el OSIPTEL en el marco de su función supervisora. En tal sentido, su aplicación no es requisito previo para la realización de la supervisión. En el caso de aplicarse, el resultado puede ser:

8. b.1. Concluir que no se han identificado potenciales incumplimientos y/o dar a conocer el desempeño de las EM;

8. b.2. Emitir una “Comunicación Preventiva”, de darse el caso de haberse identificado potenciales incumplimientos; o,

8. b.3. Recomendar el inicio de un proceso de supervisión.



(iii) Recomendar el inicio de un procedimiento de supervisión.

Ahora bien, aunque el monitoreo puede concluir con la recomendación del inicio de una acción de supervisión, lo cierto es que su aplicación no es una exigencia previa para la realización de ésta. Por el contrario, la recomendación del inicio de una supervisión es una de las formas en las que puede concluir un monitoreo, pero esto no implica que deba seguirse un monitoreo como paso previo o condición formal para desarrollar una supervisión.

Destaca también, con ocasión de la realización de monitoreos, el empleo de las denominadas Comunicaciones Preventivas. Así pues, con ocasión de los monitoreos realizados, la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL (en adelante DFI)⁶, puede advertir problemas o riesgos para el cumplimiento de determinadas obligaciones y comunicar a la entidad supervisada correspondiente la ocurrencia de los mismos a efectos de que ésta adopte las acciones correspondientes para su corrección. Esto se efectúa conforme a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento de Supervisión⁷.

Dentro de este marco de actuación, desde noviembre de 2016 hasta el 2020, se estima que la DFI ha realizado alrededor de 289 monitoreos, según se muestra en el siguiente cuadro:

Carpetas de Monitoreo concluidas por resultado	
Resultado	Cantidad de Monitoreos
Comunicación Preventiva	89
Inicio de Supervisión	46
Solo cerrar el monitoreo	154
Total General	289

Fuente: DFI

Sin embargo, pese a la vocación efectista y expeditiva que propugna la actual regulación de los monitoreos, lo cierto es que, como resultado de su ejecución se han identificado una serie de aspectos que, por el contrario, han desnaturalizado dicha figura, sin lograr en algunos casos el cumplimiento oportuno de las obligaciones por parte de las entidades monitoreadas, que se buscaba.

Para el caso de los monitoreos que advierten presuntos incumplimientos y que, por tanto, recomiendan el posterior inicio de una supervisión, la reacción expeditiva y oportuna del OSIPTEL en algunos casos se puede ver afectada por el cuestionamiento de las entidades supervisadas a las acciones de monitoreo, lo cual como se ha indicado termina por desnaturalizar el propósito de las mismas.

En efecto, del desarrollo de los monitoreos que ha venido realizando la DFI, se han identificado diversos cuestionamientos por parte de las entidades supervisadas; respecto del alcance del monitoreo, las facultades del OSIPTEL para solicitar información en el marco de los monitoreos o del tipo de mecanismos utilizados para su ejecución. Estos cuestionamientos dotados de una connotación “contenciosa”, no solo afectan la conclusión expeditiva de los monitoreos, sino también la tutela de los bienes jurídicos a cargo de OSIPTEL.

⁶ Antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

⁷ **Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL**

Artículo 7.- Comunicación Preventiva

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



Ahora bien, no obstante las supervisiones y los monitoreos se realizan en ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL, al ser acciones independientes, cada una demanda plazos distintos, por lo que las acciones del OSIPTEL dirigidas al cumplimiento de sus funciones y a la tutela de los bienes jurídicos a su cargo, también deben evaluarse considerando el tiempo que transcurre entre: i) la toma conocimiento por parte del OSIPTEL de aparentes conductas irregulares por parte de las empresas operadoras y, ii) la conclusión en la recomendación de inicio de acciones en su contra.

De las acciones de supervisión llevadas a cabo desde el año 2018 al 2020, que no incluyen monitoreos, se advierten tiempos de duración y, por tanto, respuestas más expeditivas por parte del OSIPTEL, como se advierte del siguiente cuadro:

Tiempo de supervisiones que no incluyeron monitoreos previos	
Duración promedio de supervisiones por año	
Año	Duración promedio (DC)
2018	262
2019	210
2020	327
Total general	266

DC = Días calendario

Fuente: DFI

Tiempos de supervisiones que incluyeron monitoreos previos		
Duración promedio (DC) por año		
Año	Duración promedio de Supervisión	Duración promedio de Monitoreo
2018	108	412
2019	266	20
2020	131	40
Promedio	168	157
Total	326	

DC = Días Calendario

Fuente: DFI

De acuerdo a esto, para los casos en que la realización de acciones de monitoreo han sido un paso previo a la ejecución de acciones supervisión, se añaden plazos adicionales que postergan las acciones del OSIPTEL frente a posibles incumplimientos.

Como se indicó anteriormente, las entidades monitoreadas cuestionan los requerimientos de información formulados por el OSIPTEL, oponiéndose al alcance de estos⁸. De hecho, este es un problema que debe atenderse prontamente, pues estos requerimientos se realizan

⁸ Actualmente, entre las acciones de monitoreo que pueden realizarse destacan las siguientes de forma enunciativa:

- Solicitar vía telefónica o email documentación, archivo y otros datos, así como los programas e instrumentos que fuese necesario para su lectura;
- Realizar requerimientos de información relacionados con el objeto de la acción de monitoreo;
- Acceder de manera presencial o remota a las dependencias, equipos e instalaciones de operación, de gestión de red y plataformas, según corresponda;
- Tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video, páginas web y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de monitoreo;
- Comportarse como usuarios, potenciales clientes u otro para cumplir con la finalidad del monitoreo;
- Utilizar en las actividades de monitoreo los equipos que considere necesarios;
- Usar herramientas colaborativas, así como herramientas de usuario;
- Reuniones técnicas con personal de las empresas supervisadas, a efectos de exponer los indicios de incumplimientos o potenciales incumplimiento a fin de propender a su solución.



válidamente en el ejercicio de funciones de supervisión por parte del OSIPTEL y que, bajo lo que el Reglamento de Supervisión denomina “monitoreo”, comprende, entre otras, acciones de “requerimientos de información” para poder realizar una evaluación sobre el desempeño de las actividades a cargo de la empresa operadora.

Sin embargo, debido a los cuestionamientos que han venido presentando las entidades monitoreadas, en la práctica ello ha conllevado a actuaciones prolongadas y emisión de precisiones por parte del OSIPTEL y respuestas de dichas entidades lo que se traduce en mayores plazos y retraso en el objetivo perseguido por los monitoreos.

Así pues, en el caso de Telefónica del Perú S.A.A.⁹ (en adelante Telefónica) y Viettel Perú S.A.C.¹⁰ (en adelante Bitel) han indicado que los requerimientos de información que realiza el OSIPTEL en el marco de los monitoreos, deben sustentarse en norma legal y en atención al Principio de Legalidad dispuesto en el TUO de la LPAG, y han cuestionado que dichos monitoreos puedan realizarse con la información requerida, dado que a su entender debieron realizarse con acciones de supervisión en campo. Es decir, que Telefónica y Bitel han cuestionado el mecanismo empleado por el Regulador para la realización del monitoreo.

El problema antes identificado no tiene su causa en razones de mercado (fallas de mercado) ni en asuntos comerciales atribuibles a los agentes del sector telecomunicaciones. Por el contrario, se puede indicar que su origen está en el tratamiento normativo brindado al monitoreo y, a la diferenciación que se ha hecho del mismo respecto a la propia realización de actividades de supervisión en el Reglamento vigente.

En concreto, el Reglamento de Supervisión distingue a los monitoreos (artículos del 6 al 8 del Título II del Reglamento de Supervisión) de las acciones propiamente de supervisión (Título III del Reglamento de Supervisión), cuando, en realidad, las acciones de monitoreo son manifestaciones de la función de supervisión que la LDFF atribuye al OSIPTEL.

Cabe recordar que los monitoreos no son una condición previa y necesaria para la supervisión, pues su carácter es facultativo, pero, cuando tienen lugar, pueden concluir en la recomendación de iniciar una acción de supervisión, con lo cual, si el monitoreo se retrasa, también se retrasa la supervisión. En el mismo sentido lo indica el Procedimiento N° P-PSU-01 – “Monitoreos”, el cual señala que:

“8. b. El monitoreo es una actividad que facultativamente realiza el OSIPTEL en el marco de su función supervisora. En tal sentido, su aplicación no es requisito previo para la realización de la supervisión. En el caso de aplicarse, el resultado puede ser:

8. b.1. Concluir que no se han identificado potenciales incumplimientos y/o dar a conocer el desempeño de las EM;
8. b.2. Emitir una “Comunicación Preventiva”, de darse el caso de haberse identificado potenciales incumplimientos; o,
8. b.3. Recomendar el inicio de un proceso de supervisión (P-PSU-02). (Énfasis agregado)”.

Dado que nos encontramos ante la regulación del ejercicio de competencias administrativas por parte del OSIPTEL, los problemas aquí identificados no son pasibles de ser solucionados por el mismo mercado. Del mismo modo, la sola actuación de los agentes monitoreados no

⁹ Carta Nro. TDP-2822-AR-GGR-20.

¹⁰ Carta N° 02496-2020/DL.



puede resolver por sí misma los problemas aquí evidenciados, porque involucran potestades enteramente públicas que no son conducidas a libertad de las entidades monitoreadas o los agentes materia de supervisión.

En consecuencia, se hace necesaria la actuación por parte del OSIPTEL, en ejercicio de sus potestades normativas, para aprobar las modificaciones necesarias al Reglamento de Supervisión a efectos de corregir los problemas antes descritos.

4.2. Objetivo de la intervención y base legal.-

4.2.1. Objetivo general de la intervención.

La intervención normativa tiene como objetivo general el fortalecimiento y mejora de la eficacia y eficiencia de la función supervisora del OSIPTEL.

4.2.2. Objetivos específicos.

El objetivo general podrá alcanzarse mediante los siguientes objetivos específicos:

- Objetivo Específico N° 1: incorporación de nuevas reglas para el desarrollo de monitoreos, que resalte su condición de mecanismos propios de las acciones de supervisión.
- Objetivo Específico N° 2: previsión de nuevas disposiciones que efectivicen el cumplimiento de las funciones de supervisión y que estén orientadas al cumplimiento normativo y a la prevención de nuevos riesgos, sin demandar plazos excesivos.

4.2.3. Base legal para la intervención.

La Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante Ley Marco) ha previsto de forma expresa que el organismo regulador ejerce la función supervisora, como se cita a continuación:

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones:

(...)

a. Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisada; (...).”

Por su lado, la LDFD define y delimita las facultades del OSIPTEL, para supervisar a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a su competencia y el Reglamento de Supervisión, regula específicamente las actividades respecto a las cuales se han identificado los problemas descritos anteriormente e incluye entre los principios aplicables al ejercicio de la función supervisora al Principio de



Prevención, en virtud del cual el accionar del OSIPTEL no debe enfocarse exclusivamente en la adopción de mecanismos correctivos o punitivos por incumplimiento de obligaciones técnicas, contractuales o legales, sino también en prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones.

Asimismo, de conformidad con lo indicado en la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones (en adelante ROF) del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, la DFI es la responsable de promover -con un enfoque de prevención- y de supervisar el cumplimiento de las obligaciones por parte de las entidades supervisadas como se cita a continuación:

“Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción

La Dirección de Fiscalización e Instrucción es el órgano de línea responsable de promover **-con un enfoque de prevención-** y de supervisar el cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional.” (Énfasis agregado)

En cuanto a las disposiciones comunes que prevé el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General – (en adelante, TUO de la LPAG), se deben considerar los artículos contenidos en el Capítulo II del Título IV referidos a la regulación de la actividad administrativa de fiscalización, los cuales fueron incorporados en diciembre de 2016 mediante la reforma aprobada por el Decreto Legislativo N° 1272.

Cabe destacar que la regulación prevista en el actual TUO de la LPAG, precisa el enfoque preventivo que se ha atribuido al ejercicio de actividades de fiscalización por parte de las autoridades administrativas o por los agentes privados (cuando ejercen dichas potestades en virtud de delegación). Así pues, corresponde citar a lo indicado en el numeral 239.1 del artículo 239 y artículo 245 del TUO de la LPAG que señalan lo siguiente:

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica, **bajo un enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos.** (...) (Énfasis agregado)”

“Artículo 245.- Conclusión de la actividad de fiscalización

(...)
245.2. Las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones **únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión.**” (Énfasis agregado)”

Este enfoque preventivo propuesto en el TUO de la LPAG para el ejercicio de la actividad de fiscalización, debe ser considerado como parámetro normativo para reformar el actual ejercicio de actividades de monitoreo por parte del OSIPTEL bajo el actual Reglamento de



Supervisión. Estos parámetros justificarán la introducción de reformas al Reglamento de Supervisión sin descuidar el seguimiento de la actuación de las entidades supervisadas y, principalmente, procurando que estas últimas conozcan sus obligaciones y las cumplan considerando:

i. Procura del cumplimiento normativo. -

El enfoque de cumplimiento normativo contemplado en el TUO de la LPAG, refuerza la necesidad de considerar a la fiscalización como una pieza elemental en la concreción del cumplimiento de las obligaciones o de la observancia de las prohibiciones planteadas en el ordenamiento jurídico administrativo.

La finalidad del TUO de la LPAG no es sancionar las conductas infractoras, sino llegar a un estado de cumplimiento de las normas, es decir lo que procura es el logro del cumplimiento voluntario por parte de los administrados sin el empleo -como primera opción- de la sanción administrativa y sin la inversión de tiempos excesivos. Como advierte la doctrina, la supervisión administrativa reviste una connotación educativa e informadora¹¹ que será empleada para, en primera instancia, informar al particular sobre las obligaciones a su cargo, los mecanismos a su alcance para su cumplimiento y la advertencia respecto a las consecuencias de mantenerse en un estado de incumplimiento. Solo de no lograrse los resultados esperados, en un segundo momento corresponderá evaluar las acciones a tomar en consideración o preparar los actuados para un eventual procedimiento sancionador.

En el marco de este enfoque de cumplimiento, cobra sentido también la referencia a algunas formas de conclusión de la actividad de supervisión. Muchas de ellas no tienen que ver con la necesidad de iniciar un procedimiento sancionador y otras tienen la finalidad única de orientar e informar al administrado. Así, el numeral 2 del artículo 245.1 del TUO de la LPAG señala que las actuaciones de fiscalización podrán concluir en “la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado”. Este supuesto, desde luego, tiene como premisa que, con ocasión de la supervisión, se advirtieron presuntos incumplimientos; sin embargo, la respuesta no es represiva, por el contrario, se aprovecha la fiscalización para indicar o sugerir determinadas acciones para poder ajustarse a Derecho.

Seguidamente el numeral 3 del mismo artículo agrega que las actuaciones de supervisión pueden concluir también en “la advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas”, lo cual complementa el razonamiento antes expuesto.

Finalmente, destaca lo dispuesto en el numeral 245.2 del TUO de la LPAG, según el cual “las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión”. Estamos, por tanto, ante el reconocimiento expreso de que, en algunas ocasiones, la supervisión únicamente tendrá un propósito preventivo,

¹¹ Cfr. Morón Urbina, J.C. La nueva regulación común de la actividad administrativa de supervisión en el Derecho peruano. En: Moreno Molina, Á. y otros (Coord.) Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Madrid: Tirant lo Blanch. 2018. pp. 1549-1600; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En: ZEGARRA, Diego (Coord.). La proyección del Derecho administrativo peruano. Lima: Palestra Editores. 2019. pp. 404-405; SÁNCHEZ POVIS, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo. En: ZEGARRA, Diego (Coord.). La proyección del Derecho administrativo peruano. Lima: Palestra Editores. 2019. pp. 445-466.



educador o informativo, pues el objetivo no es imponer el castigo sino lograr el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones administrativas.

ii. Prevención y gestión del riesgo:

La supervisión requiere encaminar los recursos públicos empleados en la fiscalización administrativa por aquellos cauces donde se advierta una mayor incidencia del incumplimiento y una mayor necesidad de prevención. En otras palabras, la supervisión debe focalizarse en aquellos ámbitos donde, de producirse el incumplimiento, se generarán los más graves perjuicios al bien e interés público tutelados.

El riesgo al que alude nuestra normativa no es otra cuestión que la posibilidad de que se incumpla con determinada obligación, por lo que la supervisión deberá conducirse a evitar o reducir dicho riesgo. Desde el Derecho Administrativo europeo, quienes han adoptado esta visión, han destacado la importancia que cumple la supervisión administrativa en la gestión del riesgo (Esteve 2014: 368 - 369) y coinciden en la necesidad de emplearla para reducir la producción de los mismos.

iii. Tutela de los bienes jurídicos protegidos:

El TUO de la LPAG recoge un criterio de tutela progresivo y preventivo de los bienes jurídicos a su cargo. La alusión de este último componente mantiene implícita la exigencia de que la actividad de supervisión sea desplegada justificadamente cuando medie un bien jurídico pasible de tutela.

Estos elementos que definen el nuevo enfoque de fiscalización propuesto en el TUO de la LPAG se refieren a lo que se conoce como regulación responsiva o lo que otros denominan perspectiva de la luz verde¹². Es decir, la idea de que la regulación (intervención) debe responder a las circunstancias, al contexto, etc.¹³., atendiendo a una serie de estrategias dependiendo del caso.

Para llevar a cabo las reformas normativas referidas a los problemas advertidos, el OSIPTEL cuenta con funciones normativas atribuidas por la Ley N° 27332. Conforme a esta función, OSIPTEL se encuentra facultado para dictar, en el ámbito de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de los usuarios y de las entidades o actividades supervisadas. Así lo recoge el artículo 3 de este cuerpo normativo:

“Artículo 3.- Funciones

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los

¹² MONTT, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. En: DE LA CUÉTARA, Juan y otros (Coord.). Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. Madrid. 2011, pp. 18-23.

¹³ AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John. Responsive regulation. Transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press. 1992. p. 5.



procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.”

Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, el Consejo Directivo del OSIPTEL es el órgano competente para ejercer de manera exclusiva la función normativa. En tal sentido, le corresponderá a este último la aprobación de las reformas normativas que se sugieran con ocasión del presente informe.

4.3. Análisis de alternativas disponibles.-

4.3.1. Descripción de las alternativas

De conformidad con lo expuesto previamente, se han identificado dos alternativas para abordar el problema de la regulación y el enfoque de las acciones de monitoreo presente en el Reglamento de Supervisión. Estas alternativas se resumen en las siguientes:

- (i) Alternativa N° 1: mantener la regulación vigente, sin introducción de reformas, derogaciones o modificaciones normativas (no intervención).
- (ii) Alternativa N° 2: modificar las disposiciones del Reglamento de Supervisión, introduciendo mecanismos alternativos al monitoreo que cumplan el propósito principal de procurar el cumplimiento por parte de las entidades supervisadas.

A continuación, se describe y evalúa cada una de las alternativas antes enunciadas.

(i) Alternativa N° 1: mantener la regulación (no intervención)

La Alternativa N° 1 de solución frente a los problemas identificados consistiría en mantener las disposiciones del Reglamento de Supervisión referidas al ejercicio de acciones de monitoreo. Es decir, no sería necesaria ninguna modificación normativa o la derogación de disposiciones referidas a esta materia dentro del Reglamento de Supervisión.

Esta alternativa, sin embargo, no trae consigo ventaja alguna. Por el contrario, la realización de acciones de monitoreo mantendría los mismos problemas de retrasos y plazos excesivos, en desmedro del ejercicio oportuno y expeditivo que se procuraba inicialmente con estas acciones.

Cabe precisar que, así como están previstas las acciones de monitoreo en el Reglamento de Supervisión, no se advierte ilegalidad o contradicción con el ordenamiento jurídico. Por tanto, si bien puede mantenerse la actual regulación tal como está, cierto es que, de mantenerse ciertos cuestionamientos por parte de las empresas operadoras para su ejecución, ello no



coadyuva al objetivo de fortalecer y mejorar la eficiencia de la facultad de supervisión del OSIPTEL y, sobre todo, postergaría excesivamente su empleo oportuno por parte de este regulador.

(ii) Alternativa N° 2: modificar las disposiciones del Reglamento de Supervisión, introduciendo mecanismos alternativos al monitoreo que cumplan el propósito principal de procurar el cumplimiento por parte de las entidades supervisadas.

Esta alternativa implicaría realizar un proyecto normativo que derogue las disposiciones referidas a las acciones de monitoreo, tal como están previstas actualmente en el Reglamento de Supervisión y que, en su reemplazo, introduzca nuevas disposiciones para permitir la realización de “fiscalizaciones preventivas” por parte del OSIPTEL. Este tipo de fiscalizaciones con fines preventivos estarían orientados a cumplir adecuadamente los mismos objetivos para los cuales fueron reguladas, en su momento, las acciones de monitoreo; es decir, realizar un seguimiento oportuno, - sin mayores retrasos-, al cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo de las entidades supervisadas, procurando su cumplimiento voluntario y, de ser el caso, requiriendo a dichas entidades información sobre las acciones a adoptar para adecuar su conducta a lo exigido por las normas vigentes y sin mayor implicancia punitiva (salvo en aquellos casos en los cuales se advierta la comisión de un presunta infracción).

Estas nuevas disposiciones regularán:

- a) La facultad de realizar acciones de fiscalización preventivas e iniciarlas siempre de oficio. Estas acciones podrán realizarse, - según la obligación materia de la misma-, empleando los diversos mecanismos y modalidades previstos en el Reglamento de Supervisión, sin que se deban seguir obligatoriamente los procedimientos específicos considerados en la normativa vigente. De este modo, tendrán mayor flexibilidad y podrán ser más expeditivas.
- b) Un conjunto de objetivos básicos a los que dirigir las acciones de fiscalización preventiva, tales como:

- Prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones por parte de las entidades supervisadas,
- Promover el cumplimiento oportuno de las obligaciones normativas, contractuales o técnicas a cargo de dichas entidades,
- Promover las acciones de corrección voluntarias por parte de las entidades supervisadas de detectarse algún incumplimiento.

Para esto deben incluirse disposiciones sobre las formas en que podrían concluir estas supervisiones, destacando entre estas formas de conclusión las siguientes:

- Con la conformidad que la entidad supervisada se encuentra efectuando acciones orientadas al cumplimiento oportuno de las obligaciones técnicas, legales o contractuales supervisadas.
- Con la emisión de una Alerta Preventiva.
- Excepcionalmente ante la detección de presuntas infracciones, dependiendo de las circunstancias de la comisión y la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido, se podrá recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.



Finalmente, la introducción de las fiscalizaciones preventivas implica, la regulación de las “Alertas Preventivas”, que son las comunicaciones que el órgano supervisor podrá emitir a la entidad supervisada, a fin que ésta informe al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación supervisada.

El incumplimiento por parte de las entidades supervisadas de remitir al OSIPTEL la información solicitada en una Alerta Preventiva podrá ser sancionado de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya. Ello, con la finalidad que las entidades supervisadas cumplan con remitir al OSIPTEL dicha información, y se cumpla el fin preventivo y de ejecución de acciones de corrección voluntarias. Asimismo, se propone que el registro de alertas preventivas sea de conocimiento público mediante su publicación en la página web del OSIPTEL, de modo que se genere el llamado efecto reputacional, a través de la información a los usuarios y al público en general del comportamiento de las entidades supervisadas. Como se ha señalado en el Informe N° 2016-GPRC/2018¹⁴, *la ventaja del enfoque reputacional en la supervisión, es que previene a los usuarios a contratar el servicio con empresas cuya conducta no es conforme a las normas establecidas y, que potencialmente podrían generar escenarios de insatisfacción. Asimismo, se incentiva a las empresas a mantener una buena reputación, dado que será un aspecto más que el usuario podrá evaluar en el momento de contratar un servicio.*

De otro lado, ante este nuevo tipo de fiscalización se considera necesario, por carecer ya de utilidad, la eliminación de las “Medidas de Advertencia” que, según el Reglamento de Supervisión actual, se pueden emitir de manera excepcional en caso de detectarse un incumplimiento, con la indicación a la entidad supervisada que, de persistir en dicha situación se procederá a aplicar las medidas o sanciones que correspondan según el RFIS. Asimismo, es importante indicar que, a la fecha las medidas de advertencia han tenido una aplicación limitada dado que contiene supuestos de aplicación específicos que en la práctica de la supervisión no suelen ser recurrentes.

La adopción de esta Alternativa ofrece diferentes ventajas:

- Primero, soluciona normativamente los defectos advertidos en las acciones de monitoreo, mediante la derogación de las mismas.
- Segundo, evita que se generen plazos excesivos por medio de monitoreos, cuando seguidos de estos se ejecutan acciones de supervisión de acuerdo al actual Reglamento de Supervisión.
- Tercero, introduce un marco normativo para el desarrollo de supervisiones preventivas que, en reemplazo de las actuales acciones de monitoreo, cumplen efectivamente el propósito de hacer un seguimiento oportuno del cumplimiento de determinadas obligaciones y, de ser el caso, requieren a la entidad supervisada, información sobre las acciones que puede adoptar voluntariamente para adecuar su actividad al cumplimiento de la obligación supervisada.

4.3.2. Evaluación de alternativas

Al respecto, considerando que los beneficios y costos que se derivan de las alternativas identificadas no se pueden cuantificar o monetizar, se ha optado por efectuar un Análisis Multicriterio (AMC) que permita identificar la mejor alternativa a partir de la ponderación de rankings respecto de criterios (o atributos) que se definirán más adelante.

¹⁴ Ver en https://www.osiptel.gob.pe/media/yzzdkozb/res255-2018-cd_inf206-gprc-2018.pdf



Para efectos de este informe, se proponen los siguientes criterios:

(i) Grado de discrepancia administrativa

Califica en qué grado las alternativas propuestas establecen reglas que puedan generar discrepancias entre el OSIPTEL y la entidad monitoreada o supervisada. En ese sentido, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que establezca condiciones que conlleven a menores discrepancias.

(ii) Prevención de incumplimientos

Califica la idoneidad de la medida a efectos de prevenir la comisión de posibles infracciones o la reincidencia de las mismas. En tal sentido, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que garantice una prevención mayor o más idónea del riesgo de incumplimiento.

(iii) Plazo o tiempo requerido para las actuaciones

Califica en qué grado las alternativas propuestas cumplen el objetivo de seguimiento de obligaciones y prevención o adecuación de los riesgos advertidos de forma oportuna o en el menor tiempo posible. Conforme a esto, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que establezca mecanismos más expeditivos o con tiempos más breves.

(iv) Grado de seguridad jurídica del supervisado

Califica el grado de seguridad jurídica que las alternativas generan respecto del proceder del regulador cuando la entidad es objeto de supervisión; es decir, si la entidad supervisada puede prever con certeza cuál será el accionar del regulador en ejercicio de las funciones y en distintos escenarios. Sobre el particular, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que genere mayor predictibilidad al administrado.

Respecto de las ponderaciones a las calificaciones de cada una de las alternativas sobre los criterios (atributos) definidos, se plantea que tengan la misma ponderación de 0.25.

Sobre la calificación a ser asignada a cada atributo para cada alternativa, se propone:

- Calificación -1: Menor calificación.
- Calificación 0: Neutral.
- Calificación +1: Mayor calificación.

En ese sentido, a continuación, se procede a realizar la calificación de los atributos de cada alternativa disponible.

De acuerdo al análisis antes efectuado, se obtiene el siguiente cuadro de calificaciones:

Atributo	Alternativa N° 1	Alternativa N° 2	Ponderación
Grado de discrepancia administrativa	-1	1	0.25
Prevención de incumplimientos	0	1	0.25



Atributo	Alternativa N° 1	Alternativa N° 2	Ponderación
Plazo o tiempo requerido para las actuaciones	-1	1	0.25
Grado de seguridad jurídica del supervisado	0	1	0.25
Calificación Final	-0.5	1	

Finalmente, sobre la base de la evaluación realizada y las ponderaciones definidas, la Alternativa N° 2 tiene una calificación final de 1, mientras que la Alternativa N° 1 tiene una calificación final de -0.5. En ese sentido, la alternativa elegible como propuesta de solución debería ser la Alternativa N° 2, la cual obtuvo el puntaje más alto.

4.4. Propuestas normativas y aplicación de la solución seleccionada.-

Como se ha detallado en las secciones anteriores, los problemas derivados del empleo de acciones de monitoreo podrían afectar el ejercicio oportuno y eficiente de la actividad de supervisión por parte del OSIPTEL. Al no ser viable que el mercado o los agentes solucionen por sí solos este problema, se requiere una intervención normativa que modifique las actuales disposiciones del Reglamento de Supervisión y que introduzca otras nuevas para la regulación adecuada de las fiscalizaciones preventivas en el ámbito de competencia de este regulador.

Esta propuesta de solución se fundamenta, también, en la experiencia de algunas entidades que tienen regulada la opción de realizar acciones de supervisión únicamente con propósitos preventivos (informadores o educativos), aunque bajo distintas denominaciones. Es el caso, por ejemplo, de las siguientes entidades:

- **Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA:**

El artículo 13 del Reglamento de Supervisión del OEFA, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA-CD, recoge la posibilidad de realizar supervisiones únicamente con la finalidad de orientar a los supervisados en el cumplimiento de sus obligaciones ambientales en los siguientes términos:

“Artículo 13.- Supervisión Orientativa

13.1 La supervisión orientativa tiene por objeto la promoción del cumplimiento de obligaciones fiscalizables. Se realiza a través de la puesta en conocimiento de las obligaciones a los administrados y una verificación del cumplimiento **sin fines punitivos**; salvo que, a criterio de la autoridad, se identifiquen daños, riesgos significativos o se afecte la eficacia de la fiscalización ambiental.

13.2 La Autoridad de Supervisión puede realizar supervisiones orientativas por única vez a la unidad fiscalizable que no haya sido supervisada con anterioridad por el OEFA. Asimismo, puede realizar supervisiones orientativas cuando el administrado es una persona natural con negocio, micro o pequeña empresa o se presenten otros supuestos debidamente sustentados por el OEFA que coadyuven al adecuado manejo ambiental.

13.3 Dicha supervisión concluye con la conformidad de la actividad desarrollada, la recomendación de implementar mejoras en la unidad fiscalizable, la identificación de



riesgos y emisión de alertas para cumplir las obligaciones fiscalizables, o, excepcionalmente, la imposición de medidas administrativas que se consideren necesarias. (Énfasis agregado)”.

Como se advierte de la disposición antes citada, las supervisiones orientativas desplegadas por el OEFA tienen una vocación principalmente de información (puesta en conocimiento de obligaciones) y verificación del cumplimiento **sin fines punitivos** y sin el empleo de instrumentos de supervisión que requieran mayor contradicción o controversia entre a autoridad que supervisa y el que es objeto de supervisión. Esto, desde luego, sin dejar de lado los casos en los cuales, por razones justificadas, amerita una reacción distinta, como lo son los supuestos de identificación de daños, riesgos significativos o se afecte la eficacia de la fiscalización ambiental.

- **Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria – SUNEDU**

En el caso de la SUNEDU, aunque el Reglamento de Supervisión de esta entidad, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 006-2017- SUNEDU-CD, no lo alude expresamente, lo cierto es que las labores de supervisión que ésta realiza se llevan a cabo considerando normativamente la posibilidad de que estas acciones concluyan tan solo en la recomendación de mejores o correcciones, lo que da cuenta de que la supervisión no tiene la finalidad exclusiva de sancionar, sino más bien orientar al supervisado en el cumplimiento. Así lo deja entrever el artículo 21 del Reglamento de Supervisión de la SUNEDU, como se cita a continuación:

“Artículo 21.- Conclusión de las acciones de supervisión

Las acciones de supervisión podrán concluir en:

21.1 La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado.

21.2 La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado.

21.3 La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas.

(...) (Énfasis agregado)”.

Dentro de este marco de actuación, destaca también en el ámbito de la SUNEDU, los “Criterios de supervisión que promueven el cumplimiento eficaz de la Ley Universitaria y de su normativa conexas”, aprobados por la Resolución de Consejo Directivo N° 075-2017-SUNEDU-CD, y en los cuales se incluye, esta vez sí expresamente, la posibilidad de ejecutar acciones de supervisión con una finalidad netamente preventiva, como se cita a continuación:

“DISPOSICIONES FINALES

Cuarto. - Sin perjuicio del tratamiento de incumplimientos de afectación diferida, la Dirección de Supervisión, de considerarlo pertinente, **ejecuta acciones de supervisión que tengan una finalidad orientativa hacia los sujetos supervisados**, de modo que la identificación de riesgos y notificación de alertas les permita mejorar su gestión con el objetivo de dar un adecuado cumplimiento a la Ley Universitaria y a sus normas conexas.”



Destaca, nuevamente, que las supervisiones en estos casos se caracterizan en este ámbito por tener un propósito preventivo e informativo encaminado al cumplimiento normativo por parte de los sujetos supervisados.

- **Ministerio de Educación:**

En el caso particular de los servicios educativos básicos prestados por instituciones privados, el Decreto Supremo N° 007-2020-MINEDU, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1476, dispuso las competencias de las Unidades de Gestión Educativa Local (UGEL) para supervisar el cumplimiento de las obligaciones educativas en el contexto de emergencia sanitaria por la COVID-19, previendo la posibilidad de realizar supervisiones “orientativas”, con fines principalmente preventivos, como se cita a continuación:

“Artículo 6. Supervisión

6.1 Las UGEL, de acuerdo con su ámbito de competencia territorial, supervisan el cumplimiento de las obligaciones exigibles a las IEP, de acuerdo con lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1476 y el presente Reglamento. Los actos y diligencias de supervisión se inician siempre de oficio, por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada o por denuncia.

(...)

6.9 Las UGEL realizan supervisiones orientativas con la finalidad de detectar alertas de riesgo de incumplimiento y comunicarlas a las IEP junto con las recomendaciones que correspondan. (Énfasis agregado)."

Nuevamente destaca, bajo las normas educativas, la finalidad principalmente informativa que tiene este tipo de supervisión, que termina concluyendo únicamente en la formulación de recomendaciones a la institución educativa privada.

- **Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS:**

En el caso de la SUNASS, el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, reguló expresamente hasta el año 2015, la posibilidad de que este regulador pudiera efectuar acciones de supervisión únicamente con fines de prevención y orientación en los siguientes términos:

“Artículo 13-A.- Acción de supervisión preventiva

La acción de supervisión preventiva tiene por objeto **evaluar y orientar a la EPS de manera anticipada** acerca de la aplicación y el cumplimiento en su oportunidad de las obligaciones técnicas, legales y contractuales específicas de la EPS, que por tener plazo para su cumplimiento aún no le son exigibles.

La acción de supervisión preventiva se iniciará de oficio o a solicitud de la EPS, de acuerdo a los recursos con los que cuente la GSF.

Los informes de la acción de supervisión preventiva tienen carácter de **recomendación y orientación para la EPS**, pudiéndose concluir en cualquiera de las siguientes formas:

* La EPS no efectúa determinadas acciones o no cuenta con procesos o procedimientos adecuados que le permitan cumplir en su oportunidad con las obligaciones técnicas, legales y contractuales específicas, por lo cual requiere adoptar acciones de mejora.



* La EPS sí se encuentra efectuando acciones, o cuenta con procesos o procedimientos adecuados que le permitirían cumplir en su oportunidad con las obligaciones técnicas, legales y contractuales específicas.

* Otras según el caso.

La acción de supervisión preventiva se desarrollará según los artículos 12 y 13 del presente Reglamento en lo pertinente, y **sus informes no son concluyentes ni vinculantes para los efectos de las futuras supervisiones de cumplimiento.** (Énfasis agregado)".

Actualmente, se ha advertido que este regulador sigue impulsando este tipo de supervisiones, como demuestra, por ejemplo, el Proyecto de Reglamento de Fiscalización de los Servicios de Saneamiento Brindados por Organizaciones Comunales en el Ámbito Rural, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 049-2018-SUNAS-CD. De acuerdo este proyecto normativo, la "fiscalización orientativa" se efectúa con el siguiente objetivo, como se cita a continuación:

“Artículo 4.- Fiscalización Orientativa

La acción de fiscalización que realiza la SUNASS en el ámbito rural será **orientativa**, con el objetivo de:

- 1) Verificar el cumplimiento de las obligaciones atribuibles a las Organizaciones Comunales.
- 2) Orientar a la Organización Comunal sobre las acciones requeridas para su cumplimiento.

La SUNASS comunicará a la Organización Comunal **los resultados de la fiscalización orientativa únicamente con fines preventivos y de mejora de gestión, excluyéndose de este tipo de fiscalización la imposición de sanciones.**”

Como puede advertirse, este régimen de supervisión procura, antes que iniciar acciones de carácter punitivo, informar u orientar adecuadamente al supervisado respecto a las obligaciones que debe cumplir. La finalidad es principalmente “preventiva”. Esto explica, incluso, que tanto en el ahora derogado artículo 13-A del Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, como en el artículo 4 del proyecto del Reglamento de Fiscalización de los Servicios de Saneamiento Brindados por Organizaciones Comunales en el Ámbito Rural, este regulador se haya preocupado por enfatizar que los resultados de las supervisiones (recogidos en los informes respectivos) **no sean concluyentes ni vinculantes para los efectos de las futuras supervisiones de cumplimiento** y que, además, **se excluya expresamente de este tipo de supervisiones la imposición de sanciones.**

Al día de hoy, debe agregarse que, el Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, ha derogado la disposición que expresamente recogía la posibilidad de efectuar supervisiones preventivas, pero ello no se ha debido a un rechazo a la conducción de las mismas. Por el contrario, debe destacarse para efectos del presente informe, que la SUNASS, sin dejar de lado el objetivo perseguido por dicho tipo de supervisiones, ha introducido bajo la denominación de “acciones de monitoreo”, una figura alternativa, pero idéntica en sus fines, a lo que fueron las supervisiones preventivas (orientativas), con la siguiente redacción:

“Artículo 6-A.- Acciones de monitoreo

La SUNASS, de oficio, de acuerdo a los recursos con los que cuente, podrá realizar acciones de monitoreo, incluyendo el establecimiento de líneas base, con la finalidad



de conocer el desempeño de los administrados respecto de las actividades referidas a la prestación de los servicios de saneamiento.

Dichas acciones también podrán efectuarse con el objeto de evaluar y orientar a los administrados de manera anticipada acerca de la aplicación y el cumplimiento en su oportunidad de aquellas obligaciones que, por tener plazo para su cumplimiento, aún no le son exigibles.

La SUNASS comunicará el resultado de la acción de monitoreo, con el propósito de que el administrado adopte las acciones que correspondan para solucionar los problemas detectados.

Los resultados de la acción de monitoreo tienen carácter de recomendación y orientación para el administrado no siendo vinculantes para futuras acciones de supervisión y sanción. (Énfasis agregado).

Como se advierte, el empleo de acciones de monitoreo bajo la normativa de este regulador, enfatiza el carácter no controvertido o contradictorio de éste, de modo que los supervisados no cuestionen y terminen retardando esta labor. Esto se logra con la expresa alusión a que estas acciones de monitoreo no vinculan a futuras acciones de supervisión y sanción.

Desarrollo de la propuesta

Con base en estas experiencias, es factible proponer la aprobación de disposiciones similares que viabilicen la ejecución de supervisiones operativas por parte de los órganos del OSIPTEL y que cumplan eficazmente con su rol preventivo e informador y, sobre todo, lo concreten en tiempos oportunos. En ese sentido, se proponen los siguientes articulados:

“Artículo 30.- Alertas Preventivas

El órgano supervisor podrá emitir una Alerta Preventiva a la entidad supervisada, a fin que ésta informe al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación supervisada.

El OSIPTEL llevará un registro único de las Alertas Preventivas impuestas a las entidades supervisadas, el cual deberá contener como mínimo lo siguiente:

- a) El nombre de la entidad supervisada;
- b) La obligación cuyo riesgo de incumplimiento ha sido informado a la entidad supervisada;
- c) El número, fecha y descripción del documento que comunica la alerta preventiva;
- d) La fecha en que se comunicó la alerta preventiva a la entidad supervisada;
- e) El número de expediente de supervisión y;
- f) Indicación si la entidad supervisada cumplió con dar respuesta a la alerta preventiva emitida.

El Registro de Alertas Preventivas actualizado será publicado en la página web del OSIPTEL.

El incumplimiento de remitir la información solicitada en una Alerta Preventiva, será sancionado de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya.”

“CAPITULO VI



FISCALIZACIONES PREVENTIVAS

Artículo 33.- Fiscalización preventiva

La fiscalización preventiva tiene por objetivo prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones por parte de las entidades supervisadas, promover el cumplimiento oportuno de las obligaciones normativas, contractuales o técnicas a cargo de dichas entidades, así como las acciones de corrección de detectarse algún incumplimiento.

El órgano supervisor en ejercicio de sus facultades dispondrá la ejecución de acciones de fiscalización preventivas, procurando que su desarrollo sea expeditivo y según el objeto de la fiscalización, utilizando las diversas modalidades y mecanismos de fiscalización vigentes.

Artículo 34.- Formas de conclusión de las fiscalizaciones preventivas

Las acciones de fiscalización preventivas podrán concluir de las siguientes formas:

- 1) Con la conformidad que la entidad supervisada se encuentra efectuando acciones orientadas al cumplimiento oportuno de las obligaciones técnicas, legales o contractuales supervisadas.
- 2) Con la emisión de una Alerta Preventiva.
- 3) Excepcionalmente ante la detección de presuntas infracciones, dependiendo de las circunstancias de la comisión y la gravedad de la afectación al bien jurídico protegido, se podrá recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

V. REGULACIÓN DE MECANISMOS Y HERRAMIENTAS APLICABLES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN SUPERVISORA DEL OSIPTEL

5.1. Planteamiento o identificación del problema

El Reglamento de Supervisión contempla diversos mecanismos para la ejecución de las acciones de supervisión, los cuales serán aplicables de acuerdo a la naturaleza de las conductas objeto de verificación y a las particularidades de cada bien jurídico protegido. Uno de los mecanismos más utilizados son los requerimientos de información, que permiten al OSIPTEL realizar la verificación del cumplimiento de la obligación supervisada, de ahí la importancia que la información se reciba oportunamente por parte de las entidades supervisadas y tenga la calidad de veraz y confiable.

En los últimos años, se han venido ejecutando acciones de supervisión privilegiando el empleo de la tecnología, por ejemplo mediante el uso de correos electrónicos, servidores o plataformas electrónicas administradas por la propia autoridad administrativa y, también a través del acceso y conexión remota de la autoridad supervisora a los sistemas informáticos y bases de datos pertenecientes a la entidad supervisada, que permite acceder inclusive a información en tiempo real.

La virtud de estas supervisiones remotas es evidente: permite un acceso inmediato (en tiempo real) a la autoridad supervisora y le facilita la advertencia oportuna de riesgos o la



comisión de incumplimientos que le facultan a requerir expeditivamente su corrección al agente supervisado. Al respecto, según se citó en el Informe N° 206-GPRC/2018, para el caso de las acciones de supervisión referidas a materias de calidad en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, *una de las principales ventajas de una supervisión remota es que, al utilizar la información generada por los elementos de red del operador, se captura la totalidad de eventos capturados en su red, no siendo necesario el establecimiento de muestras representativas para el cálculo de los valores de cumplimiento de los indicadores de calidad.*

En el caso del OSIPTTEL ya cuenta con experiencia en la implementación de conexiones remotas a los sistemas informáticos y bases de datos de las empresas operadoras para el ejercicio de su función supervisora, como es el caso de la conexión que tiene habilitada para la supervisión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica¹⁵ y de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión de los tres bloques del espectro en la Banda de 698-806 MHz¹⁶, para la explotación de servicios móviles avanzados soportados en tecnologías 4G.

Respecto a la conexión remota como se señaló en la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTTEL, el Consejo Directivo dispuso que se adopten las acciones necesarias para el fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTTEL, a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, en atención a las facultades establecidas en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL.

Es en este extremo donde se origina el problema identificado. Si bien a la fecha, existe base legislativa suficiente que reconoce competencias amplias de supervisión a favor del OSIPTTEL y, sobre todo, base normativa específica que reconoce de forma general la posibilidad de que este regulador recabe información mediante el empleo de mecanismos informático o de transmisión de datos en línea o similares, como se cita en la LDFF:

“Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTTEL

Artículo 13.- Plazos y condiciones para la entrega de información (...)

¹⁵ **Contrato de Concesión – Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica**
Clausula 19: Supervisión y Monitoreo de la explotación

(...)

19.4 De igual forma, es obligación del Concesionario permitir al Concedente y al OSIPTTEL y a la(s) Persona(s) autorizada(s) para estos, acceder físicamente al NOC que deberá implementar; así como proporcionar terminales pasivos (“readonly”) para el acceso al NMS en los lugares donde disponga el Concedente y el OSIPTTEL; sin perjuicio de las demás acciones de control y supervisión.

¹⁶ **Contrato de Concesión – Bloque A Banda de 698-806 MHz**
11.5 Supervisión v Cumplimiento

(...)

La Sociedad Concesionaria habilitará de manera gratuita un acceso remoto para que desde el local del OSIPTTEL se puedan visualizar los sistemas de gestión de operaciones (OSS). Los sistemas de OSS deben incluir a los sistemas de gestión de redes y servicios tales como la gestión de averías, de desempeño, de configuración, de provisión y cualquier otro que permita el monitoreo y supervisión de la disponibilidad, la calidad y el desempeño de los Servicios Concedidos, teniendo en cuenta lo indicado en las recomendaciones de la serie M. 3000 de la UIT. El conjunto de plataformas, aplicativos, protocolos y/o procesos correspondientes a los sistemas de OSS a utilizar por la Sociedad Concesionaria, así como la modalidad de acceso remoto gratuito a estos sistemas, deberán ser presentados para aprobación del OSIPTTEL en un plazo no de sesenta (60) días hábiles antes de la Fecha de Inicio de Operaciones. El OSIPTTEL pronunciará en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contabilizados fecha de su presentación.



13.2 OSIPTEL, de estimarlo conveniente, **podrá disponer en ciertos casos la entrega de información mediante el empleo de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares.** (Énfasis agregado)”

Lo cierto es que, el empleo de este mecanismo de supervisión, a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades supervisadas, puede tener una incidencia mayor sobre la esfera de los agentes supervisados que otros mecanismos, es recomendable que se reconozca expresamente también a nivel reglamentario el empleo del mismo, y se desarrollen las condiciones bajo las cuales éstas se implementarán, en salvaguarda de la información a la cual acceda el regulador, que es de dominio privado y que no solo contiene información pública o de interés público, sino también que puede estar protegida por el secreto comercial, empresarial y la intimidad.

A la fecha, con base en lo dispuesto en los artículos 12¹⁷, 13.2¹⁸, 15¹⁹ y 16²⁰ de la Ley N° 27336, el OSIPTEL viene requiriendo válidamente a las empresas operadoras las coordinaciones necesarias para implementar este mecanismo de supervisión tanto para el acceso a los sistemas informáticos y bases de datos, así como para la entrega de información a través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales fines.

La ausencia de norma reglamentaria, en efecto, no niega o impide que ello se realice actualmente y, más bien, vuelve oportuno que las vigentes disposiciones reglamentarias del OSIPTEL (recogidas, principalmente, en el Reglamento de Supervisión) sean modificadas a efectos de introducir otras que desarrollen aquello que de forma general ya está reconocido por la Ley N° 27336.

Es en esta línea que el Consejo Directivo del OSIPTEL, ha señalado previamente mediante su Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, que se adopten las acciones necesarias para la implementación del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras, según los siguientes términos:

“Artículo 1.- Disponer que se adopten las acciones necesarias para el fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL, a través del acceso remoto a los sistemas

¹⁷ Ley N° 27336

Artículo 12.- Inicio de la acción de supervisión

(...)

12.2 OSIPTEL puede optar por realizar la acción de supervisión desde sus instalaciones, requiriendo de la entidad supervisada la remisión de la información necesaria o puede optar por el desplazamiento de los funcionarios de OSIPTEL a las instalaciones de la entidad supervisada o a cualquier lugar donde fuera conveniente realizar la acción.

¹⁸ Ley N° 27336

13.2 OSIPTEL, de estimarlo conveniente, podrá disponer en ciertos casos la entrega de información mediante el empleo de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares.

¹⁹ Ley N° 27336

“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:

(...)

c) Acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red de la entidad supervisada. (...).”

²⁰ Ley N° 27336

“Artículo 16.- Obligaciones de las entidades supervisadas

Las entidades supervisadas se encuentran obligadas a:

a) Proporcionar toda la información y documentación que sea solicitada a fin de llevar a cabo la acción de supervisión, dentro de los plazos y formas establecidas por OSIPTEL.

b) Permitir el acceso inmediato a los funcionarios autorizados de OSIPTEL y sus colaboradores a sus dependencias, instalaciones y equipos. (...).”



informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, en atención a las facultades establecidas en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

Artículo 2.- Encargar a la Gerencia General 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.”

Al día de hoy, el acceso remoto y las condiciones bajo las cuales se efectuará el mismo aún no han sido implementados reglamentariamente. Añadir este componente de desarrollo a lo ya previsto en la Ley N° 27336 facilitará aún más las labores de la DFI del OSIPTEL y brindará seguridad jurídica a las empresas operadoras. Se requiere, por ello, de disposiciones normativas que desarrollen de forma general estas facultades y permitan a la DFI realizar acciones de supervisión a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

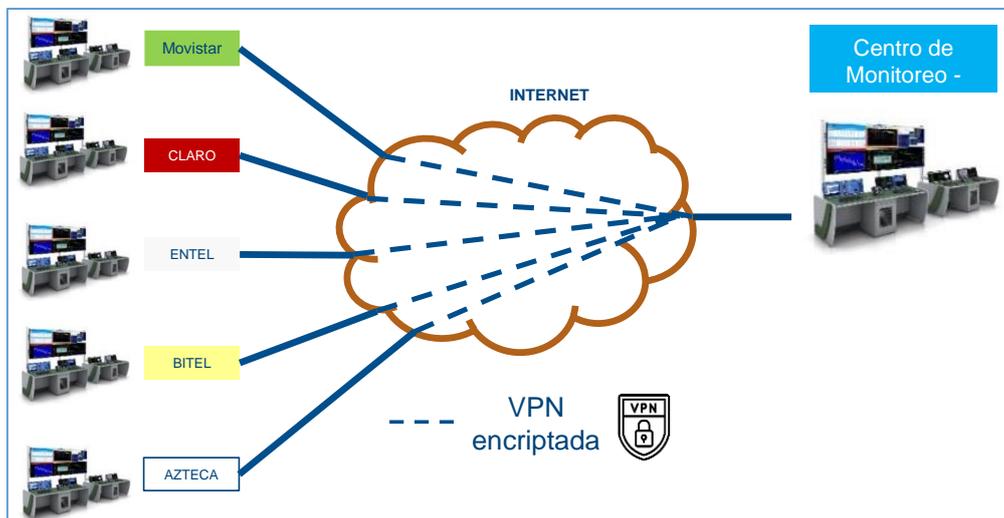


Gráfico N° 1: Conexión remota
Fuente: DFI

Por otra parte, debe considerarse que la implementación de mecanismos para la conexión remota a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades supervisadas, así como para la entrega de información mediante mecanismos de transmisión o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales fines, requiere la delimitación de aspectos técnicos a efectos de brindar predictibilidad y seguridad jurídicas a las entidades supervisadas y plazos de implementación para que dichas entidades puedan adecuar sus sistemas y bases de datos, que permitan a regulador ejercer correctamente estas atribuciones.

Con base en la normativa vigente que regula las funciones del OSIPTEL, a efectos de implementar este mecanismo se requiere solicitar a las entidades supervisadas información relativa a sus sistemas informáticos y bases de datos, copia de los manuales relacionados a las alarmas de los elementos de red, los contadores de todos los elementos de red (acceso, transporte y core) y de desempeño de indicadores (KPI performance), según corresponda.

El problema identificado está referido a que muchas entidades supervisadas han cuestionado que, en ejercicio de sus funciones, el OSIPTEL les requiera información para



implementar una conexión remota a sus sistemas informáticos y bases de datos, cuando la información solo se presentaría para efectos de una supervisión y únicamente en el marco del objeto de la misma. Es así que considerando la regulación de entrega de información en el marco de las acciones de supervisión desarrolladas en el Reglamento de Supervisión, o de información para la elaboración de estadísticas o normas del OSIPTEL (artículo 4 de la LDFF²¹), se han cuestionado los requerimientos de información alegando que no se estaría supervisando propiamente, sino requiriendo únicamente información para permitir accesos a sistemas y bases de datos privadas sin amparo normativo²².

Al respecto, Telefónica²³, ha señalado que el acceso a su Sistema de Gestión (OSS), debe solicitarse mediante una norma de carácter general a fin de garantizar la predictibilidad y seguridad jurídica y, en virtud del Principio de Legalidad, además porque en su proceso de aprobación se podrán recibir comentarios, así como se deberá valorar criterios de eficiencia, no discriminación, legalidad y razonabilidad. Asimismo, América Móvil Perú S.A.C. (en adelante Claro)²⁴, señaló que la LDFF faculta al OSIPTEL a requerir información a través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares, lo que no incluye la implementación de una conexión permanente o acceso remoto a los sistemas de los concesionarios por parte del regulador. En ese sentido, el OSIPTEL carecería de cobertura legal a efectos de exigir un acceso remoto permanente a las bases de datos de los operadores móviles.

Por su parte Bitel²⁵, ha indicado que OSIPTEL no puede solicitar información para la implementación de la conexión remota, dado que no se encuentra enmarcado dentro de una acción de supervisión o fiscalización. Asimismo, la resolución que sustenta el pedido de implementación del acceso remoto excede ampliamente la actividad fiscalizadora contemplada por el TUO de la LPAG, lo que contraviene abiertamente la función supervisora y fiscalizadora. Finalmente, Entel Perú S.A. (en adelante Entel)²⁶, ha señalado que la implementación de un acceso remoto a sus sistemas de gestión, debe sujetarse a lo dispuesto en la LDFF y que de acuerdo a lo solicitado no se permitiría cumplir con los derechos y garantías mínimas que el marco normativo le reconoce en el marco de las acciones de supervisión de OSIPTEL.

Dado que nos encontramos ante la regulación del ejercicio de competencias administrativas por parte del OSIPTEL, los problemas aquí identificados no son pasibles de ser solucionados por el mismo mercado. Del mismo modo, la sola actuación de los agentes supervisados no puede resolver por sí misma los problemas aquí evidenciados, porque involucran potestades enteramente públicas que requieren ser reguladas y enmarcadas predeciblemente.

²¹ Ley N° 27336

Artículo 4.- Límites a la información requerida

4.1 OSIPTEL tiene facultad para solicitar a las entidades supervisadas todo tipo de información relacionada con el objeto de la supervisión, la que sólo podrá ser utilizada para tal fin, salvo lo establecido en el Artículo 5 de la presente Ley.

²² La posición de muchos agentes del sector puede resumirse en las siguientes comunicaciones:

- Carta TDP-1651-AG-ADR-20 del 16 de junio de 2020, remitida por Telefónica del Perú S.A.
- Carta N° 02199-2020/DL del 17 de junio de 2020, remitida por VIETTEL PERÚ S.A.C.
- Carta CGR-2713/2020 del 3 de junio de 2020, remitida por Entel Perú S.A.
- Escrito remitido por América Móvil Perú S.A.C. del 31 de marzo de 2020.

²³ Carta N° TDP-1651-AG-ADR-20.

²⁴ Carta de fecha 31 de marzo de 2020, que responde Carta C.00485-GSF/2020.

²⁵ Carta N° 02199-2020/DL.

²⁶ Carta N° CGR-2713/2020.



En consecuencia, se hace necesaria la actuación por parte del OSIPTEL, en ejercicio de sus potestades normativas, para aprobar las modificaciones necesarias al Reglamento de Supervisión a efectos de introducir las disposiciones expresas actualmente ausentes.

5.2. Objetivo de la intervención y base legal.-

5.2.1. Objetivo general de la intervención.

La intervención normativa tiene como objetivo general el fortalecimiento y mejora de la eficacia y eficiencia de la función supervisora del OSIPTEL.

5.2.2. Objetivos específicos.

El objetivo general podrá alcanzarse mediante los siguientes objetivos específicos:

- Objetivo Específico N° 1: inclusión del mecanismo de supervisión por medio del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las Entidades Supervisadas.
- Objetivo Específico N° 2: incorporación de un mecanismo complementario para el cumplimiento de obligaciones referidas a la de entrega de información, a través de mecanismos de transmisión o similares y servidores o plataformas virtuales.

5.2.3. Base legal para la intervención.

El marco normativo de las acciones de supervisión es fundamental porque permite delimitar los alcances del ejercicio de ésta, así como su objeto, los funcionarios responsables de llevarla a cabo y otros elementos que son fundamentales para brindar seguridad jurídica y garantizar los derechos de las entidades supervisadas.

En el caso particular del OSIPTEL, esta función le ha sido reconocida mediante la Ley N° 27336 –Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones–, cuyo artículo 2 define a la supervisión en los siguientes términos:

“Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de la presente norma, se entiende por:

(...)

Supervisión. - Al conjunto de actividades que desarrolla OSIPTEL para verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades supervisadas. La supervisión puede asimismo estar dirigida a verificar el cumplimiento de determinado mandato o resolución de OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada, dentro del ámbito de su competencia”.

En los términos como ha sido regulado legalmente el ejercicio de la función de supervisión, se desprende que el OSIPTEL puede desarrollar distintas actividades encaminadas a verificar el cumplimiento de obligaciones (de distinta fuente) por parte de las entidades supervisadas. En términos normativos, la Ley N° 27336 reconoce el ejercicio de esta función de forma amplia, y no limita taxativamente el universo de técnicas o herramientas de supervisión que pueden emplearse, ni tendría por qué hacerlo. Esto es claro cuando se aprecia, también, la definición que este cuerpo normativo ofrece respecto a las acciones de supervisión,



refiriéndose a ellas de forma general como “todo acto” y “bajo cualquier modalidad”, como se cita a continuación:

“Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de la presente norma, se entiende por:

Acción de Supervisión. - A **todo acto** de funcionario de OSIPTEL que, **bajo cualquier modalidad**, tenga por objeto verificar el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones, resoluciones o mandatos a que se refiere la supervisión. (Énfasis agregado)”.

Más clara es aun la Ley N° 27336, la cual prevé en su artículo 15 que:

“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:

(...)

c) Acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red de la entidad supervisada.”

Esto es recogido también en el artículo 12 del Reglamento de Supervisión, según el cual:

“Los supervisores están plenamente facultados para realizar lo siguiente:

(...)

c) Acceder de manera presencial o **remota** a las dependencias, **equipos e instalaciones de operación, de gestión de red y plataformas informáticas** de la entidad supervisada, según corresponda”.

Dentro de este marco general, la Ley N° 27336 se preocupó por desarrollar algunas acciones de supervisión, principalmente, aquella que era más habitual en los años en los que esta Ley fue publicada: los requerimientos de información y las supervisiones físicas o presenciales. Sin embargo, esto en modo alguno debe entenderse como una limitación a las acciones de supervisión o a otras modalidades bajo las cuales éstas pueden realizarse. Como bien se afirma:

“el nuevo contexto público, caracterizado por el surgimiento y promoción de nuevas industrias, el vertiginoso desarrollo y empleo de la tecnología en actividades supervisadas, la regulación del mercado, y el reclamo ciudadano para que la prestación y tutela adecuada de sus derechos sociales sea vigilada por el Estado, exigen de la fiscalización un carácter plenamente maleable y adaptable a todo cambio y a todo reto”.

De este modo, las normas de supervisión deben interpretarse de un modo general, como aquella función que permite el empleo de herramientas de distinta naturaleza y diversas modalidades, siempre encaminadas a efectivizar y controlar el cumplimiento de las obligaciones bajo el ámbito de su competencia. Esto, sin perjuicio de las limitaciones y formalidades que debe observar el ejercicio de esta potestad: derechos fundamentales, obligaciones del supervisor, formas de conclusión, entre otras.



En el mismo sentido general, lo ha reconocido desde el año 2016 el TUO de la LPAG, el cual señala que esta actividad se realiza para el control sobre el cumplimiento de obligaciones (jurídico-administrativas), como se cita a continuación:

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados, derivados de una norma legal o reglamentaria, contratos con el Estado u otra fuente jurídica (...).”

Adicionalmente, el TUO de la LPAG complementa esta definición reconociendo amplias facultades a favor de quienes ejercen esta función y efectuando una enumeración abierta de algunas de las acciones a las que se encuentran habilitadas, como se cita a continuación:

“240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:

1. Requerir al administrado objeto de la fiscalización, la exhibición o presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información necesaria, respetando el principio de legalidad.
El acceso a la información que pueda afectar la intimidad personal o familiar, así como las materias protegidas por el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, se rige por lo dispuesto en la Constitución Política del Perú y las leyes especiales.
2. Interrogar a las personas materia de fiscalización o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones.
La citación o la comparecencia personal a la sede de las entidades administrativas se regulan por los artículos 69 y 70.
3. Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización, respetando el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.
4. Tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización.
5. Realizar exámenes periciales sobre la documentación y otros aspectos técnicos relacionados con la fiscalización.
6. Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios. Los administrados deben permitir el acceso de tales equipos, así como permitir el uso de sus propios equipos, cuando sea indispensable para la labor de fiscalización.
7. Ampliar o variar el objeto de la acción de fiscalización en caso que, como resultado de las acciones y diligencias realizadas, se detecten incumplimientos adicionales a los expresados inicialmente en el referido objeto.
8. Las demás que establezcan las leyes especiales”.



Como se aprecia, el tenor de los artículos del TUO de la LPAG en materia de fiscalización no restringe las acciones de supervisión a un detalle taxativo de facultades. Por el contrario, el propósito de estas disposiciones ha sido el de ejemplificar el conjunto de acciones que ordinariamente tienen lugar con ocasión de una supervisión, habiéndolo expuesto de un modo general para darle mayor amplitud y flexibilidad al ejercicio de esta potestad y asegurar, de esta forma, su eficacia en la práctica.

Destaca, en el mismo sentido, lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 240.2 antes citado, pues precisamente esta disposición reconoce que las leyes especiales pueden prever el empleo de otras acciones de supervisión. Conforme con esto, la Ley N° 27336 incluye acciones de supervisión distintas a las que enuncia el TUO de la LPAG. Esto no vulnera en modo alguno la condición de garantía mínima que recoge el artículo II del TUO de la LPAG²⁷, pues existe una habilitación expresa del artículo 240.2 para que las leyes especiales puedan prever instrumentos adicionales de supervisión, siendo que estas previsiones no suponen menos garantías para los particulares, sino, por el contrario, mayor eficacia en la ejecución de las facultades de supervisión.

Sin embargo, dentro de la amplitud de acciones descritas en esta normativa, es posible identificar algunas que justifican ahora el empleo de modalidades remotas de supervisión:

(i) La primera de ellas se advierte en el punto 1 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG. De acuerdo a esta disposición, todo supervisor puede “requerir al administrado objeto de la fiscalización, la (...) presentación de todo tipo de documentación, expedientes, archivos u otra información (...) para observar el cumplimiento de sus obligaciones”. Con esta disposición, el TUO de la LPAG no está indicando restringidamente los medios, herramientas o modalidades que se deberán emplear para obtener dicha información. Por el contrario, únicamente se define el objeto del requerimiento: observar el cumplimiento de las obligaciones; mas no se indica ni limita los medios a emplearse para lograrse dicho propósito. En consecuencia, bien podrían emplearse canales remotos que permitan al supervisor acceder directamente al sistema informático y a la base de datos del administrado objeto de supervisión.

(ii) La segunda de ellas se ubica en el punto 3 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG, el cual faculta a los supervisores a “realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o **bienes** de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización (...)”. Contrariamente a lo que algunos agentes argumentan²⁸, las inspecciones no se realizan únicamente de forma presencial y no tienen lugar solo en los locales de los supervisados. La inspección puede realizarse también directamente sobre los “bienes” del supervisado y esto puede incluir, desde luego, el acceso a documentación, a sistemas informáticos y bases de datos. Consecuentemente, el punto 3 aludido no está previsto solo para “visitas inspectivas” o “visitas in situ”, y puede

²⁷ TUO de la Ley N° 27444

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

2. Las leyes que crean y regulan los procedimientos especiales no podrán imponer condiciones menos favorables a los administrados que las previstas en la presente Ley.

3. Las autoridades administrativas, al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley. (Énfasis agregado)

²⁸ Es el caso de lo expresado por VIETTEL PERÚ S.A.C. en su carta N° 02199-2020/DL del 17 de junio de 2020.



entenderse válidamente como una base normativa legislativa y común para la ejecución de supervisiones de ese tipo.

- (iii) Una tercera base normativa de reconocimiento a este tipo de supervisiones remotas se encuentra también, de modo general, prevista en el punto 4 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG, el cual permite “**tomar copia de los archivos** físicos, ópticos, **electrónicos** u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, **en general, utilizar los medios necesarios** para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización”. Esta facultad no se ciñe exclusivamente a la recopilación de información física, sino también electrónica y, como tal, no se limita a que se realice mediante visitas presenciales, sino a través de canales remotos, uno de los cuales podría ser perfectamente el contar con conexiones a la red virtual privada de la entidad supervisada. A esta conclusión se llega, asimismo, cuando el punto 4 en cuestión reconoce la posibilidad de que la autoridad supervisora emplee “los medios necesarios” para su labor.
- (iv) Finalmente, una quinta razón normativa que reconoce la posibilidad de realizar supervisiones vía conexión o acceso remotos se advierte en el punto 6 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG, el cual faculta a la autoridad administrativa a “utilizar en las acciones (...) de fiscalización equipos que consideren necesarios”. Nuevamente se repite la regulación amplia de las herramientas de supervisión, facultándose a los supervisores a utilizar los equipos que consideren necesarios para el cumplimiento efectivo de esta función. Una de estas herramientas, claro está para efectos de informe, pueden ser las conexiones remotas a los sistemas informáticos y a la base de datos de los agentes supervisados.

En consecuencia, aunque la literalidad del TUO de la LPAG no haya dedicado disposiciones expresas referidas al empleo de supervisiones remotas, lo cierto es que la lectura finalista de estas disposiciones (que priorizan la efectividad de la supervisión administrativa), permiten el empleo de las herramientas o modalidades que se crean convenientes para velar por los propósitos a su cargo, siempre, desde luego, que se observen las garantías y derechos que el TUO de la LPAG también recoge y, en modo alguno, se desconocen en este informe.

Por otro lado, habiéndose expuesto el sustento normativo bajo el cual tiene asidero el empleo de este mecanismo de supervisión mediante conexiones remotas o servidores o plataformas electrónicas virtuales (espacios de almacenamiento electrónico), se hace necesario evaluar la compatibilidad de la primera de ellas con algunas formalidades y garantías que exige el TUO de la LPAG.

En primer lugar, el artículo 242.1 del TUO de la LPAG reconoce el derecho de la administrada materia de supervisión a ser informado del objeto de la misma. En tal sentido, en cada ejercicio de estas funciones, el OSIPTEL tendría que informar al supervisado sobre el objeto supervisado para que éste se encuentre debidamente informado. Esta formalidad no está exenta de aplicación en el caso de las supervisiones remotas donde, en efecto, también se observa esta garantía a favor del administrado, aunque con una particularidad propia de la naturaleza virtual de la herramienta empleada. Así pues, si bien en una supervisión de este tipo, no tiene lugar una comunicación presencial respecto al objeto de la supervisión, lo cierto es que la misma se cumple suficientemente con el acceso que el supervisado brinda al supervisor (a través de un canal informático, el empleo de un usuario, contraseña o una cuenta habilitados para tales propósitos, entre otros) a sus sistemas, los cuales contienen información que la normativa correspondiente delimita previamente para que el ejercicio



de la supervisión y el propósito de la misma sean predecibles y no afecten la seguridad jurídica ni algún otro derecho de los supervisados. En consecuencia, el objeto de las supervisiones de este tipo es previamente identificado a nivel normativo (por ejemplo, en los reglamentos correspondientes de OSIPTEL) y conocido con antelación por el administrado.

En segundo lugar, únicamente el personal autorizado y acreditado del OSIPTEL se encuentra facultado para llevar a cabo acciones de supervisión. Así, la facultad de acceder a los sistemas de gestión de los operadores corresponde únicamente a dichos supervisores autorizados. Sobre este punto, el TULO de la LPAG es claro al reconocer que los administrados que son objeto de supervisión tienen derecho a requerir las credenciales de los funcionarios a cargo de la acción, como se cita a continuación:

“Artículo 242° de la LPAG:

Son derechos de los administrados fiscalizados:

(...)

2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización”.

Pues bien, el empleo de accesos remotos a los sistemas de las entidades supervisadas no transgrede o afecta esta exigencia normativa. Si bien no habrá credenciales (físicas) que presentar con ocasión de esta modalidad de supervisión, este requisito se podría suplir con el empleo de usuarios y contraseñas que identifiquen al servidor o funcionario que ha ingresado. Esto, de parte del supervisor, requiere también el compromiso y la obligación de habilitar únicamente dicho ingreso al personal suficiente y comprometido con un desempeño integral de esta función.

Tercero, el marco general de la supervisión administrativa previsto en el TULO de la LPAG reconoce el derecho del administrado de ser notificado con un Acta de Supervisión e incluir en él sus comentarios respecto de la acción de supervisión realizada. En el mismo sentido, las supervisiones realizadas mediante el empleo de herramientas de acceso remoto exigen al supervisor dar cuenta de los hallazgos u observaciones advertidas con ocasión de la supervisión. En estos casos, tiene lugar un informe con el detalle de la fecha y hora de acceso, de la información revisada y de los incumplimientos detectados; sin embargo, a diferencia del “Acta de Fiscalización” al que se refiere el artículo 244 del TULO de la LPAG²⁹, donde se prevé la participación física del supervisado y su firma como constancia de ello, en las supervisiones mediante conexiones remotas mediante las “Actas de Levantamiento de Información” según se describen en el Reglamento de Supervisión³⁰, se puede dar cuenta de la oportunidad y de

²⁹ TULO de la Ley N° 27444

Artículo 244.- Contenido mínimo del Acta de Fiscalización

244.1 El Acta de Fiscalización o documento que haga sus veces, es el documento que registra las verificaciones de los hechos constatados objetivamente y contiene como mínimo los siguientes datos:

1. Nombre de la persona natural o razón social de la persona jurídica fiscalizada.
2. Lugar, fecha y hora de apertura y de cierre de la diligencia.
3. Nombre e identificación de los fiscalizadores.
4. Nombres e identificación del representante legal de la persona jurídica fiscalizada o de su representante designado para dicho fin.
5. Los hechos materia de verificación y/u ocurrencias de la fiscalización.
6. Las manifestaciones u observaciones de los representantes de los fiscalizados y de los fiscalizadores.
7. La firma y documento de identidad de las personas participantes. Si alguna de ellas se negara a firmar, se deja constancia de la negativa en el acta, sin que esto afecte su validez.
8. La negativa del administrado de identificarse y suscribir el acta.

244.2 Las Actas de fiscalización dejan constancia de los hechos verificados durante la diligencia, salvo prueba en contrario

³⁰ Reglamento de Supervisión



la información a la que tuvo acceso el funcionario encargado. Esto garantiza, desde luego, la posibilidad de que el administrado supervisado manifieste o complemente lo que a su aparecer corresponda.

Finalmente, el empleo de esta modalidad de supervisión no libra al OSIPTEL de las demás formalidades y garantías que exige el ejercicio de esta potestad. En ese sentido, si bien el acceso remoto que emplee eventualmente el OSIPTEL le permitirá tener acceso oportuno a variada información, lo cierto es que el acceso a la misma sigue encontrándose limitada por el principio de legalidad, la intimidad personal o familiar, el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, los cuales se rigen por lo dispuesto en la Constitución y las leyes correspondientes. Esto, en consonancia con lo prescrito por el artículo 8 de la Ley N° 27336 que señala:

“8.1 En ningún caso la autoridad competente puede solicitar información que signifique la violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las comunicaciones, a que se refiere el inciso 10) del Artículo 2 de la Constitución Política del Perú”.

Por lo tanto, existe sustento normativo suficiente que habilita y justifica la intervención normativa propuesta en el presente informe.

5.3. Análisis de alternativas disponibles.-

5.3.1. Descripción de las alternativas

De conformidad con lo expuesto previamente, y existiendo base legislativa suficiente que faculta a las entidades a ejercer sus funciones de supervisión con distintas herramientas para asegurar su efectividad, se advierte la necesidad de evaluar alternativas que apunten a brindar seguridad jurídica a los administrados que son objeto de supervisión.

Para ello, se han identificado solo dos alternativas para abordar este problema y fortalecer las actividades de supervisión. Estas alternativas se resumen en las siguientes:

- (i) Alternativa N° 1: mantener la regulación vigente, sin introducción de reformas, derogaciones o modificaciones normativas (no intervención).

Artículo 25.- Levantamientos de información

(...)

Los levantamientos de información son acciones de supervisión que se realizan a través de la visualización, captura de pantalla, de audio o de video, trazas, recolección de datos o impresión de la información contenida en una página Web, aplicativo, acceso remoto, u otras fuentes que guarden relación con el objeto de la supervisión, ya sean de la entidad supervisada, de un tercero o del mismo OSIPTEL.

También constituyen levantamientos de información las mediciones de las características técnicas de los servicios y las pruebas remotas, manuales o automáticas, que se realicen para comprobar las prestaciones, la operatividad del servicio, así como del equipamiento asociado.

La información recabada se plasmará en un acta, que deberá contener como mínimo, lo siguiente:

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

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



- (ii) Alternativa N° 2: introducir una reforma normativa al Reglamento de Supervisión, regulando de forma expresa los mecanismos de supervisión consistentes en la implementación de accesos remotos a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas y, mecanismos de transmisión o similares y servidores o plataformas electrónicas virtuales (espacios de almacenamiento electrónico).

A continuación, se describe y evalúa cada una de las alternativas antes enunciadas.

(i) Alternativa N° 1: mantener la regulación (no intervención)

La Alternativa N° 1 de solución frente a los problemas identificados consistiría en no introducir modificación alguna, reconociéndose que el OSIPTEL tiene bases normativas suficientes sobre las cuales emplear o disponer el empleo de supervisiones remotas y el empleo de espacios de almacenamiento de la información.

Esta alternativa, sin embargo, no trae consigo ventaja alguna. Por el contrario, la práctica ha demostrado que, en el caso particular en que se ha solicitado para el ejercicio de la función supervisora, la implementación de conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas, dichas entidades han cuestionado expresamente el empleo de este mecanismo. Las críticas se fundamentan, sobre todo, en criterios de seguridad jurídica: de qué modo se implementará esta herramienta, a qué información brindará acceso, cuál es la base normativa que lo permite, salvaguarda de la información y los costos asociados a la implementación.

(ii) Alternativa N° 2: modificar las disposiciones del Reglamento de Supervisión, reconociéndose el empleo de supervisiones remotas y de espacios de almacenamiento de información.

Esta Alternativa implicaría introducir una disposición general en el Reglamento de Supervisión y que reconozca el empleo, por parte del OSIPTEL, de herramientas de supervisión efectivas a través del acceso remoto y espacios de almacenamiento electrónico de la información. El reconocimiento expreso a nivel de las normas reglamentarias del OSIPTEL permitiría que este regulador, en un momento posterior, implemente regulaciones adicionales para efectivizar el empleo de esta modalidad en función a la naturaleza de algunas obligaciones supervisables o para determinadas actividades dentro del conjunto de actividades que son competencia del OSIPTEL supervisar. Esto ayudaría a aterrizar estas herramientas concretamente en cada ámbito y otorgaría seguridad jurídica a las entidades supervisadas respecto a los alcances en el empleo de esta modalidad.

La adopción de esta Alternativa ofrece diferentes ventajas:

- Primero, brinda un reconocimiento reglamentario general y expreso al empleo de nuevos mecanismos efectivos de supervisión, legitimando su uso.
- Segundo, otorga seguridad jurídica a las entidades supervisadas, respecto al reconocimiento normativo para el uso de este nuevo mecanismo de supervisión remota y el empleo de espacios de almacenamiento electrónico de información.
- Tercero, fortalece la función supervisora ejercida por OSIPTEL y le brinda herramientas que garantizan la oportunidad y eficiencia en su ejecución.



5.3.2. Evaluación de alternativas

Al respecto, considerando que los beneficios y costos que se derivan de las alternativas identificadas no se pueden cuantificar o monetizar, se ha optado por efectuar un Análisis Multicriterio (AMC) que permita identificar la mejor alternativa a partir de la ponderación de rankings respecto de criterios (o atributos) que aquí se definen.

(i) Juridicidad

Califica en qué grado las alternativas propuestas establecen reglas con respaldo en la legislación y otras disposiciones del ordenamiento jurídico administrativo. En ese sentido, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que establezca condiciones más ajustadas a lo previsto en la normativa concerniente al ejercicio de supervisiones administrativas.

(ii) Efectividad añadida a la supervisión

Califica la oportunidad y eficacia que la adopción de la medida brinda a las labores de supervisión ejecutadas por OSIPTEL. En tal sentido, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que garantice un ejercicio de este poder de forma más efectiva y oportuna.

(iii) Grado de seguridad jurídica del supervisado

Califica el grado de seguridad jurídica que las alternativas generan respecto del proceder del regulador cuando la entidad es objeto de supervisión; es decir, si la entidad supervisada puede prever con certeza cuál será el accionar del regulador en ejercicio de las funciones y en distintos escenarios. Sobre el particular, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que genere mayor predictibilidad al administrado.

(iv) Aprovechamiento tecnológico

Califica el grado de aprovechamiento de nuevas tecnologías para beneficio de la entidad supervisada y de aquél que ejerce las labores de supervisión. En estos casos, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que aproveche adecuadamente las tecnologías actualmente disponibles en beneficio de todos los agentes.

Respecto de las ponderaciones a las calificaciones de cada una de las alternativas sobre los criterios (atributos) definidos, se plantea que tengan la misma ponderación de 0.25.

Sobre la calificación a ser asignada a cada atributo para cada alternativa, se propone:

- Calificación -1: Menor calificación.
- Calificación 0: Neutral.
- Calificación +1: Mayor calificación.

En ese sentido, a continuación, se procede a realizar la calificación de los atributos de cada alternativa disponible.

De acuerdo al análisis antes efectuado, se obtiene el siguiente cuadro de calificaciones:



Atributo	Alternativa N° 1	Alternativa N° 2	Ponderación
Juridicidad	0	1	0.25
Efectividad añadida a la supervisión	0	1	0.25
Grado de seguridad jurídica del supervisado	-1	1	0.25
Aprovechamiento tecnológico	-1	1	0.25
Calificación Final	-0.5	1	

Finalmente, sobre la base de la evaluación realizada y las ponderaciones definidas, la Alternativa N° 2 tiene una calificación final de 1, mientras que la Alternativa N° 1 tiene una calificación final de -0.5. En ese sentido, la alternativa elegible como propuesta de solución debería ser la Alternativa N° 2, la cual obtuvo el puntaje más alto.

5.4. Propuestas de modificación y aplicación de la solución seleccionada.-

Como se ha detallado en las secciones anteriores, los problemas derivados de una ausencia de normas reglamentarias expresas que regulen el empleo de nuevos mecanismos de supervisión (acceso remoto y espacios de almacenamiento electrónico de información) no coadyuvan al ejercicio eficiente de la facultad de supervisión por parte del OSIPTEL.

El mercado o los agentes que integran el mismo no son capaces de solucionar por sí solos este problema, por lo que se requiere una intervención normativa que introduzca expresamente estos nuevos mecanismos y herramientas de supervisión a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares y legitimar su empleo por parte del OSIPTEL.

Desarrollo de la propuesta

Con base en estas experiencias, es factible proponer la aprobación de disposiciones similares que viabilicen el empleo de estas nuevas herramientas remotas de supervisión. En ese sentido, se proponen los siguientes articulados:

“Artículo 22.- Mecanismos de las Acciones de Fiscalización

Las acciones de fiscalización se podrán realizar a través de diversos mecanismos, tales como: requerimientos de información, llamadas de prueba, levantamiento de información, **conexiones remotas a los sistemas o bases de datos de las entidades supervisadas, entre otros**”.

“Artículo 23.- Requerimientos de información

Los requerimientos de información son acciones de fiscalización que se materializan mediante el requerimiento escrito de determinada información a las entidades supervisadas, relacionada con el objeto de la fiscalización.

El OSIPTEL establecerá los plazos, condiciones y formas para la entrega de la información requerida, atendiendo a su naturaleza, disponibilidad y volumen, los cuales serán de cumplimiento obligatorio. **Se podrá disponer la entrega de información a**



través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales fines.

La obligación de entregar información incluye aquella producida con el objeto de preservar aspectos de estrategia comercial o secretos industriales de las entidades supervisadas y la que, aunque no haya sido producida con ese objeto, los revele de hecho, sólo en tanto tenga relación con el ámbito de la fiscalización.

De presentarse información que corresponda ser declarada como confidencial, se seguirá el procedimiento previsto en la normativa especial emitida por el OSIPTEL.

El plazo otorgado para la entrega de información no podrá ser inferior a dos (2) días, salvo cuando la fiscalización se realice en las instalaciones de la entidad supervisada y los documentos, archivos o equipos se encuentren disponibles en las referidas instalaciones. En tal caso, la entrega será inmediata.

El incumplimiento de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación dispuestos en el presente artículo, será sancionado de conformidad con lo establecido en el artículo 12° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya”.

“Artículo 25-A.- Conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas

El OSIPTEL puede realizar fiscalizaciones en tiempo real a fin de acceder a los sistemas o bases de datos de las entidades supervisadas, utilizando conexiones remotas. Para tales efectos, el OSIPTEL podrá emplear herramientas informáticas de conexión como *Virtual Private Network* (VPN) u otras que él defina, así como solicitar a las entidades supervisadas el otorgamiento de usuarios y contraseñas para el acceso, procurando siempre la tutela efectiva de los bienes jurídicos a su cargo y salvaguardando los derechos de las entidades supervisadas conforme a la normativa vigente.

El OSIPTEL establecerá los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación de este mecanismo de fiscalización, los cuales serán observados obligatoriamente por las entidades supervisadas.

El incumplimiento de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación dispuestos en el presente artículo, será sancionado de conformidad con lo establecido en el artículo 12° del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya”.

REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LA SUPERVISIÓN

6.1. Planteamiento o identificación del problema.-

En el ejercicio de actividades de supervisión, la autoridad administrativa puede verificar graves o potenciales riesgos a los bienes jurídicos tutelados que exigen su actuación oportuna para corregir las desviaciones o inconductas de las entidades supervisadas, de modo que el incumplimiento no perdure en el tiempo o el daño que produzca no pueda ser reparado si se espera al inicio de un procedimiento sancionador o hasta la emisión de un acto expreso



de sanción y orden de cese de la conducta. Una de estas medidas que puede adoptar toda autoridad administrativa son aquellas de carácter cautelar.

De manera previa a las reformas introducidas en el año 2016 en el marco general del TUO de la LPAG, el empleo de las medidas cautelares se encontraba regulado en el artículo 146 de la Ley N° 27444, bajo una disposición que limitaba su empleo, en su literalidad, al marco de un procedimiento administrativo, sin considerar la posibilidad de aplicarlas de forma antelada al mismo. Según se afirmaba respecto a esta disposición, “en el campo del procedimiento, si todavía no se ha incoado éste, no cabe anticipar en el tiempo la adopción de medidas que, rodeadas de garantías, duplicarían el procedimiento y ajenas a todo procedimiento, podrían vaciar en gran medida el espíritu garantista de éste”³¹.

Sin perjuicio de ello, la legislación especial habilitaba a determinadas entidades administrativas o en determinados casos, a imponer medidas cautelares fuera de un procedimiento administrativo, tanto a iniciativa de oficio como a pedido de parte, para la protección provisional de los intereses implicados.

En este contexto y ya en el ámbito de la actividad de supervisión, las modificaciones introducidas a la Ley N° 27444 -Ley del Procedimiento Administrativo General- mediante el Decreto Legislativo N° 1272, incorporaron dentro del capítulo referido a la actividad administrativa de fiscalización, un precepto de especial importancia recogido actualmente en el artículo 246 del TUO de la LPAG, mediante el cual se reconoció la facultad expresa de las autoridades supervisoras de poder imponer fuera de un procedimiento, entre otras, medidas cautelares a efectos de asegurar el cese de la conducta infractora y una reparación adecuada, como se cita a continuación:

“Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas

Las entidades solo **podrán dictar medidas cautelares** y correctivas siempre que estén habilitadas por Ley o Decreto Legislativo y mediante decisión debidamente motivada y observando el Principio de Proporcionalidad. (Énfasis agregado)”.



Conforme a esta disposición, y sobre la base de las primeras pruebas recabadas con ocasión de la supervisión ejercida sobre las actividades de una entidad supervisada y siempre, que éstas creen convicción, la autoridad administrativa podrá dictar medidas cautelares contra dicha entidad. Cabe resaltar que este tipo de medidas busca asegurar de forma adecuada el cumplimiento de la decisión tomada por la entidad y evitar que la parte afectada se sustraiga a ella, debiendo, por tanto, ejecutarse sin conocimiento del administrado, esto es, se debe materializar inaudita parte.



No obstante, pese a la importancia del empleo de medidas cautelares durante la supervisión administrativa (con anterioridad y fuera de un procedimiento administrativo sancionador), el actual Reglamento de Supervisión no recoge o reconoce expresamente esta facultad a favor del OSIPTEL. Esto debilita a la supervisión ejercida por dicho regulador y posterga la toma de acciones que deberían ser inmediatas y que, de no adoptarse, afecten la eficacia de una eventual resolución a emitirse.



Dado que nos encontramos ante la regulación del ejercicio de competencias administrativas por parte del OSIPTEL, en el ejercicio de su función de supervisión, el problema aquí

³¹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. Edición 14ª. Tomo 2. 2019. p. 733.

advertido no puede ser solucionado por el mercado ni por las actuaciones de los agentes que la conforman. Dado que la necesidad está directamente vinculada con fortalecer las acciones del OSIPTEL y permitirle una respuesta oportuna a los riesgos que advierta contra la eficacia de sus resoluciones en el marco de una supervisión, es necesario que se intervenga normativamente a efectos de solucionar este problema.

En consecuencia, se hace necesaria la actuación por parte del OSIPTEL, en ejercicio de sus potestades normativas, para aprobar las modificaciones necesarias al Reglamento de Supervisión a efectos de corregir el problema antes descrito.

6.2. Objetivo de la intervención y base legal.-

6.2.1. Objetivo general de la intervención.

Esta intervención normativa tiene por objetivo general el fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL y mejora de la eficacia y eficiencia de la función supervisora del OSIPTEL.

6.2.2. Objetivos específicos.

El objetivo general antes enunciado podrá alcanzarse por medio de los siguientes objetivos específicos:

- Objetivo Específico N° 1: reconocimiento expreso de las competencias del OSIPTEL para la aprobación de medidas cautelares durante el ejercicio de la función supervisora.
- Objetivo Específico N° 2: identificar los supuestos justificativos para la adopción de medidas cautelares durante el ejercicio de la función supervisora por el OSIPTEL.

6.2.3. Base legal para la intervención.

La principal disposición que reconoce la adopción de medidas cautelares en la supervisión y que justifica la intervención propuesta está recogida en el artículo 246 del TUO de la LPAG, el cual faculta a las entidades de la Administración Pública a poder dictarlas, siempre observando el principio de proporcionalidad. Sin embargo, esta disposición es solo una manifestación más de aquello que ya viene amparado de forma general por el principio de eficacia prescrito en el numeral 1.10 del artículo IV del TUO de la LPAG, como se cita a continuación:

“1.10. Principio de eficacia. - Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer **prevaler el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental**, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, **no disminuyan las garantías del procedimiento**, ni causen indefensión a los administrados. (Énfasis agregado)”.

Aunque limitadamente se entienda que el principio de eficacia únicamente resulta aplicable en el marco de un procedimiento administrativo y solo respecto a la observancia de formalismos, lo cierto es que este principio se refiere a lo siguiente:



“...se refiere a la obtención de los objetivos previamente programados por las autoridades competentes a través de la normativa aprobada y a la prestación de los servicios a cargo de la Administración dentro de los estándares de calidad establecidos. Como valor, la eficacia tiene una pluralidad de efectos sobre la gestión: es un principio informador de la actividad, es una obligación de cada autoridad al realizar sus actividades, es un parámetro para supervisar y controlar la gestión pública³²”.

En tal sentido, para efectos de que, con ocasión de una supervisión administrativa, la autoridad justifique adecuadamente la adopción de medidas cautelares para evitar riesgos o asegurar el dictado eficaz de posteriores medidas en el marco, esta vez sí, de un procedimiento, se vuelve menester una observancia adecuada del principio de eficacia. Esto, claro está, con la adopción de medidas cautelares que observen también el principio de proporcionalidad, el cual es recogido con ocasión del principio de razonabilidad dispuesto en el numeral 1.4 del TUO de la LPAG, como se cita a continuación:

“1.4. Principio de razonabilidad. - Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y **manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar**, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su contenido. (Énfasis agregado)”.

Con base en estas disposiciones, muchas autoridades administrativas cuentan con normativas que las faculta a adoptar medidas administrativas, si bien con denominaciones distintas (provisionales, preventivas o cautelares), con la finalidad de asegurar la eficacia de la resolución que pudiera emitirse eventualmente. Así tenemos los siguientes casos.

En materia de transportes, la Ley N° 27181 -Ley General de Transportes- dispone que la SUTRAN realiza labores de fiscalización para tutelar la observancia de las normas de transporte, carga, entre otros, y para tales efectos, se encuentra habilitada a adoptar “medidas preventivas”, incluso, de forma previa al procedimiento administrativo sancionador, como se cita a continuación:

“26.2 Las medidas preventivas, cuya finalidad es la tutela de los intereses públicos establecidos en el artículo 3 de la presente ley, impuestas por infracciones vinculadas al transporte, tránsito terrestre y actividades complementarias son las siguientes:

- a) Retención de la licencia de conducir;
- b) retención del vehículo;
- c) internamiento del vehículo;
- d) remoción del vehículo;
- e) clausura temporal del local;
- f) suspensión precautoria de la autorización;
- g) suspensión de la habilitación vehicular;
- h) interrupción del viaje;
- i) paralización de la actividad.

³² MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. Edición 14ª. Tomo 1. 2019. p. 115.



- j) Impedimento del administrado de solicitar la cancelación del título habilitante que se le otorgó, durante el tiempo que dure el procedimiento administrativo sancionador.
- k) Suspensión del postulante para iniciar el proceso de tramitación de la licencia de conducir en el Sistema Nacional de Conductores.
- l) Suspensión de la inscripción del recurso humano de la entidad complementaria en el registro respectivo.

En caso que el infractor se resista a la ejecución de la medida, la autoridad puede utilizar todos los medios físicos y mecánicos que se consideren necesarios, tales como la adhesión o colocación de carteles y/o paneles, el uso de los instrumentos y herramientas de cerrajería, soldadura, el tapiado de puertas y ventana, instalación de bloques de concreto en las puertas y acceso a la infraestructura clausurada, la ubicación de personal de seguridad destinado a garantizar el cumplimiento de la medida.

El proceso administrativo se inicia dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la implementación de las medidas preventivas previas. En caso no se inicie el procedimiento sancionador en el plazo indicado, la medida se extingue de pleno derecho; sin perjuicio de que luego de iniciado el procedimiento, se pueda imponer nuevas medidas preventivas.

La imposición de las medidas preventivas por parte de la autoridad competente se rige por lo dispuesto en el presente inciso; así como en los artículos 155 y 254 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 006-2017-JUS en lo que sea aplicable. (Énfasis agregado)”.

Destaca de la norma antes citada, la obligación de la entidad de iniciar en un lapso máximo de tiempo el procedimiento administrativo sancionador (10 días hábiles) y el sometimiento expreso a las reglas de las medidas cautelares y provisionales a las que se refieren los artículos 157 y 256 del TUO de la LPAG, respectivamente.

Por su parte, el OEFA cuenta también con facultades para imponer medidas cautelares en el marco de las supervisiones que realiza, conforme le reconoce la Ley N° 29325 –Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental–, como se cita a continuación:

“Artículo 11.- Funciones generales

11.2 El OEFA, en su calidad de ente rector del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), ejerce las siguientes funciones:

- a) Función normativa: comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materia de sus competencias, las normas que regulen el ejercicio de la fiscalización ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental (SINEFA), y otras de carácter general referidas a la verificación del cumplimiento de las obligaciones ambientales fiscalizables de los administrados a su cargo; así como aquellas necesarias para el ejercicio de la función de supervisión de entidades de fiscalización ambiental, las que son de obligatorio cumplimiento para dichas entidades en los tres niveles de gobierno.



En ejercicio de la función normativa, **el OEFA es competente, entre otros, para tipificar infracciones administrativas y aprobar la escala de sanciones correspondientes, así como los criterios de graduación de estas y los alcances de las medidas preventivas, cautelares y correctivas a ser emitidas por las instancias competentes respectivas.**”.

DISPOSICIÓN DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Artículo 21.- Medidas cautelares

- 21.1 **Antes de iniciarse un procedimiento sancionador** o en cualquier etapa del procedimiento se podrán ordenar medidas cautelares previamente a la determinación de la responsabilidad de los administrados, cuando ello resulte **necesario para prevenir un daño irreparable** al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.
- 21.2 Las autoridades competentes podrán ordenar medidas cautelares genéricas o específica tales como:
- Decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
 - Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
 - Cierre temporal, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
 - Otras que sean necesarias para evitar un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales, o la salud de las personas.
- 21.3 Las mismas deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad, y deben ser debidamente fundamentadas. La presente norma se rige bajo lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.
- 21.4 En cualquier etapa del procedimiento se podrá suspender, modificar o revocar la medida cautelar, de considerarse pertinente.
- 21.5 **El incumplimiento de una medida cautelar por parte de los administrados acarrea la imposición de una multa coercitiva** no menor a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT) ni mayor a cien (100) UIT. La multa coercitiva deberá ser pagada en un plazo de cinco (5) días, vencido el cual se ordenará su cobranza coactiva.
- 21.6 En caso de persistirse el incumplimiento se podrá imponer una nueva multa coercitiva, duplicando sucesiva e ilimitadamente el monto de la última multa coercitiva impuesta, hasta que se cumpla con la medida ordenada. (Énfasis agregado)”.

Destaca del ámbito ambiental, que la Ley ha habilitado al OEFA a que pueda complementar normativamente las disposiciones referidas a imposición de medidas cautelares, así como ha incorporado un listado enunciativo de medidas cautelares que pueden imponerse, y contiene el reconocimiento expreso de que puedan efectuarse antes del inicio de un procedimiento sancionador. Por último, la Ley del SINEFA tipifica como infracción la inobservancia de estas medidas cautelares, lo que introduce una herramienta adicional para que el supervisado cumpla con las mismas, como se cita a continuación:

“Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

Constituyen infracciones administrativas bajo el ámbito de competencias del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) las siguientes conductas:



(...)

d) **El incumplimiento de las medidas cautelares, preventivas o correctivas, así como de las disposiciones o mandatos emitidos por las instancias competentes del OEFA. (Énfasis agregado)**

Por su parte, en el caso del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, este regulador cuenta con el Reglamento de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las Actividades Energéticas y Mineras, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 040-2017-OS-CD, el cual reconoce la posibilidad de adoptar medidas cautelares fuera del procedimiento sancionador y sujetas a ciertas reglas:

“Artículo 37.- Medidas Cautelares

- 37.1 **Las medidas cautelares se emiten, dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador**, cuando exista la posibilidad que sin su adopción se ponga en peligro la eficacia de la resolución a emitir o en tanto estén dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de la causa de dicho daño.
- 37.2 Las medidas cautelares caducan de pleno derecho cuando se emita la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento sancionador. **Asimismo, de tratarse de medidas cautelares fuera del procedimiento sancionador, éstas caducan si dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de efectuada su notificación no se hubiesen efectuado acciones conducentes al inicio del procedimiento sancionador.**
- 37.3 En cualquier momento, las medidas cautelares pueden ser suspendidas, modificadas o levantadas por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas o consideradas en el momento de su adopción.
- 37.4 Las medidas cautelares pueden recaer, según corresponda, sobre las instalaciones, bienes inmuebles, muebles, maquinaria, equipos o vehículos y, demás relacionados con la actividad no autorizada, según la legislación vigente. (Énfasis agregado)

Conforme a lo anterior, el OSINERGMIN cuenta con dichas facultades que fortalecen su labor supervisora, pero también con unas reglas que establecen, sobre todo, plazos determinados que delimitan con exactitud el tiempo entre la adopción de la medida cautelar y el inicio del procedimiento sancionador.

Finalmente, en casos referidos a Libre Competencia, el Instituto Nacional de Defensa de la Libre Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, cuenta con las mismas facultades actualmente reguladas en el Decreto Legislativo N° 1034, en los siguientes términos:

“De las Medidas Cautelares

Artículo 23.- Medidas cautelares

- 23.1. **Antes de iniciarse el procedimiento sancionador** o en cualquier etapa dentro de éste, la Comisión podrá dictar, a solicitud de la Secretaría Técnica o a pedido



de quien haya presentado una denuncia de parte o de tercero con interés legítimo que también se haya apersonado al procedimiento, una medida cautelar destinada a asegurar la eficacia de la decisión definitiva, lo cual incluye asegurar el cumplimiento de las medidas correctivas que se pudieran dictar en la resolución final.

- 23.2. La Comisión podrá adoptar la medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere.
- 23.3. Las medidas cautelares deberán ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar.
- 23.4. Cuando la medida cautelar se otorgue antes de iniciarse un procedimiento sancionador, dicha medida caducará si no se inicia un procedimiento sancionador dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de su notificación.
- 23.5. Tratándose de solicitudes de parte, la Comisión podrá aceptarlas o desestimarlas en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, prorrogables por una sola vez y por el mismo plazo. No son exigibles, a quien presente la solicitud, medidas de aseguramiento civil como contra cautela o similares. La Comisión podrá conceder medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajusten de mejor manera a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.
- 23.6. En cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares.
- 23.7. Las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el Tribunal en el plazo de cinco (5) días hábiles. La apelación de medidas cautelares se concederá sin efecto suspensivo, tramitándose en cuaderno separado, y sin perjuicio de lo establecido en el Artículo 216 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. El Tribunal se pronunciará sobre la apelación en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles.
- 23.8. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas cautelares”.

Como se aprecia de los casos antes enunciados, la imposición de medidas cautelares durante las labores de supervisión es una práctica usual en las entidades de la administración pública y que fortalecen el cumplimiento de esta función en favor de la tutela de determinados bienes jurídicos.

Asimismo, se rescata de las normas antes citadas, que las normas han reconocido en varios casos que sean los órganos de supervisión los que directamente adopten las medidas cautelares, siempre que motiven las razones de ello en el acta o resolución que emitan. Esto cobra sentido por la naturaleza misma de las acciones de supervisión. Así pues, ante graves daños o inminentes riesgos por incumplimientos descubiertos con ocasión de una supervisión, no es compatible con el interés público que la adopción de una medida cautelar (y, en principio, urgente) deba verse retrasada o postergada por cuestiones formales. En lugar de tener que iniciar un procedimiento sancionador (que puede demandar varios días) o solicitar a otro órgano (propiamente sancionador) que imponga las medidas cautelares, lo



que se busca en estos casos es que se priorice la emisión y cumplimiento expeditivos de la cautelar.

Ahora bien, en lo que respecta al OSIPTEL, la función supervisora de este último le ha sido reconocida en distintas fuentes legislativas y reglamentarias. Por un lado, el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, reconoce, entre otras, el ejercicio de funciones de supervisión por parte del OSIPTEL; y, en el mismo sentido, lo reconoce también la Ley N° 27336. La práctica demuestra, al día de hoy, una función supervisora consolidada, pero que requiere de instrumentos adicionales expresos para poder fortalecerla y proteger los bienes jurídicos tutelados en el marco de esta función.

El artículo 23³³ de la Ley N° 27336 otorga facultad al OSIPTEL a través de sus órganos, entre ellos la Dirección de Fiscalización e Instrucción, para dictar medidas cautelares para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora.

A ello se le suma la facultad expresamente otorgada a la Dirección de Fiscalización e Instrucción, a través del artículo 46³⁴ del ROF del OSIPTEL, que, en su calidad de órgano instructor, sí se encuentra facultado para imponer medidas cautelares, no existiendo colisión alguna con el TUO de la LPAG. Es decir, la imposición de cautelares no es una labor que corresponda ser ejercida de forma exclusiva por los órganos sancionadores o resolutores, sino a quien supervisa o, incluso, instruye un procedimiento sancionador. Esto, porque a través de la imposición de una medida cautelar, el órgano instructor no ejerce facultades resolutorias o adelantando una posición que solo le competirá, en su momento, a la Gerencia General. Lo único que se pretenderá, con base en estas normas, será proteger el bien jurídico que por el transcurso del tiempo pueda sufrir un daño irreparable, no evidenciándose con ello una afectación al principio de imparcialidad

Para llevar a cabo las reformas normativas que puedan incorporar el empleo de medidas cautelares fuera de un procedimiento sancionador y durante el ejercicio de labores de supervisión, basta con que el OSIPTEL ejerza las funciones normativas que le atribuye la Ley N° 27332. Conforme a esta norma, el OSIPTEL se encuentra facultado para dictar, en el ámbito de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular, referidas

³³ **Artículo 23.- Medidas específicas**

23.1 OSIPTEL, mediante resolución de sus instancias competentes, podrá aplicar medidas cautelares y correctivas para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora. Las medidas correctivas incluyen la posibilidad de que los funcionarios de OSIPTEL accedan directamente a las instalaciones o equipos de las entidades supervisadas para realizar todas las acciones conducentes a hacer efectivas las disposiciones que este organismo hubiera dictado y que la entidad supervisada se hubiese resistido a cumplir reiteradamente.

³⁴ **Artículo 46.- Funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción**

Son funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción las siguientes:

- Dirigir, desarrollar e implementar las acciones de monitoreo y prevención, destinadas a promover el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras o de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.
 - Conducir el proceso de supervisión respecto del cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales a cargo de las empresas operadoras o de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL.
 - Emitir las medidas cautelares o correctivas en ejercicio de la función supervisora, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente.
- (...).”



a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios³⁵.

La Ley N° 27332 cumple el rol de norma delegante que ha permitido a los organismos reguladores a que, directamente mediante el ejercicio de su potestad normativa, puedan aprobar disposiciones que regulen toda cuestión referida al desempeño de los roles que se les ha encomendado. En tal sentido, la Ley N° 27332 sería la norma habilitadora para que, en el marco de lo dispuesto en el artículo 246 del TUO de la LPAG, se puedan introducir disposiciones que regulen expresamente la aplicación de medidas cautelares durante el ejercicio de funciones de supervisión por parte del OSIPTEL.

Por otra parte, es necesario asegurar el cumplimiento de la medida cautelar impuesta a través de la disposición expresa que sancione su inobservancia. La propuesta normativa que se proponga deberá prever ello, cuestión que también ha sido recogida en normas antes citadas a cargo de otras entidades con funciones supervisoras similares. Cabe agregar que esta propuesta no es contraria al ordenamiento ni incompatible con la posición vertida por el MINJUS con ocasión de la Opinión brindada con ocasión de la Consulta Jurídica N° 005-2017-JUS/DGDOJ, en cuya oportunidad esta entidad señaló lo siguiente:

“la disposición de la autoridad fiscalizadora para que el fiscalizado “adopte una medida correctiva” solo constituye una medida de naturaleza precautoria o preventiva acorde con la naturaleza de dicha función fiscalizadora, cuya inobservancia recién acarrearía la apertura de un procedimiento sancionador, no por la omisión en sí misma, sino por la conducta infractora que originó que se disponga la adopción de dicha medida correctiva”.

Una lectura inicial de dicha opinión, pareciera dar la impresión de que no es válido sancionar las medidas impuestas con ocasión de una supervisión. Sin embargo, no se comparte aquella lectura, pues ciertamente la imposición de una medida es, por sí misma, un mandato de hacer a cargo del administrado. Su inobservancia, por tanto, supondría un desconocimiento de las funciones de la entidad y, como tal, podrían ser perfectamente sancionables por la autoridad. Ahora bien, eso no niega la posibilidad, como indica la opinión en cuestión, que se inicie un procedimiento sancionador por la conducta infractora que originó la adopción de la medida. En un caso, se sancionaría por incumplir un mandato válido dictado por la autoridad; en el otro, se le sancionaría por la comisión de la conducta que originó dicho mandato. Dos conductas distintas y, por tanto, diferenciables para efectos de la imposición de una sanción.

Finalmente, como ya se ha señalado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y en el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-

³⁵ **Artículo 3.- Funciones**

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

- c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios.

Comprende, a su vez, la facultad de tipificar las infracciones por incumplimiento de obligaciones establecidas por normas legales, normas técnicas y aquellas derivadas de los contratos de concesión, bajo su ámbito, así como por el incumplimiento de las disposiciones reguladoras y normativas dictadas por ellos mismos. Asimismo, aprobarán su propia Escala de Sanciones dentro de los límites máximos establecidos mediante decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y el Ministro del Sector a que pertenece el Organismo Regulador.



2005-PCM³⁶, el Consejo Directivo del OSIPTEL es el órgano competente para ejercer de manera exclusiva la función normativa. En tal sentido, le corresponderá a este último la aprobación de la norma reglamentaria que recoge la posibilidad de adoptar medidas cautelares en ejercicio de funciones de supervisión.

6.3. Análisis de alternativas disponibles.-

6.3.1. Descripción de las alternativas

De conformidad con lo expuesto previamente, y existiendo base legislativa suficiente que faculta a OSIPTEL a intervenir frente a esta problemática, se advierte la necesidad de evaluar alternativas que apunten a brindar seguridad jurídica a los administrados, objeto de supervisión.

Para ello, se han identificado solo dos alternativas para abordar este problema y fortalecer las actividades de supervisión. Estas alternativas se resumen en las siguientes:

- (i) Alternativa N° 1: mantener la regulación vigente, sin introducción de reformas, derogaciones o modificaciones normativas (no intervención).
- (ii) Alternativa N° 2: introducir una reforma normativa al Reglamento de Supervisión, regulando expresamente la posibilidad de adoptarse medidas cautelares durante el ejercicio de funciones de supervisión (fuera de un procedimiento).

A continuación, se describe y evalúa cada una de las alternativas antes enunciadas

(i) Alternativa N° 1: mantener la regulación (no intervención)

La Alternativa N° 1 consistiría en no introducir cambios normativos. La desventaja que advierte esta opción es que niega oportunidades de mejora y fortalecimiento a la supervisión que ejerce OSIPTEL y, la posibilidad de brindar una mayor y mejor tutela a los bienes jurídicos protegidos en el ámbito de competencia de este regulador y dar eficacia a sus decisiones futuras.

(ii) Alternativa N° 2: introducir normativamente la posibilidad de imponer medidas cautelares durante el ejercicio de labores de supervisión

Con la Alternativa N° 2 se recoge la facultad del OSIPTEL, a través de su órgano de supervisión (tal como en la actualidad se realiza en la etapa de instrucción o en el dictado de medidas correctivas), para que dispongan la adopción de medidas cautelares, estableciendo para tales efectos la medida que consideren conveniente para asegurar el cumplimiento y/o la eficacia de sus futuras resoluciones, a fin de evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable.

6.3.2. Evaluación de alternativas

³⁶ Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM

Artículo 2.- Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores

La función reguladora y la normativa general señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del Artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.



Al respecto, considerando que los beneficios y costos que se derivan de las alternativas identificadas no se pueden cuantificar o monetizar, se ha optado por efectuar un Análisis Multicriterio (AMC) que permita identificar la mejor alternativa a partir de la ponderación de rankings respecto de criterios (o atributos) que aquí se definen.

(i) Eficacia

Califica en qué grado las alternativas propuestas establecen reglas que permitan aportar y asegurar las decisiones administrativas oportunamente ante eventuales riesgos que impidan su cumplimiento. En ese sentido, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que establezca condiciones que brinden mayor eficacia a las labores de supervisión.

(ii) Tutela de bienes jurídicos

Califica el grado de tutela a los bienes jurídicos que las alternativas logran con su aplicación a las labores de supervisión realizadas por el OSIPTEL. Al respecto, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que introduzca un mayor grado de tutela a los bienes jurídicos, cuya supervisión corresponde a este regulador.

(iii) Predictibilidad

Califica el grado de predictibilidad que las alternativas generan respecto del proceder del regulador cuando la entidad es objeto de supervisión; es decir, si la entidad supervisada puede prever con certeza en qué situaciones corresponde soportar una medida cautelar. Sobre el particular, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que genere mayor predictibilidad al administrado

(iv) No prejujuamiento y respeto de derechos fundamentales

Califica el grado de protección a los derechos de los supervisados, evitándose el prejujuamiento o a la adopción antelada de decisiones administrativas. En estos casos, se otorgará un mayor puntaje a la alternativa que no introduzca sesgos de prejujuamiento o afectación a los derechos del supervisado.

Respecto de las ponderaciones a las calificaciones de cada una de las alternativas sobre los criterios (atributos) definidos, se plantea que tengan la misma ponderación de 0.25.

Sobre la calificación a ser asignada a cada atributo para cada alternativa, se propone:

- Calificación -1: Menor calificación.
- Calificación 0: Neutral.
- Calificación +1: Mayor calificación.

En ese sentido, a continuación, se procede a realizar la calificación de los atributos de cada alternativa disponible.

De acuerdo al análisis antes efectuado, se obtiene el siguiente cuadro de calificaciones:

Atributo	Alternativa N° 1	Alternativa N° 2	Ponderación
Eficacia	0	1	0.25
Tutela de bienes jurídicos	0	1	0.25



Atributo	Alternativa N° 1	Alternativa N° 2	Ponderación
Predictibilidad	0	1	0.25
No prejuzgamiento	0	1	0.25
Calificación Final	0	1	

Finalmente, sobre la base de la evaluación realizada y las ponderaciones definidas, la Alternativa N° 2 tiene una calificación final de 1, mientras que la Alternativa N° 1 tiene una calificación final de 0. En ese sentido, la alternativa elegible como propuesta de solución debería ser la Alternativa N° 2, la cual obtuvo el puntaje más alto.

6.4. Propuesta de modificación y aplicación de la solución seleccionada.-

Conforme a las razones antes expuestas, el presente informe propone introducir la siguiente modificación normativa:

“CAPÍTULO V

Artículo 32.- Medidas Cautelares

Durante el desarrollo de la fiscalización, el órgano supervisor podrá imponer a la entidad supervisada, mediante resolución debidamente motivada, medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de obligaciones o evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable, con sujeción a lo previsto en el artículo 246 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

En estos casos, el Procedimiento Administrativo Sancionador o el Procedimiento de Imposición de Medida Correctiva, según corresponda, deberán iniciarse en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la medida cautelar. Vencido dicho plazo, si no se ha iniciado el procedimiento correspondiente, la medida cautelar se extingue.

En el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador o del Procedimiento de Imposición de Medida Correctiva, según corresponda, la medida cautelar dictada durante la supervisión podrá mantenerse o ser variada.

La empresa operadora que incumpla la medida cautelar dispuesta incurrirá en infracción muy grave, salvo que en dicha medida se establezca una calificación distinta.”

DEFINICIONES CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DEL OSIPTEL

7.1. Definiciones de supervisor y entidad supervisora

En el ejercicio de actividades de supervisión, es posible que las entidades recurran a terceros para la ejecución de algunas actividades, considerando que, desde la modificación de la Ley N° 27444 mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se incorporó la figura de la tercerización³⁷

⁽³⁷⁾ Artículo 57.- Tercerización de actividades

Todas las actividades vinculadas a 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.



con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las funciones de las entidades con el apoyo de terceros y lograr – de ese modo- que sean rápidas y eficientes.

Esta habilitación legal se encuentra prevista en el artículo 59 del TUO de la LPAG, como se cita a continuación:

“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.”

En este sentido, corresponde incluir dicho concepto en el Reglamento de Supervisión de modo que, pueda utilizarse como una herramienta adicional de la función supervisora, y que podría coadyuvar en la mejora de la eficacia y eficiencia en su ejecución. Es importante señalar que en caso el OSIPTEL recurra a terceros para la ejecución de actividades de supervisión, el regulador mantendría la competencia exclusiva de emitir actos administrativos que producirán efectos jurídicos sobre las entidades supervisadas.

Corresponderá al Consejo Directivo del OSIPTEL, establecer los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades supervisoras, así como la definición de aquellas tareas de fiscalización que realizarán tales empresas. En ese sentido, se proponen el siguiente cambio e inclusión al artículo 2 del reglamento vigente:

“Artículo 2.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, entiéndase por:

(...)

d) Supervisor: Personal del OSIPTEL o de una Entidad Supervisora 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.

(...)

f) Entidad Supervisora. - A toda persona jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización.”

7.2. Criterios para la determinación de muestras aplicables al ejercicio de la función supervisora

El actual Reglamento de Supervisión contempla en su artículo 16 que el OSIPTEL podrá determinar que las acciones de supervisión se realicen sobre muestras y, que corresponde al Consejo Directivo definir los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente.

Sin embargo, se debe considerar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37° del Reglamento General del OSIPTEL, la función supervisora es ejercida por la DFI antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización, como se cita a continuación:



“Artículo 37.- Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Supervisora

La función supervisora es ejercida en primera instancia por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización, para cuyo efecto podrá contar con el apoyo de otras Gerencia o Unidades Orgánicas, previa aprobación de la Gerencia General”.

Bajo estas consideraciones, correspondería a la DFI³⁸ en su calidad de órgano responsable de ejecutar las acciones de supervisión, definir los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente aplicables a dichas acciones. En ese sentido, se propone el siguiente articulado:

“Artículo 16.- Muestreo

Para las acciones de fiscalización, el OSIPTEL podrá determinar que éstas se realicen sobre muestras. Los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente, **serán establecidos por la Dirección de Fiscalización e Instrucción”**.

7.3. Definición de Compromiso de Mejora

El Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2014-CD/OSIPTEL³⁹ y sus modificatorias (en adelante el Reglamento de Calidad), contiene en su artículo 13 la definición del Compromiso de Mejora.

El Compromiso de Mejora de conformidad con lo indicado en el Reglamento de Calidad, se solicita únicamente ante el incumplimiento de los indicadores de calidad: i) Calidad de Cobertura de Servicio (CCS), ii) Calidad de Voz (CV) y iii) Tiempo de Entrega de Mensajes de Texto (TEMT), cuyas respectivas definiciones están en el artículo 5 del referido reglamento.

Como se señala en la Exposición de Motivos del reglamento, la finalidad del Compromiso de Mejora es el cumplimiento de un indicador de calidad. Su ejecución no podrá exceder del siguiente periodo de evaluación y el incumplimiento del compromiso de mejora constituye infracción.

Con relación a la efectividad de los compromisos de mejora, se ha evidenciado hasta un 74% de efectividad en la implementación de los mismos al 2018 y hasta un 70% de efectividad al 2019, como se muestra en la siguiente tabla:

³⁸ Mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM se aprobó la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL, que consta de tres (3) títulos, cuarenta y ocho (48) artículos y el Organigrama del OSIPTEL, que forman parte del presente Decreto Supremo.

Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción

La Dirección de Fiscalización e Instrucción es el órgano de línea responsable de promover -con un enfoque de prevención- y de supervisar el cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, así como de quienes realizan actividades sujetas a la competencia del OSIPTEL, a nivel nacional. Asimismo, como órgano instructor, emite las medidas que correspondan en el marco de los procedimientos administrativos sancionadores o de imposición de medidas correctivas, que sean de competencia de la Gerencia General en primera instancia administrativa. Depende jerárquicamente de la Gerencia General.

³⁹ Publicada en el Diario Oficial El Peruano el 16 de octubre de 2014.



Período de Supervisión	Cantidad de Centros Poblados Supervisados	Cantidad de Compromisos de Mejora solicitados	Cantidad de Compromisos de Mejora Implementados (verificado posteriormente)	Efectividad en el compromiso de mejora	Población Beneficiada con la Implementación	Población Beneficiada Promedio por Compromiso de Mejora
2015-1	210	68	68	100%	632,441	9,301
2015-2	266	126	106	84%	3,128,671	29,516
2016-1	259	170	99	58%	4,646,129	46,931
2016-2	289	153	100	65%	1,665,221	16,652
2017-1	321	234	121	52%	1,981,212	16,374
2017-2	300	286	185	65%	4,965,430	26,840
2018-1	323	187	138	74%	5,836,842	42,296
2018-2	310	73	49	67%	855,496	17,459
2019-1	281	130	98	75%	1,434,596	14,639
2019-2	237	105	73	70%	1,225,499	16,788

Fuente: DFI
 CM: Compromiso de Mejora

En base a ello, se plantea una definición general de compromiso de mejora, para que, - de este modo-, se propicie la aplicación a otros cuerpos normativos supervisados por el OSIPTEL y no se restrinja únicamente a los indicadores de calidad, contando con evidencias de su efectividad y orientación al cumplimiento de las obligaciones, antes de aplicar una sanción.

Las circunstancias de habilitación de la solicitud de compromiso de mejora, las condiciones para su presentación, así como las consecuencias de su incumplimiento, - como en el caso del Reglamento de Calidad y los indicadores CCS, CV y TEMT-, deberán desarrollarse en cada Reglamento específico que regula la obligación. En ese sentido, se proponen el siguiente articulado:

“Artículo 35.- Compromisos de Mejora

Es un compromiso presentado por una entidad supervisada que implica el desarrollo de un conjunto de acciones cuya finalidad es el cumplimiento de una obligación.

Las circunstancias que habiliten su solicitud y presentación por parte de la entidad supervisada, así como las consecuencias de su incumplimiento serán determinadas en la respectiva norma que regula la obligación.”

DIFUSIÓN DE LA NORMATIVA

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 7 y 27 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y en concordancia con las reglas establecidas por el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS para la publicación de los proyectos de normas legales de carácter general, corresponde la aprobación de la publicación para comentarios del proyecto de modificación del Reglamento General de Supervisión, a fin de que los interesados remitan sus opiniones y/o sugerencias a la disposiciones propuestas.

Considerando ello, en el presente procedimiento de emisión de normas, se ha previsto la participación de todos los agentes interesados, conforme se detalla a continuación:

- (i) La publicación en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del OSIPTEL de la Resolución de Consejo Directivo que establece el plazo para comentarios, así como del proyecto normativo.



- (ii) El plazo de quince (15) días calendario para que los interesados remitan sus comentarios y/o sugerencias al proyecto normativo.

Una vez aprobada la versión final de la norma, que incluirá el análisis de los comentarios remitidos por los agentes interesados sobre el proyecto de resolución, se procederá a la publicación en el Diario Oficial El Peruano y en la página web del OSIPTEL.

IX. CONCLUSIONES Y RECOMENDACION

Desde el año 2015 en el que fue publicado, el Reglamento General de Supervisión, no ha sido actualizado. Por ello, al ser una herramienta fundamental para el desarrollo de la función supervisora del OSIPTEL dado que contiene las normas que regulan su ejercicio, se requiere su actualización, así como la introducción de mejoras considerando entre otros; la diversa casuística recogida desde su aplicación, los cambios en la normativa general del procedimiento administrativo, así como la necesidad de fortalecer la función supervisora del OSIPTEL.

Es así que de la evaluación realizada resulta necesario que las mejoras a introducir en el Reglamento General de Supervisión, estén referidas principalmente a contar con una fiscalización con fines preventivos, a la implementación de herramientas que permitan acceder de manera remota a los sistemas y bases de datos de las entidades supervisadas, así como, a reforzar la utilización de diversos mecanismos informáticos y de automatización aplicables a la función supervisora; así como para el intercambio de información con las entidades supervisadas.

Estos cambios coadyuvarán de manera directa a lograr una mayor eficiencia y eficacia en el ejercicio de la función supervisora, tanto para el Regulador como para las entidades supervisadas, en aras de mejorar la satisfacción de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

De conformidad con los fundamentos expuestos, se recomienda elevar al Consejo Directivo la propuesta de modificación del Reglamento General de Supervisión, a fin que se apruebe su publicación para comentarios de los interesados, de considerarlo pertinente.

Atentamente,

