

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

### 1. ANTECEDENTES

Desde su publicación el 17 de agosto de 2015, el Reglamento General de Supervisión del OSIPTEL, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento General de Supervisión) no ha sido objeto de reformas, pese a las modificaciones introducidas a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, desde el año 2016 con el Decreto Legislativo N° 1272 y la posterior aprobación del Texto Único Ordenado de la referida ley, mediante el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS (en adelante TUO de la LPAG).

La función supervisora del OSIPTEL ha venido ejerciéndose bajo los alcances de la Ley N° 27332, Ley Marco de los organismos reguladores de la inversión privada en los servicios públicos (en adelante Ley Marco), que la define como aquella que 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 supervisadas y, cuyos alcances y desarrollo han sido regulados en la Ley N° 27336, Ley de Funciones y Facultades del OSIPTEL.

No obstante ello, es importante señalar que la Ley Marco, fue promulgada con anterioridad a la modificación realizada mediante el Decreto Legislativo N° 1272, que incorporó un capítulo que desarrolla la actividad de fiscalización, defendiéndola como 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 y gestión del riesgo así como de tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Es así que se puede verificar que en términos jurídicos, en el marco general del TUO de la LPAG que regula la actividad de fiscalización y las disposiciones que rigen el ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL, no existe diferencia alguna entre las funciones de supervisión, fiscalización o inspección, debiendo precisar que todos ellos están referidos, en su fundamento, a aquella actividad material realizada por la autoridad administrativa con la finalidad de verificar el cumplimiento de deberes, prohibiciones y limitaciones que los particulares tienen a su cargo en virtud a las normas, contratos, actos y otras fuentes, como se refleja en el mismo TUO de la LPAG, el cual señala en su artículo 239 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 (...)**

**239.2 Independientemente de su denominación, las normas especiales que regulan esta función se interpretan y aplican en el marco de las normas comunes del presente capítulo, aun cuando conforme al marco legal sean ejercidos por personas naturales o jurídicas privadas.” (Énfasis agregado)**

En este sentido, como se desprende claramente de la disposición anterior, por un lado, existe un uso indistinto de términos para referirse a una misma actividad, sin embargo, ello no denota un cambio en el régimen jurídico que le es aplicable y, por otro lado, sin importar la denominación que las normas especiales, -como es el caso del Reglamento General de Supervisión-, le confieran, toda actividad que en su naturaleza califique



como fiscalización o supervisión deberá observar como mínimo las reglas comunes recogidas en el Tuo de la LPAG.

Por tal motivo, se considera necesario actualizar la denominación del Reglamento, por Reglamento General de Fiscalización, a fin que el OSIPTEL en virtud de lo dispuesto ejerza su función supervisora, establecida en la Ley N° 27336 para 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 supervisadas.

Así mismo se considera necesario como del término “supervisión” por “fiscalización” allí contenido, en concordancia con lo dispuesto en Tuo de la LPAG. Se debe resaltar que este cambio no afecta el reconocimiento al principio de prevención contenido en el reglamento actual, así como, tampoco el nuevo enfoque de cumplimiento normativo, prevención, gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos, incluido en el Tuo de la LPAG.

De otro lado, es importante señalar que mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 255-2018-CD/OSIPTEL, se dispuso la necesidad de fortalecer la función supervisora del 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 fiscalizadas.

Por ello, considerando además la casuística surgida a partir de la aplicación del Reglamento, así como las modificaciones del marco general contenido en el Tuo de la LPAG, se ha advertido la necesidad de introducir cambios o precisiones de algunos extremos del Reglamento, a fin que se fortalezca y efectivice la función fiscalizadora que debe ejercer el OSIPTEL, garantizando de igual modo, el debido procedimiento y la seguridad jurídica de las entidades fiscalizadas. La evaluación realizada también ha tenido en cuenta las recomendaciones contenidas en la “Guía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE) para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones”<sup>1</sup>, que se basa en los Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones<sup>2</sup>, especialmente los principios de Cumplimiento basado en evidencia, Regulación responsiva, Promoción del cumplimiento e Integración de la información.

Es así que las propuestas de modificación normativas están referidas a: i) la fiscalización con fines preventivos, ii) los mecanismos y herramientas aplicables a la fiscalización, iii) la aplicación de medidas cautelares y, iv) la inclusión de algunos conceptos en el Reglamento.

## 2. ANALISIS DE LA PROPUESTA

### 2.1. RESPECTO A LA REGULACION DE LAS ACCIONES DE FISCALIZACIÓN PREVENTIVAS

<sup>1</sup> 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>.

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



En el marco de lo dispuesto en el artículo 6 del Reglamento de Supervisión<sup>3</sup>, el OSIPTEL está facultado a realizar monitoreos de manera facultativa, con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades fiscalizadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

Esta figura fue introducida como una herramienta cuyo uso complementa las acciones del OSIPTEL, destinadas a efectivizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades fiscalizadas, de una forma oportuna y más expeditiva. No se consideran requisito previo para la ejecución de una supervisión. Dado que su finalidad era tomar conocimiento del desempeño de las entidades fiscalizadas, los monitoreos se podían ejecutar sin la necesidad de llevar a cabo actuaciones de supervisión o procedimientos disuasivos, incluso, de carácter sancionador.

Ahora bien, de acuerdo con el “Procedimiento de Monitoreo” (P-PSU-01), el monitoreo puede ser: i) planificado, de acuerdo con la normativa o reglamento a evaluar para tomar conocimiento del desempeño de las entidades monitoreadas o, ii) reactivo, que se realizan al identificar potenciales incumplimientos normativos<sup>4</sup>. Como resultado del monitoreo se podrá<sup>5</sup>: 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, iii) recomendar el inicio de un proceso de supervisión.

Con relación a las Comunicaciones Preventivas, la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL (en adelante DFI)<sup>6</sup>, conforme a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento de Supervisión<sup>7</sup> y, ante potenciales incumplimientos, podrá comunicarlos a la entidad supervisada, a efectos que ésta adopte las acciones correspondientes para su corrección.

No obstante, pese a la vocación efectista y expeditiva que propugna la actual regulación de los monitoreos, lo cierto es que, de la experiencia en su ejecución, se ha advertido errores de comprensión de su alcance y fines por parte de las entidades monitoreadas,

<sup>3</sup> 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.

#### <sup>4</sup> 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.

#### <sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Antes Gerencia de Fiscalización y Supervisión.

<sup>7</sup> 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.



así como de la acciones que puede ejercer el OSIPTEL, llegando inclusive a desconocer que los monitoreos se ejecutan en el marco de la facultad supervisora del OSIPTEL, reconocida tanto en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante Ley Marco)<sup>8</sup> como en la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante LDFF)<sup>9</sup>.

Estos cuestionamientos muchas veces revestidos de una connotación “contenciosa”, han postergado no solo la conclusión expeditiva de los monitoreos, sino también la tutela que se buscaba a los bienes jurídicos a cargo del OSIPTEL. También se han cuestionado los requerimientos de información formulados por el OSIPTEL en el marco de los monitoreos, oponiéndose al alcance de estos<sup>10</sup> y desconociendo que su finalidad es obtener información para tomar conocimiento del desempeño de la entidad monitoreada, realizados válidamente en el ejercicio de la función supervisora del OSIPTEL y la falta de entrega de la información solicitada, así como los cuestionamientos a las atribuciones ejercidas por el OSIPTEL, impiden su ejercicio oportuno y expeditivo.

Cabe indicar que si bien las supervisiones son acciones independientes a los monitoreos por lo que cada una demanda plazos distintos, también es cierto que las acciones del OSIPTEL dirigidas al cumplimiento de sus funciones y a la tutela de los bienes jurídicos a su cargo deben evaluarse también, considerando el tiempo que transcurre entre que: i) el OSIPTEL toma conocimiento de aparentes conductas irregulares por parte de las empresas operadoras y, ii) concluye en la recomendación de inicio de acciones en su contra. En los casos que las supervisiones se han ejecutado como consecuencia de la recomendación otorgada en un monitoreo previo, se añade plazos adicionales que postergan las acciones que pudiera ejercer el OSIPTEL para alcanzar el objetivo previsto en el monitoreo.

Por ello, en aras fortalecer las acciones de fiscalización por parte del OSIPTEL, dotándolas de una mayor eficiencia, manteniendo el enfoque preventivo reconocido en

<sup>8</sup> Ley Marco

“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; (...).”

<sup>9</sup> LDFF

“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”.

<sup>10</sup> 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;
- Acceder de manera presencial o remota a las dependencias, equipos e instalaciones de operación, de gestión de red y plataformas, según corresponda;
- Realizar requerimientos de información relacionados al objeto del monitoreo.
- 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.



el propio Reglamento General de Supervisión, y el previsto en el TUO de la LPAG, se incluye la regulación de las fiscalizaciones preventivas.

Las fiscalizaciones preventivas son aquellas que, el órgano competente del OSIPTEL podrá disponer su ejecución para la verificación del cumplimiento de determinadas obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades fiscalizadas, con el objetivo de prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones, promover el cumplimiento oportuno de las obligaciones normativas, contractuales o técnicas a cargo de dichas entidades, así como a fin que ejecuten voluntariamente las acciones de corrección necesarias de detectarse algún incumplimiento.

El desarrollo de la fiscalización preventiva procurará ser expeditivo según el objeto de la misma, para lo cual el órgano competente del OSIPTEL podrá disponer el uso de las diversas modalidades y mecanismos de fiscalización vigentes en el Reglamento, tales como; los requerimientos de información, llamadas de prueba, levantamientos de información, conexiones remotas a los sistemas o bases de datos de las entidades fiscalizadas, entre otros, así como también ejercer todas las facultades que la LDFF y el citado reglamento le confieren.

Si como resultado de una fiscalización preventiva se advierte algún riesgo de incumplimiento o potenciales incumplimientos de la obligación fiscalizada, el órgano competente del OSIPTEL podrá emitir una alerta preventiva.

La alerta preventiva es una comunicación dirigida a la entidad fiscalizada en la cual se describan los hechos advertidos que configuran un riesgo o potencial riesgo de incumplimiento de la obligación fiscalizada y a su vez se le requiera información sobre las acciones que podría adoptar con la finalidad de evitar que se produzca dicho riesgo, mitigar sus efectos, incluido el plazo de ejecución de dichas acciones, esto en concordancia con el objetivo de prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones, así como de promover el cumplimiento oportuno de las obligaciones normativas.

Asimismo, en la alerta preventiva el OSIPTEL podrá detallar a la entidad fiscalizada, de considerarlo pertinente, las acciones que podrá adoptar a fin de mejorar su gestión y reducir los riesgos advertidos, esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 245.2 del TUO de la LPAG, que señala que 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.

En esta línea, cabe indicar que considerando el bien jurídico protegido y la finalidad de la alerta preventiva para que los administrados cumplan con remitir al OSIPTEL la información de las acciones que podrán adoptar ante los hechos detectados por el Regulador, y se cumpla el fin preventivo y de ejecución de acciones de corrección voluntarias, es que se prevé que su entrega deba ser obligatoria.

Asimismo, en aras de promover la respuesta a las Alertas Preventivas utilizando el llamado efecto reputacional, mediante la información a los usuarios y al público en general del comportamiento de las entidades fiscalizadas con relación al cumplimiento de sus obligaciones, el OSIPTEL publicará en su página web el registro actualizado de todas las alertas preventivas emitidas, incluyendo entre otros datos; la fecha en que se comunicó la alerta preventiva a la entidad fiscalizada y la indicación si la referida entidad cumplió con dar respuesta a la misma.



## 2.2. RESPECTO A LOS MECANISMOS Y HERRAMIENTAS APLICABLES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN FISCALIZADORA DEL OSIPTEL

El actual Reglamento contempla diversos mecanismos para la ejecución de las acciones de fiscalización, los cuales serán aplicables de acuerdo a la naturaleza de las conductas objeto de verificación y a las particularidades de cada bien jurídico protegido. En los últimos años, se ha venido privilegiando el empleo de la tecnología para ejecutar acciones de supervisión, por ejemplo, mediante el uso de correos electrónicos, habilitación de servidores o plataformas electrónicas para la entrega de información y, también a través del acceso y conexión remota a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades fiscalizadas, lo que permite acceder inclusive acceder a información en tiempo real.

El OSIPTEL 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 Óptica<sup>11</sup> y de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión de los tres bloques del espectro en la Banda de 698-806 MHz<sup>12</sup>, para la explotación de servicios móviles avanzados soportados en tecnologías 4G.

Al respecto, cabe indicar que mediante la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo 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 los servicios públicos de telecomunicaciones, en atención a las facultades establecidas en la LDFF. Cabe citar específicamente lo dispuesto en los artículos 12<sup>13</sup>, 13.2<sup>14</sup>, 15<sup>15</sup> y 16 de la citada ley. En el caso de las acciones de supervisión referidas a materias de calidad en

### <sup>11</sup> 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 OSIPTEL 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 OSIPTEL; sin perjuicio de las demás acciones de control y supervisión.

### <sup>12</sup> 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 OSIPTEL 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 OSIPTEL en un plazo no de sesenta (60) días hábiles antes de la Fecha de Inicio de Operaciones. El OSIPTEL pronunciará en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contabilizados fecha de su presentación.

### <sup>13</sup> 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.

### <sup>14</sup> 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.

### <sup>15</sup> 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. (...)"



la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, como se indicó en el Informe N° 206-GPRC/2018, *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.*

Ahora bien, no obstante, a la fecha existe base legislativa suficiente que reconoce competencias amplias a favor del OSIPTEL, de modo que pueda disponer la ejecución de implementación de mecanismos para la fiscalización a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades fiscalizadas o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales fines, lo cual brinda herramientas que garantizan la oportunidad y eficiencia de la ejecución de las actividades de fiscalización por parte del OSIPTEL, se considera necesaria su regulación a nivel reglamentario.

En ese sentido, la regulación en el Reglamento busca dotar de mayor seguridad jurídica a las entidades fiscalizadas, por el reconocimiento normativo para el uso de este nuevo mecanismo de fiscalización remota y el empleo de espacios de almacenamiento electrónico de información.

En cuanto a la conexión remota considerando la experiencia previa que tiene el Regulador, cabe señalar que si bien se cita como una de las herramientas a la Conexión Virtual (VPN) no se limita como único mecanismo de acceso. De igual modo, se considera que los sistemas y bases de datos de las entidades fiscalizadas son todos aquellos relacionados con la prestación de los servicios por parte de dichas entidades a sus usuarios, lo que incluye también a los diversos aplicativos implementados por estas.

Para dicho acceso a los servidores, aplicativos o bases de datos, el OSIPTEL podrá solicitar a las entidades fiscalizadas el otorgamiento de un usuario y contraseña. Es importante resaltar que el uso de este tipo de mecanismos de fiscalización mantiene el reconocimiento de los derechos de las entidades fiscalizadas reconocidos en el Reglamento y el TUO de la LPAG.

Dada las consideraciones técnicas que se requieren a efectos de implementar este mecanismo, la Gerencia General del OSIPTEL aprobará los instructivos técnicos necesarios.

### 2.3. RESPECTO A LA REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LA FISCALIZACIÓN

En el ejercicio de actividades de fiscalización 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 fiscalizadas, 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.

En este contexto y ya en el ámbito de la actividad de fiscalización, 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 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 fiscalizadoras 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.

Conforme a esta disposición, y sobre la base de las primeras pruebas recabadas con ocasión de la fiscalización ejercida sobre las actividades de una entidad fiscalizada y siempre, que éstas creen convicción, la autoridad administrativa podrá dictar medidas cautelares contra dicha entidad mediante resolución debidamente motivada.

Considerando que la lógica detrás de las medidas provisionales o cautelares es la salvaguarda de la eficacia de la decisión administrativa, justifica que a criterio de la autoridad fiscalizadora considerando las particularidades de cada caso, evalúe la extensión o duración de la misma y que, incluso, pueda ordenar que se levante cuando se considere necesario durante la tramitación del procedimiento.

No obstante, el actual Reglamento no recoge expresamente esta facultad a favor del OSIPTEL. Por tanto, se incorporan disposiciones que regulan de forma expresa la emisión de medidas cautelares durante la etapa de fiscalización.

Con ello se cumpliría adecuadamente y sin mayores retrasos la finalidad del Regulador de emitir medidas que le permitan asegurar el cumplimiento de obligaciones, la eficacia posterior de una decisión administrativa, el desarrollo de una investigación o la no producción de nuevas lesiones al interés público protegido.

## 2.4. DEFINICIONES CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DEL OSIPTEL

### Modificación de la definición de supervisor e inclusión de la definición de entidad fiscalizadora

En el ejercicio de actividades de fiscalización, es posible que las entidades recurran a terceros para la ejecución de algunas de ellas, considerando que, desde la modificación de la Ley N° 27444 mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se incorporó la figura de la tercerización<sup>16</sup> 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<sup>17</sup> del TUO de la LPAG.

Por tanto, la propuesta normativa plantea modificar la definición de supervisor e incluir la definición de entidad fiscalizadora en el Reglamento de modo que, se pueda utilizar la tercerización como una herramienta adicional que podría coadyuvar en la mejora de la eficacia y eficiencia en la ejecución de acciones de fiscalización. Es importante señalar que en caso el OSIPTEL recurra a terceros para la ejecución de actividades de fiscalización, el Regulador mantendría la competencia exclusiva de emitir actos administrativos que producirán efectos jurídicos sobre las entidades fiscalizadas.

Corresponderá al Consejo Directivo del OSIPTEL establecer los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades fiscalizadoras, además de aspectos relacionados con las materias fiscalizables, las garantías, los requisitos, las políticas de confidencialidad, al acceso a información

<sup>(16)</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.





sensible, al procedimiento para salvaguardar la información, a los periodos de conservación de la información obtenida, las condiciones que deberá cumplir la entidad supervisora para asegurar su experiencia, conocimiento y manejo profesional de la información, entre otros aspectos a efectos de tener una delimitación clara en las funciones, a fin de evitar contingencias relacionadas con el acceso a información sensible y/o la vulneración de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe indicar que el artículo 11 de la LDFE reconoce que terceros pueden acceder a la información e instalaciones de la empresa fiscalizada, pero para ello deberán estar acompañados de un funcionario autorizado.

### **Criterios para la determinación de muestras aplicables al ejercicio de la actividad de fiscalización**

El actual Reglamento 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.

De otro lado, dado que el nuevo ROF del OSIPTEL ha encargado a la DFI la realización de las labores de verificación del cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras con un fin preventivo y, considerando el Principio de Discrecionalidad contenido en el Reglamento vigente, por el cual está facultada para establecer sus planes de trabajo, lo que incluye el uso de muestras, corresponde a la DFI definir los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra, lo que no resta objetividad a las acciones de fiscalización que puedan realizarse.

Cabe indicar que, a la fecha la DFI ya ha venido haciendo uso de muestras para ejecutar acciones de supervisión, por ejemplo, en el marco de las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Calidad del OSIPTEL, aprobado mediante la Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias (en adelante el Reglamento de Calidad).

### **Definición de Compromiso de Mejora**

El Reglamento de Calidad contiene en su artículo 13 la definición del Compromiso de Mejora, el cual 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). Como se señala en la Exposición de Motivos del citado reglamento, la finalidad del Compromiso de Mejora es el cumplimiento del indicador de calidad. Su ejecución no podrá exceder del siguiente periodo de evaluación y el incumplimiento del compromiso de mejora constituye infracción.

De la experiencia recogida desde el año 2015 al 2020, se ha evidenciado hasta un 79% de efectividad en la implementación de los Compromisos de Mejora al 2019, en zonas con población de casi seis (6) millones en total. Es decir, que la efectividad en el uso de esta figura es alta y está orientada al cumplimiento de la obligación antes que la aplicación de una sanción.

Por ello, la propuesta normativa plantea incluir a la figura del Compromiso de Mejora, en el Reglamento, a fin que se propicie su aplicación en otros cuerpos normativos objeto de fiscalización por el OSIPTEL, considerando las evidencias de su efectividad y su expresa orientación al cumplimiento de las obligaciones, antes de la aplicación de sanciones. Las circunstancias de habilitación de la solicitud de compromiso de mejora, las condiciones para su presentación, así como las consecuencias de su



incumplimiento, deberán desarrollarse en cada reglamento específico que regula la obligación.

### 3. ANÁLISIS COSTO – BENEFICIO

Las modificaciones propuestas tienen por objeto fortalecer y optimizar las acciones de fiscalización y conciliar las normas que la rigen con aquellas contempladas en el TUO de la LPAG, de modo tal que tanto los usuarios, las empresas operadoras, así como los órganos del OSIPTEL tengan claridad respecto de los alcances e implicancias de las citadas normas, lo cual redundará en beneficio de la prestación eficiente del servicio en aras de la satisfacción de los usuarios.

En efecto, la posibilidad de incluir la regulación de las fiscalizaciones con fines preventivos, precisando las reglas para su desarrollo, así como las facultades que el OSIPTEL puede ejercer, permitirá contar con una herramienta que permitirá advertir de un modo más expeditivo posibles incumplimientos de determinadas obligaciones, así como, informar los mismos a las entidades fiscalizadas, procurando que adopten medidas para su prevención.

Asimismo, la habilitación de nuevos mecanismos aplicables a la fiscalización que privilegien el uso de las tecnologías, permitirá un acceso inmediato o en tiempo real al Regulador de la información necesaria para la verificación del cumplimiento de obligaciones, facilitando la advertencia oportuna de riesgos o la comisión de incumplimientos que le facultan a requerir expeditivamente su corrección a la entidad fiscalizada. De igual modo, reduce los costos asociados al proceso de fiscalización, tanto para la administración como para las entidades fiscalizadas, en el acceso a sus sistemas o bases de datos, así como para la entrega de información a la que están obligadas dichas entidades.

Por otra parte, la inclusión de las medidas cautelares en la etapa de fiscalización, permiten al OSIPTEL actuar de forma oportuna para asegurar el cumplimiento y/o eficacia de sus futuras resoluciones y a fin de evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable.

Finalmente, la inclusión de la herramienta de la tercerización para la ejecución de actividades de fiscalización, la determinación que sea la DFI quien apruebe y defina los criterios para la utilización de muestras, así como, la inclusión de la figura de los Compromisos de Mejora para su ampliación a otra normativa de competencia del OSIPTEL, a fin que se exijan acciones destinadas al cumplimiento de las obligaciones y no a la aplicación de sanciones, servirán para coadyuvar al fortalecimiento de las acciones de fiscalización que corresponde ejecutar al OSIPTEL y cuya eficiencia redunde en beneficio de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones que demandan servicios y atención de calidad.

