

**ANEXO I
MATRIZ DE COMENTARIOS**

Comentarios al “PROYECTO DE NORMA QUE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE SUPERVISIÓN” (Resolución de Consejo Directivo N° 0096-2021-CD/OSIPTEL)
--

Se han presentado comentarios al referido Proyecto, mediante las siguientes comunicaciones:

- Comunicación S/N, remitida por la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional - AFIN (en adelante, AFIN) con fecha 5 de julio de 2021 (SISDOC 13269-2021/SSB01).
- Carta N° DMR/CE/N° 1539/21 remitida por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMERICA MÓVIL) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13243-2021/SSB01).
- Carta N° CGR-1741/2021 remitida por la empresa Entel Perú S.A. (en adelante, ENTEL) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13259- 2021/SSB01).
- Carta N° CGR-1825/2021 remitida por la empresa Entel Perú S.A. (en adelante, ENTEL) con fecha 12 de julio de 2021 (SISDOC 14052- 2021/SSB01).
- Carta N° GL-241-2021 remitida por la empresa Gilat To Home Perú S.A. (en adelante, GILAT) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13257- 2021/SSB01).
- Carta S/N remitida por la empresa Hughes de Perú S.R.L. (en adelante, HUGHES) con fecha 12 de julio de 2021 (SISDOC 13992- 2021/SSB01).
- Carta S/N remitida por la empresa Hughes de Perú S.R.L. (en adelante, HUGHES) con fecha 19 de julio de 2021 (SISDOC 14607- 2021/SSB01).
- Carta S/N remitida por la empresa Internexa Perú S.A. (en adelante, INTERNEXA) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13237- 2021/SSB01).
- Comunicación S/N remitida por la empresa Luz del Sur S.A.A. (en adelante, LUZ DEL SUR) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13186- 2021/SSB01).
- Carta N° TDP-2144-AG-GER-21 remitida por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFONICA) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13260-2021/SSB01).
- Carta N° TDP-2388-AG-GER-21 remitida por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFONICA) con fecha 27 de julio de 2021 (SISDOC 14813-2021/SSB01).
- Carta N° 0566-2021/DL remitida por la empresa Viettel Perú S.A.C. (en adelante, BITEL) con fecha 2 de julio de 2021 (SISDOC 13258- 2021/SSB01).
- Carta S/N remitida por la empresa Wi-Net Telecom Perú S.A.C. (en adelante, WINNET) con fecha 13 de julio de 2021 (SISDOC 14035- 2021/SSB01).

I. TEXTO NORMATIVO	
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS	VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
Artículo Primero. - Sustituir la denominación del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, con el siguiente texto: <p style="text-align: center;">“Reglamento General de Fiscalización”</p>	Artículo Primero. - Sustituir la denominación del Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, con el siguiente texto: <p style="text-align: center;">“Reglamento General de Fiscalización”</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS	
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS	POSICIÓN DEL OSIPTEL

<p style="text-align: center;">AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>La Exposición de Motivos del Proyecto de Norma señala que el Reglamento General de Supervisión no ha sido objeto de reformas, pese a las modificaciones introducidas en el año 2016 al Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (la "LPAG"), con el Decreto Legislativo N° 1272 y la introducción de un capítulo dedicado a la actividad de fiscalización.</p> <p>La Exposición de Motivos agrega que mediante la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 03 de Diciembre de 2018, el Consejo Directivo dispuso fortalecer la función supervisora del OSIPTEL, 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 como para el regulador como para la entidad supervisada.</p> <p>A partir de ello, el OSIPTEL sustenta la necesidad de modificar el Reglamento General de Supervisión en que existirían algunos extremos que requerirían de precisión y desarrollo, de modo que se fortalezca y efectivice la función de supervisión atribuida al OSIPTEL, garantizando, según indica, el debido procedimiento y la seguridad jurídica de las entidades supervisadas.</p> <p>No obstante, el OSIPTEL no puede utilizar la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL para desnaturalizar las necesarias modificaciones que la reforma de la LPAG introdujo al punto de incorporar obligaciones en el Reglamento General de Supervisión que no están relacionadas con la mejora correctiva impulsada por el Decreto Legislativo N° 1272 sino que suponen incorporar (i) disposiciones que refuerzan el carácter punitivo de sus actuaciones y (ii) generar sistemas de intervención en las operaciones diarias de los operadores que varían totalmente la estructura actual de supervisión.</p> <p>En otras palabras, la sola aprobación de la Resolución de Consejo Directivo N° 255-2018-CD/OSIPTEL no podría justificar una modificación del Reglamento General de Supervisión en la magnitud de los cambios propuestos.</p> <p>Por ello, no es necesario llevar a cabo modificaciones estructurales que eliminen los lineamientos o debilite los cimientos que inspiraron la aprobación del vigente Reglamento General de Supervisión, el cual, conforme ha sido expresado por el propio regulador en innumerables oportunidades, contiene disposiciones orientadas a racionalizar la actividad sancionadora del OSIPTEL, encausando sus actuaciones con sujeción al Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.</p> <p>Un claro ejemplo de ello lo constituye el artículo bajo comentario, el cual sustituye la denominación del Reglamento General de Supervisión, aprobado</p>	<p>Con relación a lo mencionado por la empresa operadora, cabe indicar que el objetivo de las reformas propuestas en el proyecto normativo, según lo señalado en la Exposición de Motivos, es el de fortalecer y efectivizar la función de supervisión atribuida al OSIPTEL, garantizando el debido procedimiento y la seguridad jurídica de las entidades fiscalizadas.</p> <p>En cuanto a la supuesta connotación o ánimo punitivo de la propuesta, debido a que la actividad de fiscalización está considerada en el ordenamiento peruano como una actividad intrínsecamente vinculada a la sanción y, preludio de un procedimiento administrativo sancionador, y que el uso del término "fiscalización" puede generar que los propios supervisores del OSIPTEL asuman una connotación negativa del término y supervisen con pretensiones de sancionar, no de prevenir, cabe indicar que contrariamente a lo que se sugiere, el empleo del término "fiscalización" en reemplazo del término "supervisión", no manifiesta ningún ánimo punitivo en desmedro de la finalidad preventiva.</p> <p>Para empezar, en términos jurídicos, no existe diferencia alguna entre las funciones de supervisión, fiscalización o inspección. Se consideran lo mismo y 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. El uso indistinto de los términos "fiscalización", "supervisión", "inspección" y otros se refleja, incluso, a nivel de la Constitución de 1993 y con mayor detalle en el mismo Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG), el cual señala en su artículo 239 lo siguiente:</p> <p style="text-align: center;"><i>"Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización</i></p> <p><i>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 (...)</i></p> <p><i>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)".</i></p>
---	---	---

<p>mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, con el texto: “Reglamento General de Fiscalización”.</p> <p>No entendemos cómo el OSIPTEL alega que solo “algunos extremos del Reglamento General de Supervisión requieren de precisión y desarrollo”, si desde el punto de partida comienza por modificar la denominación de la norma, situación que, conforme acreditaremos a continuación, contiene una finalidad oculta tendiente a implementar un sistema de verificación de las actividades de las empresas operadoras orientado única y exclusivamente a consecuencias punitivas.</p> <p>La acción de supervisar suele implicar la inspección superior en trabajos realizados por otros; no obstante, la fiscalización consiste en vigilar con ánimo crítico. Es decir, cuando hablamos de una supervisión, nos referimos a la verificación de una actividad, sin sesgos de ningún tipo ni ánimos críticos, simplemente limitándose a examinar atentamente las actividades realizadas por otros. Distintos alcances poseen, sin embargo, el término fiscalización, el cual contiene un ánimo crítico intrínseco y que deviene en una acción con una connotación meramente punitiva, al oponer la orientación y perfeccionamiento de una función supervisora, frente a la vigilancia y fiscalización.</p> <p>Más aún, fuera de los significados propios de los términos, el concepto de fiscalización ha sido diferenciado del término supervisión en el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores. Para esta norma la función de supervisión de los regulador es entendida específicamente como “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”, mientras que la función de fiscalización (considerada como parte de la función sancionadora) se considera como la actividad que “comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión”.</p> <p>En otras palabras, la norma base que regula las actividades del OSIPTEL distingue específicamente los términos de supervisión y fiscalización, otorgando a esta última una connotación netamente perteneciente al campo de la función o actividad sancionadora.</p> <p>De este modo, aunque la intención del regulador pueda ser distinta, lo cierto es que al día de hoy bajo el sistema legal peruano la actividad de fiscalización se considera como una actividad intrínsecamente vinculada a la sanción y, de hecho, como un preludio de un procedimiento administrativo sancionador.</p>	<p>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 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.</p> <p>Por tanto, el empleo del término “fiscalización” en reemplazo del término “supervisión” no es ni involucra <i>per se</i> un cambio en las intenciones del OSIPTEL ni transforma a dichas actuaciones en labores punitivas, ni mucho menos las condiciona a estar más inclinadas a concluir en recomendaciones de sanción.</p> <p>Lo anterior, incluso, guarda relación con lo dispuesto en la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 160-2020-PCM (en adelante ROF del OSIPTEL), respecto a las funciones que cumple la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante DFI):</p> <p style="text-align: center;">“Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción</p> <p><i>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.”</i> (Resaltado agregado)</p> <p>El nuevo ROF del OSIPTEL ha encargado a la Dirección de Fiscalización e Instrucción la realización de las labores que ella misma alude con términos como el de “supervisar” y, en todos los casos, con un fin preventivo que no se descuida por el hecho de cambiar de denominación.</p>
---	---

<p>Como hemos indicado, las actividades de un supervisor del OSIPTEL deberían estar dirigidas a supervisar, mas no a fiscalizar, pues lo contrario implicaría que estos inicien sus actividades de vigilancia y verificación de las actividades de las empresas operadoras, con un ánimo crítico -y por ende punitivo-, es decir, con un sesgo negativo de antemano.</p> <p>Evidentemente, esta situación conllevaría a que los supervisores tengan una predisposición negativa de las obligaciones a verificar, y con ello una connotación punitiva respecto a los resultados de sus verificaciones.</p> <p>Cabe precisar que todo lo señalado ha sido expresamente reconocido por la Exposición de Motivos del Decreto Supremo N° 045-2017-PCM, que modificó el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, el mismo que dispuso, entre otros, modificar la denominación de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (GFS), por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF). En efecto, a través de la mencionada Exposición de Motivos, el OSIPTEL reconoció que la referida gerencia debe primero supervisar y luego fiscalizar. En dicha oportunidad precisó, además, que la entonces Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano de línea encargado de prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones, supervisar y promover el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras; incidiendo en el hecho de que la modificación en la organización de la referida gerencia, se sustentaba en la necesidad de contar con una estructura que garantice la efectividad de las labores de supervisión en beneficio de todos los actores del mercado, así como manejar la capacidad de reacción y respuesta con relación a las materias a supervisar y los mecanismos para su consecución.</p> <p>Resulta evidente entonces que el propio OSIPTEL alegaba privilegiar un ánimo preventivo antes que punitivo al momento de llevar a cabo las acciones de supervisión en el sector de las telecomunicaciones, situación que sorpresivamente cambia con las modificaciones propuestas en el Proyecto.</p> <p>Por otra parte, aunque bajo la reciente modificación de la denominación de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) por la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI), podríamos encontrar un cambio de denominación con una aparente carga punitiva, el Artículo 45° del Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, que aprueba la Sección Primera del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, despeja toda duda respecto del posible ánimo punitivo de las actividades de supervisión, estableciendo expresamente el enfoque de prevención que debe regir la promoción y supervisión del cumplimiento de las obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras. Dicho enfoque es incompatible con las modificaciones que se pretenden introducir en el Proyecto.</p>	<p>Esta labor preventiva se encuentra en línea con reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que enfatiza la vocación preventiva antes que punitiva de los regímenes de fiscalización y sanción:</p> <p><i>“8. En efecto, no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador. (STC Exp. 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados))”</i></p> <p>Por tanto, carece de sustento alguno cuestionar que el cambio de denominación supone un viraje punitivo y desligado de la prevención por parte del regulador.</p> <p>Ahora bien, es correcto indicar que la Ley N° 27332, promulgada muchos años antes de las reformas introducidas por el Decreto Legislativo N° 1272 en materia de fiscalización administrativa, emplea confusamente los términos de “supervisión” y “fiscalización”. Este último término, incluso, es aludido juntamente con la función sancionadora a cargo de los organismos reguladores, lo que parece hacerla parte de ella:</p> <p>“Artículo 3.- Funciones 3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones: (...) d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los concesionarios en los respectivos contratos de concesión; (Énfasis agregado)”</p> <p>No obstante, dejando de lado ello, lo cierto es que, a partir del Decreto Legislativo N° 1272, la actividad de fiscalización (supervisión o inspección) involucra el ejercicio de un poder distinto al sancionador y esa diferenciación se ha enfatizado en el TUO de la LPAG. Por tanto, no existe razón o impedimento legal para que, al igual como lo ha hecho la Sección</p>
---	--

	<p>En ese sentido, consideramos que la propuesta de modificación del Reglamento General de Supervisión por “Reglamento General de Fiscalización”, deviene en innecesaria pues estaría trasladando un comunicado totalmente errado a los administrados, esto es, que la administración estaría priorizando un análisis de índole punitivo con relación a las supervisiones efectuadas por el regulador, cuando de acuerdo a los alcances de la LPAG, corresponde priorizar un enfoque preventivo de las referidas supervisiones.</p> <p>De aprobarse el referido cambio de denominación, se correría el riesgo de que los propios supervisores del OSIPTEL asuman una connotación negativa del término “fiscalización”, lo cual podría vulnerar los derechos de los administrados (en este caso las empresas operadoras) en la medida que los límites de la discrecionalidad administrativa y la presunción de licitud podrían verse difuminados, alejándose de los principios que deben primar bajo la actual perspectiva de la Regulación Responsiva recomendada por la OCDE.</p> <p>Por otro lado, el regulador debe tomar en cuenta que cualquier adaptación del Reglamento General de Supervisión a las modificaciones introducidas a través del Decreto Legislativo N° 1272 debe comprender necesariamente la inclusión en el texto sectorial de todos los derechos y garantías reconocidas a los administrados a través de esta última norma como parte del capítulo correspondiente a la actividad administrativa de fiscalización (Arts. 239 y ss.). Estos derechos incluyen:</p> <p>“Artículo 242.- Derechos de los administrados fiscalizados</p> <p>Son derechos de los administrados fiscalizados: 1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación. 2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización. 3. Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen. 4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes. 5. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización. 6. Llevar asesoría profesional a las diligencias si el administrado lo considera”.</p> <p>Nada de lo anterior ha sido recogido en el Proyecto y por tanto dicha situación constituye otra variable más que afecta y desnaturaliza los propósitos de mejora buscados con esta modificación normativa.</p>	<p>Primera del ROF del OSIPTEL, también se recoja y delimite lo que involucra el ejercicio de potestades sancionadoras de aquellas que involucran actividades de fiscalización. Más allá de la denominación que se le brinde, lo que deberá procurarse es que, cuando se cumplan labores de fiscalización, los órganos de OSIPTEL observen las reglas que el actual reglamento (o “Reglamento General de Fiscalización”, como propone el proyecto normativo) les exige.</p> <p>Por tanto, el empleo del término “fiscalización” no afecta el carácter preventivo de la labor supervisora del OSIPTEL y no supone una carga más punitiva en desmedro de las entidades fiscalizadas, ni mucho menos se considera incompatible con las modificaciones que se plantean en el proyecto.</p> <p>Es así que, según se desprende de la definición de la actividad de fiscalización, dado que esta puede comprender una serie de actos y diligencias, que entre otras, incluye a la actividad de supervisión, se considera pertinente y acorde a lo indicado en el TUO de la LPAG, el cambio propuesto del término supervisión a fiscalización, a fin de adecuar la denominación y alcances de la función supervisora atribuida en el artículo 3 de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, a la potestad fiscalizadora desarrollada en el TUO de la LPAG.</p> <p>De otro lado, cabe indicar que no existe base normativa alguna para indicar que el solo hecho de que el actual reglamento (en adelante el RGS) pase a denominarse “Reglamento General de Fiscalización” condicione al personal supervisor o fiscalizador a recomendar el inicio de procedimientos sancionadores. Lo afirmado pertenece al ámbito especulativo y no jurídico. Por ello, en caso las entidades fiscalizadas consideren que sus derechos se ven afectados durante una fiscalización, cuentan con las garantías que la legislación les reconoce para cuestionarla en cada caso. Para ello, el Decreto Legislativo N° 1272 ha incluido en el TUO de la LPAG un conjunto de derechos y garantías reconocidos a los administrados fiscalizados, los cuales no es necesario recoger textualmente en el RGS nuevamente, pues ya resultan aplicables por el carácter común que el numeral 239.2 del TUO de la LPAG atribuye a las disposiciones de este cuerpo normativo frente a las demás normas especiales, como el caso del actual reglamento.</p>
--	---	---

		<p>Al respecto, cabe citar a Morón, J.C. (2020)¹ que señala, “la fiscalización no deja de tener una finalidad correctora ante los incumplimientos ya consumados al momento de verificar, por lo que activa diversos mecanismos de reacción previstos en la normativa ante esas situaciones. En el caso peruano, esas reacciones pueden ser la recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado, la advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas, la recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan, la adopción de medidas correctivas, entre otras. Sin embargo, esta finalidad correctora no es la única, ni tampoco es sinónimo de una actividad represiva o punitiva. La administración no fiscaliza para sancionar; la fiscalización no deja de ser eficiente si no detecta incumplimientos que castigar.” (Resaltado agregado)</p> <p>Es así que no se debe desconocer la finalidad correctora que se le atribuye a la actividad de fiscalización, sin que la misma implique un ánimo punitivo o actividad represiva por parte de la administración.</p> <p>En efecto se reitera que el ejercicio de la potestad de fiscalización, no tiene una finalidad punitiva, no obstante, permite identificar conductas ilícitas lo que luego podría generar que se inicien procedimientos administrativos de sanción, su rol no se agota ni se circunscribe solo a ello, dado que la administración puede en el marco de una fiscalización dictar medidas correctivas, cuya naturaleza no es sancionadora.</p> <p>En efecto, esto se evidencia en lo señalado en el artículo 243 del TUO de la LPAG, que recoge los escenarios de conclusión de la actividad de fiscalización, entre los que no solamente están la “recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas, sino también la “adopción de medidas correctivas”, siendo ambos excluyentes.</p> <p>Considerando todo ello y, a fin de promover una Regulación Responsiva recomendada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante OCDE), el proyecto incorpora la posibilidad de ejecutar la actividad de fiscalización con fines preventivos, la misma que</p>
--	--	---

¹ Morón, J.C. (2020). “La regulación común de la actividad administrativa de fiscalización en el derecho peruano”. En Revista Derecho y Sociedad. Volumen 1 Número 54, p. 17-43.

		<p>puede concluir con recomendaciones de mejora o correcciones por parte de los administrados. Asimismo, resulta importante señalar que se han considerado 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”², que se basa en los Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones³, especialmente los principios de Cumplimiento basado en evidencia, Regulación responsiva, Promoción del cumplimiento e Integración de la información.</p>
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Respecto al cambio en la denominación del término Supervisión por Fiscalización, su Despacho debe considerar que la fiscalización ha sido reconocida en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N°004-2019-JUS (en adelante, LPAG):</p> <p>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. (...) 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.”</p> <p>Su Despacho señala que se encuentra modificando la nomenclatura de la función en atención al texto de la LPAG; sin embargo, debe analizarse que el artículo 2° de la Ley 27336 reconoce a esta actividad con el nombre de Supervisión, esto debe ser observado por su Despacho a fin de alinear la terminología en el sector.</p>	<p>Con relación al comentario sobre el cambio del término fiscalización, considerar lo indicado previamente.</p>
<p>I. TEXTO NORMATIVO</p>		

² 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>.

³ OECD (2014), Regulatory Enforcement and Inspections, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264208117->.

ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
<p>Artículo Segundo. - Sustituir en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, la denominación “supervisión” por “fiscalización”. Asimismo, disponer que todo término vinculado a la denominación “supervisión” deberá entenderse vinculado a la denominación “fiscalización”.</p>		<p>Artículo Segundo. - Sustituir en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, la denominación “supervisión” por “fiscalización”. Asimismo, disponer que todo término vinculado a la denominación “supervisión” deberá entenderse vinculado a la denominación “fiscalización”.</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>El artículo bajo comentario dispone sustituir en el Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, la denominación “supervisión” por “fiscalización”. Asimismo, dispone que todo término vinculado a la denominación “supervisión” deberá entenderse vinculado a la denominación “fiscalización”.</p> <p>Nos permitimos señalar que los comentarios desarrollados en el apartado anterior, resultan perfectamente aplicables al presente extremo, por lo que nos remitimos en su integridad a los mismos.</p> <p>Sin perjuicio de ello, consideramos importante reiterar que con esta propuesta de modificación normativa se está priorizando un enfoque estrictamente punitivo que conllevará a que los supervisores del OSIPTEL inicien sus acciones de verificación de las actividades de las empresas operadoras, con un sesgo negativo e innecesario, a consecuencia del ánimo crítico intrínseco que conlleva una actividad de fiscalización.</p> <p>En efecto, desterrar de plano todo término referido a la supervisión, priorizando el término fiscalización resulta completamente arbitrario, pues evidencia una política punitiva enmascarada en las acciones de los supervisores del OSIPTEL. Esto no es más que un claro ejemplo del evidente alejamiento de los preceptos de Regulación Responsiva contenidos en la Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones. En efecto, la referida Guía establece como principal criterio de Regulación Responsiva que, “[e]l hacer cumplir las normas debe basarse en principios de “regulación responsiva”; es decir, las acciones de promoción del cumplimiento e inspecciones deben ser adecuadas al perfil y al comportamiento de los sujetos regulados.”</p> <p>Según menciona la Guía de la OCDE, “[l]as inspecciones regulatorias deben ser claramente distinguibles de las tareas de promoción del cumplimiento de las normas en sentido penal...” Ello encuentra su correlato al optarse por aquellas labores de supervisión, frente a las actividades de fiscalización, en tanto que estas últimas, como hemos visto, tienen una</p>	<p>Con relación al comentario sobre el cambio del término fiscalización, considerar lo indicado en la posición del OSIPTEL sobre los comentarios al Artículo Primero.</p>

	<p>connotación negativa intrínseca, y por ende un enfoque estrictamente punitivo.</p> <p>En ese sentido, la Guía de la OCDE refuerza su posición de preferir actividades de supervisión y prevención, antes de actividades de fiscalización y punición, al manifestar que “Se puede cumplir con este criterio de varias maneras, pero para ello fundamentalmente se requiere que el objetivo de las entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir las normas sea la maximización de los niveles de cumplimiento, y no una sistemática detección y castigo de cada incumplimiento. Por tanto, se requiere que la legislación les otorgue a dichas entidades una discrecionalidad adecuada para manejar distintas situaciones de distintas maneras, incluyendo no sancionar ciertos incumplimientos si se considera que estos plantean un riesgo muy bajo y pueden ser manejadas sin una promoción del cumplimiento formal.”</p> <p>En atención a ello, consideramos que las modificaciones propuestas deben acercarse más a los criterios de Regulación Responsiva contenidos en la Guía de la OCDE, en lugar de optar por sustituir términos que tienen una connotación de índole sancionadora.</p> <p>Por ello, bajo nuestra apreciación, la modificación propuesta, cuyo enfoque resulta meramente punitivo, resulta incorrecta y contraproducente con los objetivos de desarrollo del sector, además de afectar gravemente la predictibilidad y seguridad jurídica de los actores del mercado, pues conforme hemos señalado precedentemente, el propio regulador reconoció en diversas oportunidades que el vigente Reglamento General de Supervisión contiene disposiciones orientadas a racionalizar la actividad sancionadora del OSIPTEL, encausando sus actuaciones con sujeción al Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.</p> <p>En tal sentido, solicitamos no aprobar los cambios propuestos en el Proyecto.</p>	
TELEFONICA DEL PERÚ S.A.A.	Nos remitimos a nuestros comentarios al artículo 1.	Con relación al comentario considerar lo indicado en la posición del OSIPTEL sobre los comentarios al Artículo Primero.
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
“Artículo 2.- Definiciones Para efectos del presente Reglamento, entiéndase por: (...)		“Artículo 2.- Definiciones Para efectos del presente Reglamento, entiéndase por: (...) d) Supervisor: Personal del OSIPTEL o de una Entidad Fiscalizadora, debidamente autorizado y acreditado por el OSIPTEL para realizar, en

<p>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.”</p>	<p>nombre de éste, acciones de fiscalización en ejercicio de la facultad fiscalizadora que lo asiste. (...) f) Entidad Fiscalizadora. - A toda persona jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización.”</p>
<p>II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS</p>	
<p>NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS</p>	<p>POSICIÓN DEL OSIPTEL</p>
<p>AFIN</p>	<p>Se incorpora no solo a personal de OSIPTEL sino a terceros para ejerzan el rol de supervisores. Esta modificación permitiría que terceros autorizados por OSIPTEL puedan acceder a información de las empresas operadoras en ejercicio de la facultad supervisora de OSIPTEL. Esta situación pone en alto riesgo información sensible del abonado titular del servicio y de la empresa operadora.</p> <p>La figura de la tercerización prevista el artículo 59° del TUO de la LPAG⁴ se incorporó con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las funciones de las entidades con la participación de terceros, de modo que se realicen de modo rápido y eficiente.</p> <p>El proyecto recoge a nivel del Reglamento de Fiscalización esta figura jurídica establecida en la LPAG, queda a posteriori que el regulador establezca las políticas de confidencialidad, al acceso a información sensible, al procedimiento para salvaguardar la información, los periodos de conservación de la información obtenida o las condiciones que deberá cumplir la entidad fiscalizadora, entre otros aspectos a efectos de tener una delimitación clara en sus actividades. Con ello no se afectaría los derechos sobre la confidencialidad de la información según la normativa vigente.</p> <p>Es así que se contempla que mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades supervisoras, además de aspectos relacionados con las materias fiscalizables, las garantías, los requisitos, las políticas de confidencialidad, al acceso a información sensible, al procedimiento para salvaguardar la información, a los periodos de conservación de la información obtenida, las condiciones que deberá cumplir la entidad fiscalizadora para asegurar su experiencia, conocimiento y manejo profesional de la información, como también para señalar en qué casos no se optará por entidades fiscalizadoras, sino solo funcionarios del OSIPTEL, entre otros aspectos a efectos de tener una delimitación clara en las funciones. De este modo se eliminarán las</p>

⁴ **Artículo 59.- 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. Mediante Decreto Supremo refrendado por la Presidencia del Consejo de Ministros se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación de esta modalidad (Texto modificado según el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1452).

		<p>contingencias relacionadas con el acceso a esta información la vulneración de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones o de afectación a las empresas operadoras.</p> <p>Sin perjuicio de ello, es importante señalar que aún con la realización de actividades de modo tercerizado, el regulador mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos o cualquier resolución, toda vez que éstos producirán efectos jurídicos sobre los administrados.</p>
<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>El Artículo Tercero del Proyecto dispone modificar el literal d) del Artículo 2° del Reglamento General de Supervisión aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL, en los siguientes términos:</p> <p>“d) Supervisor: Personal del OSIPTEL o de una Empresa 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.”</p> <p>El Proyecto reconoce expresamente que el OSIPTEL puede delegar (o más específicamente “tercerizar”) parte de su función supervisora, de modo tal que la labor de verificación del cumplimiento de las normas pase a ser efectuada también por personas naturales pertenecientes a empresas supervisoras privadas.</p> <p>Consideramos que dicha propuesta no contribuye a mantener un clima de predictibilidad en el accionar del regulador, pues la labor del organismo regulador de mantener el equilibrio en la relación tripartita del sector (concesionarias, Estado y usuarios) requiere de un alto grado de capacitación técnica y especialización que no debe ser dejada de lado sobre la base de una alegada “... rapidez y eficiencia en la ejecución de dicha función”³. Esta propuesta resulta contradictoria con la constante inversión en especialización y capacitación del personal profesional y técnico del regulador, puesto que sólo requerirá ceñirse a recibir informes de terceros ajenos a la institución.</p> <p>En efecto, nuestra experiencia como empresa operadora con varios años en el mercado peruano nos ha mostrado que los supervisores privados no poseen la misma formación y conocimiento técnico-jurídico que los funcionarios públicos del OSIPTEL. De hecho, es por esta razón que el artículo 11° del Reglamento de Supervisión prevé que en la actualidad los supervisores privados –quienes no forman parte de empresas supervisoras– puedan desempeñar sus funciones “contando con la participación, colaboración y asistencia de personal del OSIPTEL, especialistas y/o personal instruido en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión”.</p>	<p>Con relación al comentario que los supervisores privados no poseen la misma formación y conocimiento técnico-jurídico que los funcionarios públicos del OSIPTEL y que, tercerizar actividades, requiere un alto grado de capacitación técnica y especialización que no debe ser dejada de lado, cabe indicar que según se propone en la Cuarta Disposición del proyecto, mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán 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. Asimismo, como parte del procedimiento de contratación se tomarán en consideración criterios como experiencia y especialización técnica.</p> <p>Sin perjuicio de ello, es importante señalar que aún con la realización de actividades de modo tercerizado, el regulador mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos o cualquier resolución, toda vez que éstos producirán efectos jurídicos sobre los administrados. En tal virtud, se plantea una nueva definición de supervisor que habilite este modo de llevarlas a cabo.</p> <p>En cuanto a que el OSIPTEL, carece de una habilitación legal expresa que le permita tercerizar las acciones de supervisión, cabe indicar que la propuesta se sustenta en lo dispuesto en el artículo 59 del TUO de la LPAG, el cual señala lo siguiente:</p> <p>“Artículo 59.- Tercerización de actividades</p> <p><i>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</i></p>

<p>Debido a ello consideramos inadecuado que las funciones de supervisión sean delegadas a empresas que difícilmente contarán con personal preparado para afrontar las labores de supervisión con eficacia y respeto a diversos principios generales como la legalidad, imparcialidad, ejercicio legítimo del poder, seguridad jurídica, entre otros relevantes en todo Estado de Derecho.</p> <p>No podemos dejar de mencionar que organismos como OSINERGMIN, OSITRAN o SUNASS cuentan con normas de rango legal o reglamentos generales que expresamente autorizan la tercerización de la función de supervisión. OSIPTEL, sin embargo, carece de una habilitación legal expresa que le permita delegar esta importante función. Dicho aspecto constituye un impedimento que de por sí hace ilegal este extremo del Proyecto.</p> <p>La ilegalidad e inconveniencia práctica que hemos descrito podría agravarse no solo por las particularidades y complejidad del sector de telecomunicaciones sino también por los siguientes factores:</p> <p>Para el ejercicio de su función supervisora, los funcionarios del OSIPTEL acceden a información confidencial protegida constitucionalmente por el deber de protección de datos y secreto de las telecomunicaciones⁴. Ello ha sido expresamente reconocido por la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Norma al señalar: “(...) 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”.</p> <p>De ello se desprende que dicha información puede comprender, entre otros, datos personales de todos los clientes de los servicios públicos de telecomunicaciones, como dirección, consumos mensuales, detalle de llamadas realizadas, entre otros. El acceso a esta información por parte de terceros puede involucrar un grave riesgo para los derechos de los usuarios de telecomunicaciones y para la seguridad nacional porque puede ser utilizada para la comisión de ilícitos, como suplantación de identidades, secuestros o extorsiones. Inclusive, no puede perderse de vista que las acciones de fiscalización que lleva a cabo el OSIPTEL no resultan equivalentes a las labores de supervisión que realizan otros organismos y que son encargados a terceros, como puede ser SUNASS, OSINERGMIN y OSITRAN, dado que en dichos supuestos no está en juego el acceso a</p>	<p><i>de Ministros se establecen las disposiciones necesarias para la aplicación de esta modalidad.”</i></p> <p>En este sentido, cabe indicar que la habilitación legal contemplada en el TUO de la LPAG abarca a todas las actividades vinculadas a los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad, distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución, salvo disposición distinta de la Ley. En esa línea, no es necesario que la mencionada habilitación legal señale de manera expresa que la tercerización se encuentra referida a las acciones de fiscalización, pues su referencia se encuentra implícita en la norma legal.</p> <p>Sobre ello, conviene precisar que Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de la Funciones y Facultades del OSIPTEL, no establece exclusividad para desarrollo de la función de supervisión; - habida cuenta que se puede contar con la participación, colaboración y asistencia de personal de OSIPTEL y/o de contadores o terceros especialistas en cuestiones vinculadas al objeto de la supervisión- por lo que, considerando que se requiere un organismo regulador que cuente con mecanismos que le permitan responder adecuadamente a las necesidades y demandas de este sector en constante evolución y crecimiento; se propone la tercerización de ciertas actividades de fiscalización.</p> <p>Este regulador propone recoger en su ordenamiento la figura de la “tercerización de actividades” sin menoscabo de la formación y conocimiento técnico-jurídico que los funcionarios públicos del OSIPTEL sino para ampliar su presencia fiscalizadora en las diferentes materias que son de su competencia.</p> <p>Sin perjuicio de ello, es importante señalar que aún con la realización de actividades de modo tercerizado, el regulador mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos o cualquier resolución, toda vez que éstos producirán efectos jurídicos sobre los administrados. En tal virtud, se plantea una nueva definición de supervisor que habilite este modo de llevarlas a cabo.</p> <p>En cuanto a la entidad fiscalizadora, la contratación de las mismas deberá ser realizada respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia, entre otros, considerando además las normas vigentes sobre contrataciones del estado. Para ello y tomando en cuenta la alta</p>
--	--

	<p>información personal de los peruanos ni mucho menos la información protegida por el secreto de las telecomunicaciones.</p> <p>Asimismo, debe tenerse en cuenta que en virtud a la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPEL, que dispone el fortalecimiento de la función supervisora en virtud a la implementación de herramientas para acceder de manera remota a los sistemas y bases de las empresas operadoras, el personal de las empresas supervisoras privadas podrán acceder a información privilegiada y sumamente confidencial relacionada a la operativa y gestión de red de las empresas operadoras, tales como información detallada de nuestros sistemas operativos, desarrollos y equipamiento de telecomunicaciones, alarmas de red, detalle de la infraestructura, es decir, todo aquello que motivó justamente la aprobación de la referida resolución. Además de ello, el personal de las empresas supervisoras privadas podrán tener acceso a información contable y/o financiera, plataformas de tarificación, ubicación estratégica de nuestras BTS, cuya divulgación podría afectar inclusive la seguridad nacional del país, tal como lo ha reconocido el propio Ministerio de Defensa, entre muchas otras, sin que exista una garantía real de que el tratamiento de dicha información sea llevado a cabo de acuerdo a los parámetros legales y técnicos necesarios para salvaguardar su integridad y uso razonable. De hecho, el personal de las empresas supervisoras privadas no serán legalmente designados como funcionarios públicos de la entidad, por ende, no podría aplicárseles las sanciones y/o medidas administrativas que la normativa vigente prevé en el caso se vulneren las obligaciones relativas a la estricta confidencialidad de la información a la que tengan acceso.</p> <p>Asimismo, la sensibilidad de los datos involucrados hace que se requiera un mayor control que actualmente solo pueden brindar las propias operadoras y el regulador por su experiencia y uso de tecnología específica. Admitir a terceros sin experiencia en el manejo de esta información es aumentar el riesgo del tratamiento inadecuado de información y pone a las empresas y al regulador en riesgo de ser objeto de denuncias y procesos de parte de aquellos usuarios que (con justicia) puedan considerar que sus datos serán tratados bajo finalidades previamente no informadas y bajo estándares distintos a los que suelen proporcionar los actores de la industria.</p>	<p>preocupación que la modificación propuesta ha generado en los interesados, es por ello que el proyecto contempla que mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades supervisoras, además de aspectos relacionados con las materias fiscalizables, las garantías, los requisitos, las políticas de confidencialidad, al acceso a información sensible, al procedimiento para salvaguardar la información, a los periodos de conservación de la información obtenida, las condiciones que deberá cumplir la entidad fiscalizadora para asegurar su experiencia, conocimiento y manejo profesional de la información, como también para señalar en qué casos no se optará por entidades supervisoras, sino solo funcionarios del OSIPTEL, entre otros aspectos a efectos de tener una delimitación clara en las funciones. De este modo se eliminarán las contingencias relacionadas con el acceso a esta información la vulneración de los derechos de los usuarios de telecomunicaciones, de seguridad nacional o de comisión de ilícitos penales.</p> <p>Sin perjuicio de lo expuesto previamente, en cuanto a que el acceso por parte de terceros de información confidencial protegida constitucionalmente, podría generar graves riesgos a los derechos de los usuarios y para la seguridad nacional, cabe indicar que el artículo 11 de la Ley N° 27336 (en adelante LDFF) reconoce que terceros pueden acceder a la información e instalaciones de la empresa supervisada, pero para ello deberán estar acompañados de un funcionario autorizado. Esto no solo se limita al plano de las supervisiones presenciales, sino que puede replicarse a toda modalidad de supervisión. Sin embargo, en cualquier caso, deberá existir un control por parte de funcionarios autorizados del OSIPTEL.</p> <p>Cabe indicar que si bien a los terceros, no les alcanza la figura de la “responsabilidad administrativa funcional”, que es aquella en la que incurrir los servidores y funcionarios por haber contravenido el ordenamiento jurídico administrativo y las normas internas de la entidad a la que pertenecen, o que en el ejercicio de sus funciones, desarrollaron una gestión deficiente⁵, la responsabilidad administrativa funcional no es la única responsabilidad que existe, llegado el caso que un tercero incurra en responsabilidad civil o penal, se sustanciará según dichas normas,</p>
--	--	--

⁵ http://www.contraloria.gob.pe/wps/wcm/connect/869f0d27-2fb8-4792_b61d5daadf6443/PREGUNTAS%2BFRECUENTES%2BPAS.pdf?MOD=AJPERES

	<p>□ Ciertamente, a raíz de la implementación de ciertas obligaciones en otros campos de regulación, el OSIPTEL ha sido objeto de comunicaciones y advertencias de parte de la Autoridad de Protección de Datos Personales adscrita al Ministerio de Justicia por lo que a día de hoy existe un control mayor y vigilancia respecto de todas las obligaciones que impliquen la transferencia de los datos personales de los abonados. Considerando lo anterior, una disposición de esta naturaleza debe ser estudiada mucho más a fondo.</p> <p>□ No existe seguridad de que las empresas terceras desplegarán sus labores de supervisión con total y libre independencia, existiendo el riesgo de que sus actuaciones estén dirigidas a privilegiar a un determinado competidor en el mercado.</p> <p>□ El OSIPTEL no ha proporcionado estudios o balances que evalúen si la tercerización de la función de supervisión realizada por reguladores como el OSITRAN, OSINERGMIN o SUNASS ha contribuido a la mejora de la eficacia y eficiencia del proceso regulatorio en tales sectores. Los resultados positivos de la tercerización de la supervisión (de existir) deben arrojar una mejora en el nivel de cumplimiento y detección de infracciones, pero además una reducción correlativa de los costos en los que incurren los reguladores para el proceso de <i>enforcement</i>. De hecho, debemos hacer notar que el propio regulador ha reconocido que con la vigencia del Reglamento General de Supervisión cumplió adecuadamente el ejercicio de su función supervisora⁶, razón por la cual no existe justificación que viabilice recurrir a terceros para llevar a cabo las labores de fiscalización.</p> <p>En este punto nos permitimos hacer mención a un hecho anómalo ocurrido hace algunos años en donde, si bien no existió una tercerización de la facultad de supervisión del OSIPTEL propiamente dicha, dicho organismo</p>	<p>siendo además que en el ámbito de la contratación estatal los agentes privados pueden ser pasibles de una sanción por parte de Tribunal de la Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OCSE).</p> <p>De modo que nuestro ordenamiento legal cuenta con antecedentes para atribuir consecuencias a la acción infractora de un particular.</p> <p>Con relación a las comunicaciones y advertencias que la Autoridad de Protección de Datos Personales adscrita al Ministerio de Justicia, habría realizado al OSIPTEL, no resulta posible emitir comentario en tanto no se ha hecho referencia a una comunicación específica ni fecha de emisión, de la supuesta comunicación o advertencia. Sin perjuicio de ello, resulta importante señalar que el OSIPTEL en el marco de sus funciones, solicita información personal de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones, para fines de las acciones de fiscalización que realiza, ello en atención a lo dispuesto en el artículo 8⁶ de la Ley N° 27336 que establece que el acceso por parte del OSIPTEL a información privada relacionada con el secreto de las telecomunicaciones, o cualquier información confidencial, no constituirá una vulneración siempre que esta información sea necesaria para cumplir con sus funciones, especialmente en el ejercicio de la facultad de supervisión.</p> <p>Esto en concordancia con lo dispuesto en el artículo 17⁷ de la Ley de Protección de Datos Personales – Ley N° 29733, según el cual el acceso a los datos personales deberá realizarse con la debida salvaguarda a la confidencialidad de los mismos.</p> <p>Es así que es importante resaltar que el OSIPTEL cumple estrictamente con las normas de protección de datos personales y con el tratamiento de la información confidencial de acuerdo a la una normativa específica, tales</p>
--	--	---

⁶ “Artículo 8.- Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones:

[...]

8.3 No constituye violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal, el acceso que tenga OSIPTEL a la información necesaria para cumplir sus funciones y, particularmente, el ejercicio que haga de las facultades contempladas en el Artículo 15 de la presente Ley. En ningún caso OSIPTEL podrá exigir la presentación de información que revele el contenido de las comunicaciones”.

⁷ “Artículo 17. Confidencialidad de datos personales

El titular del banco de datos personales, el encargado y quienes intervengan en cualquier parte de su tratamiento están obligados a guardar confidencialidad respecto de los mismos y de sus antecedentes. Esta obligación subsiste aun después de finalizadas las relaciones con el titular del banco de datos personales.

[...].”

	<p>contrató los servicios de una supuesta consultora denominada “Consortio Consultores León & Silva SAC. y Gestión Gubernamental & Corporativa SAC.”⁷ a fin de identificar los posibles problemas en la validación de la información sobre los equipos terminales móviles reportados como sustraídos, perdidos o recuperados, que es remitida al OSIPTEL por parte de las empresas operadoras del servicio público móvil.</p> <p>En dicha oportunidad, OSIPTEL entregó a dicha empresa acceso a información privilegiada por ser confidencial y reservada, referida a los sistemas y procesos internos de todas las empresas operadoras, así como los números de IMEI de equipos bloqueados/liberados en la red de las operadoras, llegando inclusive a constituirse en nuestras instalaciones en compañía del personal de la referida consultora.</p> <p>En virtud a ello, el consorcio entregó al OSIPTEL un Informe Final con sus conclusiones, el cual sirvió de sustento para el inicio de un procedimiento sancionador en contra de nuestra compañía. CLARO pudo tener acceso a la documentación e información contenida en el respectivo expediente de supervisión, y tomó conocimiento del Contrato N° 001-2016/OSIPTEL celebrado con dicha consultora, advirtiéndolo siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> No existía un Acuerdo de Confidencialidad suscrito entre el OSIPTEL y Consortio Consultores León & Silv S.A.C. y Gestión Gubernamental & Corporativa S.A.C., a fin de que este último mantuviera la confidencialidad de la información relacionada a la identificación de los equipos móviles reportados como sustraídos, perdidos y recuperados, así como las consecuencias de su incumplimiento. <input type="checkbox"/> La empresa Consultores León & Silva SAC., integrante del Consorcio, mantenía sanción de inhabilitación para contratar con el Estado, desde el 03 de Mayo de 2016. <input type="checkbox"/> El Consorcio estaba representado por el Sr. Gerardo Alexander León Siguas, quien suscribió el Contrato N° 001-2016/OSIPTEL, el mismo que figuraba como requisitoriado por el delito de lavado de activos, conforme a la publicación efectuada por el Ministerio del Interior. 	<p>como es el Reglamento de Información Confidencial de OSIPTEL⁸. Asimismo, el OSIPTEL cuenta con procedimientos debidamente certificados para resguardar la integridad, confidencialidad y disponibilidad de la información que maneja, como está consignado en su Política Institucional de Seguridad de la Información⁹, lo cual permite asegurar la confidencialidad y limitar el acceso a dicha información, solamente a personal autorizado.</p> <p>Con relación a la contratación de los servicios del “Consortio Consultores León & Silva SAC. y Gestión Gubernamental & Corporativa SAC.”, a fin de identificar los posibles problemas en la validación de la información sobre los equipos terminales móviles reportados como sustraídos, perdidos o recuperados, que es remitida al OSIPTEL por parte de las empresas operadoras del servicio público móvil, cabe indicar que en este caso no se utilizó la figura de la tercerización. Asimismo, cabe señalar que dicha contratación se produjo observando cabalmente la Ley de Contrataciones, vigente en dicha época, según los mecanismos que la referida Ley y su Reglamento establecen para sus diversas fases involucradas en una contratación estatal, así tenemos los actos preparatorios, los relativos al proceso de selección y los que se relacionan con la ejecución del servicio contratado y la aplicación de penalidades.</p> <p>En efecto, conforme ha sido señalado por el Consejo Directivo del OSIPTEL, en la Resolución N° 07-2019-CD/OSIPTEL, emitida en el Expediente N° 00034-2017-GG-GSF/PAS que resolvió el Recurso de Apelación interpuesto por CLARO contra la Resolución N° 285-2018-GG/OSIPTEL, <i>la contratación del Servicio de Auditoría de los Procesos de Generación de la Información remitida por las Empresas de Telecomunicaciones Móviles de los equipos reportados como sustraídos, perdidos y recuperados, que estuvo a cargo del Consortio Consultores León & Silva S.A.C. y Gestión Gubernamental & Corporativa S.A.C., tenía como objetivo validar la información reportada por las empresas operadoras de telecomunicaciones móviles mediante la auditoría del proceso del bloque y liberación de códigos IMEI. En ese sentido, a diferencia de lo señalado por AMÉRICA MÓVIL, la supervisión de las obligaciones de bloqueo y liberación de IMEI de equipos terminales móviles fue realizada por el OSIPTEL y no por el referido Consorcio.</i></p>
--	--	---

⁸ Resolución de Consejo Directivo N° 178-2012-CD/OSIPTEL, modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 079-2016-CD/OSIPTEL, mediante el cual se establece las disposiciones aplicables para el tratamiento de la información que presentan las empresas operadoras u otras entidades, que pudiera ser considerada con carácter confidencial.

⁹ Ver en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2130756/PoI%C3%ADticas%20de%20Seguridad%20de%20la%20Informaci%C3%B3n.pdf>

	<p>□ El señor Gerardo León Sigwas (parte del sindicato CLAN SIGUAS) había sido denunciado y estaba siendo investigado por delitos de lavado de activos, peculado, estafa, falsificación de documentos, falsificación y uso de documentos privados falsos, abuso de firma en blanco, asociación ilícita para delinquir, entre otros, en agravio de Municipalidades, Entidades del Estado, Gobiernos Regionales, empresas privadas, entre otro, cometidos desde el año 2002, conforme se verifica de la noticia publicada en el Diario La República8:</p> <p>1.De ello se desprende que OSIPTEL puso a disposición de dicha empresa diversa información privilegiada por ser confidencial y reservada, referida a los sistemas y procesos internos de todas las empresas operadoras, así como los números de IMEI de equipos bloqueados/liberados en la red de las empresas operadoras, sin tener en consideración que dicha empresa se encontraba representada por un presunto delincuente investigado por la justicia peruana, por lo que dicha información, protegida como parte de los datos personales, pudo ser utilizada para la comisión de ilícitos, como suplantación de identidades, secuestros o extorsiones, entre otros9.</p> <p>Imaginemos ahora que ello suceda al contratar a empresas supervisoras privadas, cuyo personal tendría acceso a información privilegiada y sumamente confidencial, tales como datos personales de todos los clientes de los servicios públicos de telecomunicaciones, específicamente direcciones domiciliarias, consumos mensuales, detalle de llamadas realizadas, así como información propia de la empresa operadora, tales como la relacionada a la operativa y gestión de red, información de los sistemas operativos, desarrollos y equipamiento de telecomunicaciones, alarmas de red, detalle de la infraestructura, entre otros. El daño que podría generarse ante una utilización indebida de la información recopilada es enorme.</p> <p>Si bien es cierto que no todas las empresas del sector poseen dichas contingencias y antecedentes, lo cierto es que los mecanismos actuales de selección de supervisores y contratación de terceros no dependen totalmente del OSIPTEL, ya que, en su condición de entidad pública, el regulador está sujeto a una serie de disposiciones normativas en materia de contrataciones que impiden que pueda tener la flexibilidad necesaria para desarrollar relaciones contractuales únicamente con terceros que evidencien total probidad y competencia en su manejo de información sensible y altamente compleja.</p>	
--	---	--

	<p>De hecho, sobre el particular es aún más relevante que por la especificidad y alta tecnicidad de los datos que se pueden recopilar en el sector (y la forma en que se realiza dicha actividad) se requeriría de la colaboración de empresas supervisoras con una experiencia y condiciones mucho mayores que las de otros sectores y, por lo mismo, actualmente no consideramos que en el mercado peruano exista una oferta suficiente de actores con dichas condiciones al punto de garantizar procesos de selección competitivos que brinden garantías mínimas de eficiencia y eficacia.</p> <p>Como se podrá advertir, resulta inadecuado que el Proyecto pretenda que el personal de las empresas supervisoras privadas cuente con la posibilidad de efectuar acciones de supervisión, y con ello acceder a información que se encuentra protegida constitucionalmente. Creemos firmemente que este tipo de información debe estar reservada a los funcionarios públicos debidamente designados por el Estado Peruano, pues éstos se encuentran debidamente facultados para llevar a cabo labores de supervisión y por ende responden ante cualquier tipo de responsabilidad funcional, circunstancia que está ausente en aquellos actores que no se encuentran bajo el ámbito de las normas de ética y de la función pública.</p> <p>Considerando lo anterior, resaltamos la ilegalidad de la incorporación de empresas privadas en los procedimientos de supervisión, pero además manifestamos nuestro desacuerdo respecto a la aprobación de esta medida, pues como hemos indicado, no contribuye, sino que disminuye la seguridad jurídica y confianza en la actividad de los supervisores, más aún si se tiene en cuenta el nivel y calidad de información que se maneja en el sector y la poca o nula experiencia de este personal complementario. En ese sentido, corresponde que se elimine la intervención de terceros en los procedimientos o tareas de supervisión.</p> <p>Por otro lado, el Artículo Tercero del Proyecto dispone modificar el literal f) del Artículo 2° del Reglamento General de Supervisión aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, en los siguientes términos:</p> <p>f) Entidad Supervisora: A toda persona jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización”.</p> <p>En primer lugar, hacemos notar que el vigente Reglamento General de Supervisión no contiene un literal f) en su Artículo 2°, por lo que propiamente nos encontraríamos frente a una modificación normativa sino más bien ante una nueva inclusión.</p>	
--	---	--

	<p>Sin perjuicio de ello, manifestamos que los comentarios desarrollados precedentemente resultan perfectamente aplicables a este extremo, por lo que nos remitimos en su integridad a los mismos.</p>	
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Es importante al alcance de esta definición, que, según el texto propuesto, puede recaer en un tercero que asuma facultades de fiscalización vía delegación.</p> <p>Al respecto, en el Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL en adelante, ROF, no se establece que la Dirección de Fiscalización e Instrucción pueda delegar la facultad de supervisar o fiscalizar a un tercero, es decir, a una persona distinta al funcionario del OSIPTEL.</p> <p>En efecto conforme lo establece el artículo 46 del ROF en concordancia con el artículo 15 de la Ley de Desarrollo y Funciones del OSIPTEL-Ley 27336; los funcionarios del OSIPTEL son los responsables de efectuar cualquier acción supervisión o las instancias competentes del OSIPTEL; es decir, solamente aquel que es parte del regulador y tiene la calidad de funcionario puede realizar acciones de supervisión o fiscalización; y, entendemos que ello es así en vista que la información en el ámbito de telecomunicaciones involucra información sensible y de datos personales cuyo tratamiento debe ser cautelado y seguir las mejores prácticas para evitar su publicación o menoscabo.</p> <p>En esa línea, a través de la modificación o inclusión que se pretende efectuar al concepto de supervisor, se intentaría otorgar a un tercero la calidad de funcionario, menoscabando las normas especializadas que existen para tal efecto, y con ello, otorgarle acceso a información sensible tanto para los usuarios como para las empresas operadoras.</p> <p>Es por ello, que manifestamos nuestra preocupación ante escenarios como los señalados, en la medida que de prosperar la propuesta del OSIPTEL, se otorgaría a un tercero la potestad de conservar, tratar o manipular información sensible, y cualquier menoscabo o transgresión a la misma, que entendemos no podría ser penalizada o sancionada como sí ocurre cuando la responsabilidad recae directamente sobre personal de OSIPTEL, desincentivando la comisión de prácticas que ponen en riesgo los datos personales y la información de secreto de telecomunicaciones de los clientes. Sobre el particular, citamos los comentarios señalados para el literal d) del artículo 2; y asimismo, precisamos que debe revisarse si la</p>	<p>Con relación al comentario sobre el alcance y facultades de la tercerización, el acceso a información sensible y la publicidad de los contratos suscritos con las empresas que brinden los servicios a tercerizar, considerar lo indicado en la posición del OSIPTEL sobre los comentarios de CLARO.</p>

	<p>modificación no contraviene las normas vigentes relacionadas a la competencia de los funcionarios del OSIPTEL para realizar acciones de supervisión o fiscalización; y en el supuesto de prosperar esta iniciativa; es importante que se establezca y se mantenga como información pública los contratos que se suscriban con estas entidades, en donde se evidencie las obligaciones, las materias a supervisar y los protocolos que deberán seguir dentro del desarrollo de sus funciones.</p>	
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>OSIPTEL ha incorporado la posibilidad de tercerizar las acciones de supervisión basándose para tal efecto de lo dispuesto en el artículo 59 de la LPAG:</p> <p>“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.”</p> <p>Si bien no negamos la posibilidad de que la Administración Pública pueda valer de terceros para el ejercicio de la función supervisora, el principal problema radica en que el ampliar la definición de supervisor, comprendido en ésta a la empresa supervisora, se está otorgando a esta última-en su calidad de supervisor- las facultades establecidas en el artículo 12° del Reglamento de Supervisión, facultades que derivan de las otorgadas por la Ley 27336, la misma que únicamente reconoce competencia expresa a los funcionarios de OSIPTEL para el ejercicio de esta función.</p> <p>Nuestra inquietud está basada en la fórmula legal – un reglamento del Consejo Directivo de OSIPTEL- que está empleando para establecer que una persona jurídica distinta a los funcionarios de OSIPTEL pueda ejercer la facultad de supervisión que le fuera concedida a este último, mediante norma con rango de ley y que por ende solo pueden ser ejercida por funcionarios del regulador.</p> <p>Al respecto, el artículo 59° del TUO de la LPAG es claro al determinar que todas las actividades pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la ley. En el presente caso, la Ley 27336 ha determinado expresamente que la acción de supervisión debe ser realizada por funcionarios de OSIPTEL, ley que no ha sido materia de modificación posterior:</p>	<p>Con relación al comentario sobre el alcance y facultades de la tercerización, el acceso a información sensible y la publicidad de los contratos suscritos con las empresas que brinden los servicios a tercerizar, considerar lo indicado en la posición del OSIPTEL sobre los comentarios de CLARO.</p>

	<p>“Artículo 10.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados 10.1 La acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo. 10.2 Para realizar una acción de supervisión, los funcionarios presentarán la identificación que los acredite como tales, salvo que se trate de una solicitud de información formulada por una gerencia o instancia competente de OSIPTEL, o de los casos previstos en el Artículo 14.”</p> <p>Del mismo modo, el artículo 15 de la Ley 27336, establece claramente que son los funcionarios de OSIPTEL – y no cualquier tercero – los que pueden ejercer las facultades de supervisión:</p> <p>“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 [...]”.</p> <p>Sin embargo, el proyecto pretende no sólo que un tercero sea “titular de la supervisión” sino que a su vez dicho tercero ejerza facultades únicamente atribuidas al regulador y a sus funcionarios nombrados. Asimismo, debe tenerse en consideración que la competencia en materia administrativa tiene sus fuentes en la Constitución y en la ley, tal como se señala en el artículo 72.1 del TUO de la LPAG:</p> <p>“Artículo 72.- Fuente de competencia administrativa 72.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.”</p> <p>En tal sentido, conforme nuestra estructura de Estado Social y Democrático de Derecho, los organismos reguladores ejercen las funciones y facultades conferidas en el marco de sus competencias, en razón del poder público que les es conferido, a fin de salvaguardar y de otorgar mayores niveles de bienestar para los usuarios de los servicios bajo su supervisión. Sin perjuicio de que no se cuente con habilitación legal para delegar la función de supervisión en el sector, en el supuesto negado en el que su</p>	
--	--	--

	<p>Despacho mantenga esta propuesta, es sumamente relevante señalar que la redacción del proyecto normativo bajo comentario tiene un contenido laxo, debido a que no define y limita los alcances de las tareas de supervisión que ejecutarían las empresas supervisoras, ya que no se deberían poder delegar las atribuciones esenciales del OSIPTEL que justifican su propia existencia y que han sido conferidas en exclusiva por la ley 27336.</p> <p>Esta redacción, de aprobarse, no sólo presenta un problema de legalidad sino de constitucionalidad. Como es conocido, OSIPTEL cuenta con facultades especiales que ni siquiera la Policía o la Fiscalía poseen, como es el acceso a información protegida por el secreto de las telecomunicaciones. Así, el artículo 8.3º de la Ley Nº 27336 establece que el OSIPTEL puede acceder para el ejercicio de su función supervisora a todo tipo de información, salvo contenido de la comunicación. Un fiscal o un policía para investigación penal requiere autorización judicial para requerir, por ejemplo, un registro de llamadas. Sin embargo, los funcionarios de OSIPTEL pueden requerir en virtud del artículo 15º de la Ley 27336, por ejemplo, "información relacionada con facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico entrante y saliente, y otras que establezca el Reglamento, con el detalle, forma y condiciones que dicho organismo establezca para cada situación."</p> <p>Esto involucra que en la práctica OSIPTEL está otorgando a una personal ajeno facultades extraordinarias a las que sólo se puede acceder con autorización judicial. Esto podría implicar la vulneración del Secreto de las Telecomunicaciones previsto en el inciso 10) del artículo 2º de la Constitución Política del Perú, debido a que estas empresas podrían acceder a dicha información sin requerir autorización judicial, alegando que están realizando una acción de supervisión.</p> <p>Este riesgo no se soluciona con una cláusula de confidencialidad de la información porque OSIPTEL no puede delegar facultades que han sido intrínsecamente otorgadas por ley a sus funcionarios. Por ello, consideramos relevante se defina y limite el alcance de las labores de los terceros que contrate el OSIPTEL, no debiéndoseles otorgar competencias intrínsecas a dicho organismo, en razón al interés público que subyace en el ejercicio de las competencias que le fueron conferidas, de conformidad con los artículos 2º, 45º y 65º de la Constitución. Así las facultades dispuestas en el artículo 15º de la Ley 27336 y que han sido recogidas en</p>	
--	---	--

	<p>el artículo 12° del Reglamento de Supervisión únicamente pueden ser ejercidas por los funcionarios de OSIPTEL, sin perjuicio de la facultad del Regulador de contratar a terceros para que colaboren en las supervisiones. Si es que OSIPTEL considera que alguna de dichas facultades debe ser delegadas a una persona jurídica contratada para realizar funciones específicas de supervisión, esta delegación debe producirse a través de una norma con rango de ley, en razón de lo dispuesto en el artículo 70.1 del TUO de la LPAG que señala que la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley. Es así como la competencia, ya sea que haya sido otorgada o delegada, en ambos casos debe estar prevista en una norma con rango de ley, porque precisamente este requisito es una de las características esenciales de la misma, según CASSAGNE:</p> <p>"Características de la competencia:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Objetiva, pues surge de una norma que determina la aptitud legal del órgano sobre la base de un principio de especialidad. b) Obligatoria, pues el órgano se ve obligado a actuar sobre la base de un mandato legal encomendado, salvo tenga un margen de libertad para decidir. c) Improrrogable, puesto que su fundamento se encuentra en el interés público. d) Irrenunciable, pues pertenece al órgano y no a la persona física que lo representa."¹⁰ <p>Reflejo de ello fue el otorgamiento de facultades al OSIPTEL para realizar actividades de supervisión, las cuales fueron conferidas mediante la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL - Ley N° 27336. Ahora, la citada norma faculta al Regulador, en su calidad de titular de la acción de supervisión, a lo siguiente:</p> <p>Solicitar información confidencial o que califica como secreto comercial. Acceder a información necesaria para cumplir sus funciones, lo cual no constituye violación al derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal.</p>	
--	---	--

¹⁰ CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Lima: Palestra. Tomo 1, p. 272

	<p>Como puede observarse, además de describir qué implican las facultades de supervisión, incluye, también, el deber de OSIPTEL de guardar la reserva de la misma, encontrándose prohibido de publicar o difundir este tipo de información.</p> <p>En tal sentido, es sumamente importante que la delegación de facultades de supervisión a una empresa supervisora se produzca mediante una norma con rango de ley, porque mediante dicho instrumento se puede materializar la delegación de la competencia que implica no sólo facultades, sino también deberes que debe cumplir el titular de la acción de supervisión. No bastaría con indicar que OSIPTEL reglamentará las responsabilidades de dichas empresas respecto del acceso a información confidencial y secreto de las telecomunicaciones porque OSIPTEL no puede irrogarse facultades atribuidas exclusivamente por la Constitución al Poder Judicial, más aún cuando el daño de una difusión de dicha información resulta irreparable para el mercado y para la seguridad nacional. Asimismo, dicho organismo no tendría la capacidad para prevenir el riesgo de filtración de personas con intenciones delictivas en la organización de estas empresas supervisoras.</p> <p>Otro grave riesgo es que para el ejercicio de la función supervisora de OSIPTEL se requiere un alto grado de capacitación técnica y especialización que no debe ser dejada de lado. La tercerización planteada no permite asegurar dicho grado de especialización, impactando en el nivel de predictibilidad y certidumbre que requiere el mercado.</p> <p>Por lo tanto, como hemos precisado no resulta posible realizar la derivación consideramos que existen riesgos importantes vinculados a la tercerización de la función fiscalizadora, toda vez que se podrían acceder a datos de usuarios y seguridad de la red de telecomunicaciones. Por lo expuesto, sugerimos establecer expresamente que las empresas supervisadas no pueden ejercer las facultades establecidas en el artículo 12 del Reglamento de Supervisión.</p>	
<p>VIETTEL PERÚ S.A.C.</p>	<p>En relación a la participación de privados en la acción de fiscalización (entidad supervisora), se ha señalado que la colaboración de los privados en el ejercicio de funciones públicas ha emergido con fuerza y ha cobrado especial relevancia en el caso de las acciones de supervisión, control,</p>	<p>Con relación al comentario sobre el alcance y facultades de la tercerización, considerar lo indicado en la posición del OSIPTEL sobre los comentarios de CLARO.</p>

	<p>inspección y certificación, que hasta hace poco eran ejercidas exclusivamente por las Administraciones Públicas¹¹.</p> <p>Sin embargo, dicha intervención debe estar sujeta a ciertas condiciones como i) la expresa previsión de una norma con rango de ley, ii) la garantía de los derechos constitucionales y de terceros que pudieran estar en juego y iii) exista una regulación normativa suficiente de su regulación. Por lo que, en caso la entidad supervisora ejerza función de fiscalización debe ser conforme a los citados requisitos.</p> <p>Por otro lado, en el marco de acciones de supervisión del Sector Eléctrico, mediante la Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras, aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo de OSINERGMIN 037-2016-OS/C, se regula todo lo relativo a los criterios para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como el procedimiento para su selección y contratación y para la ejecución de los servicios que realizan.</p> <p>En el artículo 27 de dicha Directiva se precisa que las citadas entidades tendrán las siguientes facultades: i) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, ii) Simular el rol de usuarios, clientes, potencial usuario o cliente o tercero, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto del servicio de supervisión contratado por OSINERGMIN o iii) Imponer las medidas administrativas que expresamente habilite el Contrato de Supervisión, que resulten necesarias ante la verificación de algún hecho que lo amerite.</p> <p>No obstante, en doctrina autorizada se cuestiona dichas facultades otorgadas, señalando que son auténticas funciones públicas que implican el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos, y no simples actuaciones prestacionales o de ejecución privada previa a decisiones de los órganos de la Administración¹². Por lo que, a partir de lo antes señalado, consideramos que las entidades supervisoras pueden colaborar en determinadas y limitadas actividades pero esto <u>no significa que asuman todas las facultades que el marco jurídico especial otorga al OSIPTEL para realizar actividades de limitación de derechos</u>¹³.</p>	
<p>I. TEXTO NORMATIVO</p>		

¹¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General IV. La Actividad Administrativa". Madrid: Iustel. 2011. p. 713.

¹² ZEGARRA, Diego. La participación de los privados en la Actividad de Supervisión en el Sector Eléctrico Peruano: Breve Aproximación a su estudio. En THEMIS-Revista de Derecho 69, 2016. P. 131.

¹³ Idem

ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
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 .		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 .
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	<p>El actual artículo 16° del Reglamento de Supervisión establece que las supervisiones pueden realizarse sobre la base de muestras, cuyos criterios de determinación, análisis y selección deben ser establecidos por el Consejo Directivo, como máxima instancia del OSIPTEL. No obstante, a la fecha el Consejo Directivo no ha establecido tales criterios, por lo cual las acciones de supervisión (y consecuentes sanciones y/o medidas administrativas) se han producido a partir de muestras que no necesariamente reflejan un grado real de incumplimientos y que en muchos casos no cuantifican adecuadamente el número de infracciones producidas en un determinado espacio geográfico o temporal.</p> <p>Por lo mismo, resulta poco entendible que el Proyecto haya decidido sustraer la obligación del Consejo Directivo de establecer los criterios generales de evaluación de las muestras cuando dichas directrices son de suma importancia y constituyen una garantía para una adecuada verificación del número real de incumplimientos normativos, ello con la finalidad de no sancionar con multas elevadas a aquellas situaciones completamente aisladas y/o excepcionales que no responden en lo absoluto a una muestra representativa de incumplimiento por parte de las empresas operadoras. Cabe recordar que actualmente se vienen imponiendo multas administrativas millonarias por uno, dos, tres o cuatro incumplimientos detectados en un universo de millones de casos, lo cual implica que no exista de por medio un análisis razonable y proporcional de los cumplimientos que realmente se verifican versus el reducido número de incumplimientos imputados y posteriormente sancionados. Ello implica que se tengan que distraer recursos de la entidad por hechos que no resultan relevantes en el mercado o que no acreditan una política de incumplimiento por parte de las empresas operadoras, distorsionándose la eficiencia y efectividad que debe guiar en todo momento el desarrollo y ejercicio de las</p>	<p>Con relación al comentario de la empresa operadora, referido a la presunta connotación negativa que implica las actividades de fiscalización de la Dirección de Fiscalización e Instrucción, y que por tanto, no es posible descartar que los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente, puedan ser establecidos sin observar la debida imparcialidad y justicia, o incluso con un ánimo punitivo enmascarado, cabe indicar que esta alegación es meramente especulativa, sin sustento jurídico que la respalde. Respecto a la supuesta connotación punitiva del término fiscalización, considerar lo indicado en la posición del OSIPTEL sobre los comentarios al Artículo Primero.</p> <p>De otro lado, cabe indicar que la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones es de carácter masiva y, por ende, genera un gran volumen de información referida con las obligaciones que tienen las entidades fiscalizadas. En efecto, dicha información se encuentra relacionada— por ejemplo- con los contratos suscritos por los abonados, las llamadas realizadas, las interrupciones producidas, las devoluciones efectuadas, el detalle de las conexiones almacenados en los CDR¹⁴, las mediciones de ciertos indicadores, entre otras.</p> <p>Al respecto, en algunos procedimientos seguidos ante este regulador se ha trabajado haciendo uso de muestras estadísticas, sobre todo para el caso de la verificación de obligaciones del marco normativo de usuarios, así como según las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Calidad del OSIPTEL, aprobado mediante la Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias (en adelante Reglamento de Calidad). Por ello, la tarea actual del regulador es brindar mayor predictibilidad en este</p>

¹⁴ Call Detail Record (**Registro de Llamada Detallada**): Es una característica del sistema que toma los detalles de llamadas, como tipo, tiempo, duración, origen y destino. CDRs pueden ser usados para el control de la red, contabilidad y propósitos de facturación. Consulta realizada el 6 de abril de 2017, en el documento "términos técnicos de telecomunicaciones" en http://bear.warrington.ufl.edu/centers/purc/DOCS/papers/sp_02.pdf

<p>funciones del regulador, las mismas que deben estar orientadas a alentar las inversiones en el sector.</p> <p>Sobre el particular, recordemos que uno de los principios de regulación moderna aprobados y recomendados por la OCDE es el “Risk-Based Approach” o Aproximación Basada en el Riesgo. Bajo dicho enfoque la actividad de supervisión debe concentrarse en áreas especialmente sensibles y agentes potencialmente infractores cuyo incumplimiento represente un riesgo apreciable para el interés público, siendo una manera de contribuir a ello el uso adecuado del muestreo.</p> <p>Ahora bien, el Proyecto señala que la aprobación de los criterios de evaluación de muestras estará a cargo de la Dirección de Fiscalización e Instrucción. Sin embargo, esta función corresponde al Consejo Directivo (como órgano normativo), o a la Gerencia General (como órgano resolutivo), debido a que la Dirección de Fiscalización e Instrucción carece de competencias para aprobar lineamientos o directrices de aplicación de normas, conforme se verifica en el artículo 46° del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM.</p> <p>Si perjuicio de ello, hacemos notar que el único sustento que se encuentra para justificar dicho cambio, tanto en la Exposición de Motivos del Proyecto de Norma, como en el Informe N° 143-DFI-2021, es que la función supervisora es ejercida por la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL. Al respecto, nos permitimos manifestar que justamente esta situación le resta objetividad al establecimiento de los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente.</p> <p>En primer lugar, conforme ha sido reconocido por las distintas instancias del OSIPTEL, las técnicas de muestreo tienen por finalidad permitir seleccionar casos representativos de un universo determinado, a efectos de contar con márgenes de confianza que puedan acreditar fehacientemente el incumplimiento de una determinada disposición. En ese sentido, y teniendo en cuenta la connotación negativa que implica las actividades de fiscalización de la Dirección de Fiscalización e Instrucción, no podemos descartar que aquellos criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente, puedan ser establecidos sin observar la debida imparcialidad y justicia, o incluso con un ánimo punitivo enmascarado, pues podrían estar conducidos a sustentar la instrucción de un procedimiento sancionador en tanto que la misma Dirección encargada de la supervisión, fiscalización e instrucción de los procedimientos administrativos sancionadores, es la misma que establece los criterios para</p>	<p>tema, recogiendo a través de una norma los lineamientos y criterios aplicables a dichas actuaciones.</p> <p>En ese orden de ideas, la disposición propuesta se encuentra alineada con el principio de predictibilidad o de confianza legítima indicado en el numeral 1.15 del artículo IV del TUO de la LPAG, que señala:</p> <p>“1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener. (...)”</p> <p>En cuanto a que la Dirección de Fiscalización e Instrucción, carece de competencias para aprobar lineamientos o directrices de aplicación de normas, conforme se verifica en el artículo 46° del Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 160-2020-PCM, siendo que no reuniría los requisitos adecuados para una actuación imparcial y justa, se debe advertir que la DFI es un 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, conforme al artículo 45° del ROF del OSIPTEL.</p> <p>En dicho orden de ideas, siendo la DFI la responsable de ejecutar las acciones de supervisión se encuentra en aptitud de aprobar estos criterios. Ciertamente la vasta experiencia que tiene la DFI en la verificación del 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 le otorga el conocimiento adecuado para formular y establecer los métodos más adecuados para la realización de sus labores, siendo que el uso de muestras estadísticas permite realizar una labor de modo objetivo y celeridad.</p> <p>En cuanto al plazo se debe considerar que, precisamente, siendo que el uso de muestras estadísticas permite realizar las acciones de fiscalización</p>
---	--

	<p>el muestreo que ella misma usará. Este esquema es claramente irrazonable.</p> <p>Ciertamente, resultados previos en el muestreo podrían ser tomados como indicadores de una conducta genérica que no necesariamente se refleja en la vida real y, bajo el ánimo punitivo que el Proyecto pretende introducir, podría terminar por desnaturalizarse el sentido del muestreo y sus propias finalidades.</p> <p>Ahora bien, hacemos notar además que la propuesta de modificación normativa no ha contemplado un plazo para que se establezcan los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente. Esto resulta sumamente importante pues el vigente Reglamento General de Supervisión contempló un plazo máximo de seis (6) meses para que el Consejo Directivo aprobara los referidos criterios, no obstante, estos nunca fueron aprobados, conforme hemos indicado.</p> <p>El vigente Reglamento General de Supervisión establece en literal d) de su Artículo 30° que la Medida de Advertencia se podrá emitir “cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el Artículo 16° del Reglamento de Supervisión, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final”.</p> <p>Materializar dicha disposición resultaría muy útil para evitar el inicio de procedimientos sancionadores innecesarios y mejorar las acciones de supervisión y fiscalización. Lamentablemente, nunca fue posible la aplicación de una medida de advertencia en estos casos, en tanto que los referidos criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente nunca fueron aprobados. Esta situación ha conllevado a que el accionar del regulador no se sujete al Principio de Razonabilidad, sino más bien se enfoque única y exclusivamente en la adopción de medidas punitivas, como el inicio de procedimientos sancionadores y con ello la imposición de exorbitantes multas.</p> <p>En atención a ello, consideramos que no solo resultará indispensable que sea una entidad distinta a la autoridad instructora, la encargada de establecer los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente, sino que se establezca un plazo para ello; y, además, se contemple la posibilidad de aplicación de medidas menos gravosas, cuando la cantidad de incumplimientos detectados en la muestra no supere un porcentaje determinado.</p>	<p>de modo objetivo y célere, es que este organismo ha retomado como prioritaria la modificación del Reglamento de Fiscalización en este extremo, por lo que se es de especial interés que se emitan los lineamientos y criterios aplicables a dichas actuaciones en el más breve plazo. En tanto dichos lineamientos se emitan las acciones de fiscalización que viene ejecutando el OSIPTEL se seguirán sometiendo a las consideraciones vigentes y demás normas que resulten aplicables.</p>
--	---	---

<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Como se advierte la modificación central que se propone es que no sea ya el Consejo Directivo del OSIPTEL quien apruebe los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra sino la Dirección de Fiscalización e Instrucción.</p> <p>Con relación a este extremo se verifica que el Informe de Sustento señala como fundamento que siendo la DFI la responsable de ejecutar las acciones de supervisión debería ser aquella la encargada de aprobar estos criterios:</p> <p style="padding-left: 40px;">“(…) Bajo estas consideraciones, correspondería a la DFI 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.”</p> <p>Con relación a este punto, consideramos que si bien es pertinente que sea la DFI quien proponga los criterios que deberían considerarse para aquellas fiscalizaciones que se realicen sobre muestras, será imprescindible que las mismas sean aprobadas por el Consejo Directivo, único órgano del OSIPTEL que cuenta con potestad normativa según el artículo 8 de la Ley de Desarrollo de Funciones y Facultades del OSIPTEL:</p> <p style="padding-left: 40px;">“Artículo 8º.- Funciones (…) b. Expedir normas y resoluciones de carácter general o particular, en materias de su competencia. (…)”</p> <p>Ahora bien, debemos detallar que la necesidad de que estos criterios se encuentren recogidos en una norma radica en que los mismos establecerán obligaciones, restricciones y garantías para el correcto desarrollo de este tipo de fiscalizaciones.</p> <p>Lo señalado puede parecer una mera formalidad, pero constituye en realidad una real garantía para los concesionarios de servicios de telecomunicaciones puesto que además de la vinculatoriedad que genera que los criterios se encuentren recogidos en una norma, la aprobación de la misma está supeditada a un criterio de transparencia. En efecto, para la aprobación de los criterios para el muestreo por parte del Consejo Directivo</p>	<p>Con relación a los comentarios de la empresa operadora, sobre el órgano competente para emitir los lineamientos para la aplicación de la muestra, considerar lo indicado previamente.</p>
-----------------------------------	---	--

	<p>será necesario que, de forma previa a su aprobación, estos sean publicados para comentarios y conocimiento de los administrados.</p> <p>Sin duda esto último beneficia tanto al regulador como a las empresas concesionarias. Al ente regulador por cuanto satisface los criterios de transparencia que deben marcar su actuación; esto conforme a los lineamientos de la OCDE. Por otro lado, satisface también a las empresas concesionarias porque se brinda un espacio para sugerencias a lo propuesto por la DFI, que redundará en una mejora en la realización de este tipo de fiscalizaciones.</p> <p>Ahora bien, sin perjuicio de lo recomendable que resulta que sea el Consejo quien mediante un instrumento normativo apruebe los criterios referidos al muestreo, lo cierto es que la propuesta de modificación transgrediría la competencia del Consejo Directivo dispuesta en la LDFF del OSIPTEL para la aprobación de normas.</p> <p>Sobre la base de lo expuesto, consideramos que sin perjuicio de que los criterios para desarrollar el muestreo deban ser recomendados por la DFI, órgano encargado de aplicarlos, es el Consejo Directivo del OSIPTEL quien debe aprobar los mismos previo proceso de prepublicación para comentarios.</p> <p>Adicionalmente a lo expuesto en nuestros comentarios ya remitidos sobre la pertinencia de que sea el Consejo Directivo quién apruebe estos lineamientos en una norma, igual de importante es que se establezcan los criterios que considerarán en la muestra, esto debido a que la Dirección de Fiscalización (DFI) en el desarrollo de sus labores ha aplicado en las supervisiones distintos requerimientos de información los cuales a pesar de tratarse de la misma materia no se condicen uno con el otro, violentando con ello el principio de predictibilidad y el de costo-eficiencia.</p> <p>Es por ello, que la metodología de las muestras debe ser expuesta para su aprobación en un previo proceso de prepublicación para comentarios, bajo la dirección del Consejo Directivo, recomendación de la DFI, y comentada de forma oportuna por los operadores del mercado.</p> <p>Asimismo, una vez establecida la metodología y las materias u obligaciones que serán supervisadas a base de una muestra, los datos recogidos deberán ser los supervisados para determinar la responsabilidad de las</p>	
--	---	--

	empresas operadoras y con ello, evitar distorsiones a la supervisión y menoscabo al principio de predictibilidad.	
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	<p>Al respecto, saludamos la iniciativa de OSIPTEL de mantener la técnica del muestreo en la ejecución de supervisiones; sin embargo, la modificación propuesta al presente artículo representa un retroceso en los avances en materia en la aplicación de los siguientes principios: (i) predictibilidad; (ii) imparcialidad; y, (iii) legalidad que deben guiar la acción de OSIPTEL por lo que expondremos a continuación:</p> <p>1.En principio, cabe precisar que la muestra es entendida “como un medio utilizado para inferir algo acerca de una población mediante la selección de una parte de la misma”2. En otras palabras, este mecanismo permite analizar un subconjunto de una población determinada en base a criterios específicos. Cabe añadir que el tamaño correcto de la muestra depende de tres factores: El nivel de confianza deseado, el máximo error permisible y la variación en la población que se estudia.</p> <p>2.Sobre el particular, es necesario señalar que para la adecuada aplicación de un “método de muestreo” – entendiéndose por éste al “conjunto de técnicas estadísticas que estudian la forma de seleccionar una muestra lo suficientemente representativa de una población cuya información permita inferir las propiedades o características de toda la población conteniendo un error medible y acotable”3 – se debe tomar en cuenta dos variables: i) el tamaño de la muestra seleccionada de la población (o universo), y ii) la información analizada.</p> <p>3.Se debe tener en cuenta que la heterogeneidad y el tamaño de la muestra seleccionada de la población (o universo) constituyen factores que afectan la calidad de la información presente en una muestra y que, consecuentemente, afecta directamente la precisión y aleatoriedad de las inferencias realizadas para el universo. En efecto, el muestreo consiste en obtener conclusiones estadísticamente válidas de una población determinada a partir de la información recabada en las muestras formuladas por la autoridad, por lo que, para obtener una inferencia válida de las características de la población estudiada, el análisis y conclusiones deberá realizarse sobre la base de una muestra representativa y aleatoria.</p> <p>4.En consecuencia, la adecuada realización y aplicación de un “método de muestreo” permite la obtención de pruebas válidas a ser destinadas a sustentar si corresponde o no la imposición de actos de gravamen, como lo</p>	<p>Con relación a los comentarios sobre la técnica del muestreo, considerar lo indicado previamente.</p>

	<p>sería la imposición de una sanción de multa. Por lo que consideramos que no debería ser facultativa, sino que debería ser empleado necesariamente en aquellas obligaciones que representan volúmenes elevados de acciones y que, a fin de observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, deben cumplir con ser estadísticamente relevantes.</p> <p>5.No obstante ello, es de suma importancia señalar que las muestras realizadas por el Órgano Instructor en el marco de una supervisión deben contar con criterios objetivos para su determinación, análisis y selección, los cuales deberán estar aprobados previamente mediante Resolución de Consejo Directivo, toda vez que las mismas son de aplicación general e infieren en la esfera de los administrados, siendo esto prueba de que se encuentran en el marco de la función normativa del OSIPTEL.</p> <p>6.La fijación de estos criterios es sumamente relevante dado que genera mayor predictibilidad a los administrados respecto al ejercicio de la función supervisora, los cuales podrían conocer de manera previa parámetros mínimos para la supervisión de las obligaciones. Ello estaba alineado con lo estipulado en la LPAG:</p> <p>1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.</p> <p>Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.</p> <p>La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.</p> <p>7.Si bien es necesario que se establezcan criterios objetivos, no resulta correcto que sea la Dirección de Fiscalización e Instrucción la responsable de determinar los criterios de determinación de la muestra, dado que es el mismo órgano que ejecuta la supervisión por lo que no se estaría observando el principio de imparcialidad. Esta propuesta podría generar</p>	
--	--	--

	<p>cambios constantes en los criterios para la obtención de la muestra, los cuales no serían de conocimiento por parte de los administrados, así como dejaría a discrecionalidad de la Dirección de Fiscalización e Instrucción, los criterios para definir una muestra fiscalizable, lo cual no resulta adecuado al ser el órgano que se encuentra realizando dichas labores.</p> <p>8. Asimismo, al ser parte de la función normativa de OSIPTEL no podría ser acogida por la Dirección de Fiscalización e Instrucción, sino que deben ser acogidos por norma que permitan tener predictibilidad y brindar seguridad jurídica a los administrados. Asimismo, al tratarse de una manifestación de la facultad normativa de OSIPTEL resulta necesario que se realice la publicación del proyecto a fin de que los administrados puedan emitir comentarios sobre los criterios que serán adoptados para la determinación de las muestras, toda vez que tendrán relevancia en su esfera jurídica.</p>	
VIETTEL PERÚ S.A.C.	<p>En relación a dicho artículo, es positivo que los criterios para la determinación del análisis y selección de la muestra correspondiente sea encargado a la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI), por ser un 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, conforme al artículo 45 del ROF del OSIPTEL.</p> <p>Sobre el particular, consideramos que la DFI debe proponer elaborar el instructivo que contenga dichos criterios de determinación, sin embargo; su aprobación sea a través de una Resolución de Gerencia General o de Consejo Directivo, por ser Órganos de Alta Dirección del Regulador.</p>	Con relación a los comentarios sobre la técnica del muestreo, considerar lo indicado previamente.
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
<p>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, levantamientos de información, conexiones remotas a los sistemas o bases de datos de las entidades supervisadas, entre otros.</p>		<p>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, levantamientos de información, conexiones remotas a los sistemas o bases de datos de las entidades fiscalizadas, entre otros.</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	La propuesta en este extremo del Proyecto pasa por incorporar en las acciones de fiscalización sistemas de “conexiones remotas a los sistemas o bases de datos de las entidades supervisadas.”	A la fecha, existe base legislativa suficiente que reconoce competencias amplias de supervisión a favor del OSIPTEL y, sobre todo, base normativa específica que reconoce de forma general la posibilidad de que este

<p>Anteriormente el regulador ha aprobado proyectos similares buscando la aprobación de sistemas de acceso remoto para la entrega de información solicitada y reiteradamente hemos observado la ausencia de habilitación legal para dichas disposiciones.</p> <p>Esto se debe, nuevamente reiteramos, a que ninguna de las normas con rango legal que desarrolla las atribuciones del OSIPTEL, tales como el Decreto Supremo N° 013-93-TC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, o la Ley N° 26285, le otorga expresamente al OSIPTEL la facultad de imponer un sistema de acceso remoto a las bases de datos de los operadores en los términos tan abiertos que propone el Proyecto.</p> <p>Una lectura detallada de algunas de las normas que especifican las facultades regulatorias del OSIPTEL nos demuestra la inexistencia de una disposición que faculte a la entidad a exigir cargas relacionadas con el acceso remoto.</p> <p>Por ejemplo, el artículo 13.2 de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL¹⁰, señala por ejemplo que: “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”. La norma que observamos regula expresamente un tipo de entrega de información vinculado a la subida de documentos a través de plataformas en línea, sin mencionar conexiones remotas a las bases de datos.</p> <p>Tampoco existe sustento en el artículo 16.2 de la misma Ley N° 27336, al referirse a la obligación de las empresas operadoras de “brindar todas las facilidades a los funcionarios de OSIPTEL para ejecutar todas las pruebas técnicas y mediciones solicitadas con motivo de la acción de supervisión, con aparatos y equipos de la propia empresa o, si OSIPTEL lo considera conveniente, con sus aparatos y equipos o los de terceros”.</p> <p>Dicha disposición se refiere a los actos de supervisión en las instalaciones de la propia empresa en los cuales se produzca algún tipo de levantamiento de información, situación que es distinta a otorgar una conexión remota.</p> <p>En resumen, ninguna de las disposiciones citadas incluye en modo alguno la implementación de una conexión de acceso remoto. Las normas se refieren explícitamente a la entrega de información en soportes informáticos y no a una conexión como la sugerida en el Proyecto.</p> <p>Por tanto, el OSIPTEL carece de cobertura legal a efectos de exigir una conexión remota a las bases de datos de los operadores. Se trata únicamente de una medida que arbitrariamente interviene sobre la libertad de empresa</p>	<p>regulador recabe información mediante el empleo de mecanismos informático o de transmisión de datos en línea o similares:</p> <p>“Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL Artículo 13.- Plazos y condiciones para la entrega de información (...)”</p> <p>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)</p> <p>Asimismo, la Ley N° 27336 reconoce el ejercicio de esta función de forma amplia, mas no aterriza ni 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 “<i>todo acto</i>” y “<i>bajo cualquier modalidad</i>”:</p> <p>“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)</p> <p>Igualmente, el propio Consejo Directivo del OSIPTEL, mediante Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, dispuso expresamente que se adopten acciones para la implementación del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras, según los siguientes términos:</p> <p>“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 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.</p>
--	--

<p>(organización y dirección de nuestras actividades) al imponer una serie de cargas regulatorias adicionales y por ello resulta ilegal y en sí misma inconveniente para los objetivos de fiscalización.</p> <p>De otro lado, hacemos notar que términos del acceso remoto incorporados en el Proyecto no son compatibles con el régimen de fiscalización previsto en la LPAG que el propio OSIPTEL pretende adaptar, el cual presupone -como una manifestación del derecho de defensa- que el administrado fiscalizado participe (o pueda participar) en la acción de fiscalización o supervisión ejerciendo determinados derechos.</p> <p>Por ejemplo, el numeral 4 del artículo 240 de la LPAG permite a la entidad fiscalizadora realizar grabaciones solo si previamente se ha puesto ello en conocimiento del administrado:</p> <p>“Artículo 240.- Facultades de las entidades que realizan actividad de fiscalización</p> <p>240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:</p> <p>(...)</p> <p>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”.</p> <p>Asimismo, el artículo 241 de la misma norma establece como obligaciones de la Administración identificarse presentando su credencial y entregar copia del acta de fiscalización al administrado, lo cual -obviamente- presupone que el mismo participa en la inspección.</p> <p>“Artículo 241.- Deberes de las entidades que realizan actividad de fiscalización</p> <p>241.2 Las autoridades competentes tienen, entre otras, los siguientes deberes en el ejercicio de la actividad de fiscalización:</p> <p>(...)</p> <p>2. Identificarse a requerimiento de los administrados, presentando la credencial otorgada por su entidad, así como su documento nacional de identidad”.</p> <p>De igual manera, el artículo 242 de la LPAG señala como derechos de los administrados fiscalizados -entre otros-: requerir las credenciales de los fiscalizadores, realizar grabaciones, incluir sus observaciones en el acta y llevar asesoría profesional a la diligencia:</p> <p>“Artículo 242.- Derechos de los administrados fiscalizados</p> <p>Son derechos de los administrados fiscalizados:</p>	<p>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.”</p> <p>Más clara es aún la Ley N° 27336, la cual prevé en su artículo 15 que:</p> <p><i>“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:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>c) Acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red de la entidad supervisada”</i></p> <p>Esto es recogido también en el artículo 12 del RGS, según el cual:</p> <p><i>“Los supervisores están plenamente facultados para realizar lo siguiente:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>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.”</i></p> <p>De este modo, se advierte que las normas aplicables a la fiscalización permiten 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.</p> <p>En el mismo sentido general, lo ha reconocido desde el año 2016 el TUO LPAG, el cual señala que esta actividad se realiza para el control sobre el cumplimiento de obligaciones (jurídico-administrativas):</p> <p>“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización</p>
--	--

	<p>1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.</p> <p>2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización.</p> <p>3. Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen.</p> <p>4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes (...)."</p> <p>Cada uno de estos derechos y obligaciones solo puede materializarse si la entidad fiscalizadora ha permitido al administrado estar presente en la acción de fiscalización. En otras palabras, el cumplimiento de las garantías otorgadas depende necesariamente de que el administrado se encuentre físicamente para tutelar el respeto de la norma por parte de la Administración.</p> <p>Esta condición es esencial dentro de nuestro sistema de fiscalización y permite que todo levantamiento de información pueda darse en pleno conocimiento de la información concreta y precisa que se está solicitando (lo cual se da incluso en las solicitudes de entrega de información, en cuyo caso el administrado es consciente de la información que está presentado).</p> <p>El acceso remoto es incompatible con las disposiciones de la LPAG o lo que es lo mismo, deja sin contenido el capítulo referido a la actividad de fiscalización contenido en la LPAG. Si se pretende imponer una regulación que no permite su tutela durante actuaciones de fiscalización entonces no puede aprobarse porque sería inconsistente con el marco normativo general aplicable.</p> <p>Siendo así, solicitamos que el artículo analizado sea eliminado del texto final del Proyecto.</p>	<p><i>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 (...)"</i></p> <p>Adicionalmente, el TUO 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:</p> <p><i>"240.2 La Administración Pública en el ejercicio de la actividad de fiscalización está facultada para realizar lo siguiente:</i> <i>(...)</i></p> <p>3. <i>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.</i></p> <p>4. <i>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.</i> <i>(...)</i></p> <p>6. <i>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.</i> <i>(...)</i></p> <p>8. Las demás que establezcan las leyes especiales."</p> <p>Como se aprecia, el tenor de los artículos del TUO LPAG en materia de fiscalización no restringe las acciones de supervisión a un detalle taxativo de facultades, ni mucho menos debe interpretarse que las restringe al plano presencial. 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.</p>
--	---	---

		<p>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 ya incluye acciones de supervisión distintas a las que enuncia el TUO LPAG. Esto no vulnera en modo alguno la condición de garantía mínima que recoge el artículo II del TUO LPAG¹⁵, 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.</p>
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Nos remitimos a lo señalado en los comentarios del artículo 25-A. Conforme a lo ya expuesto en nuestros comentarios enviados, reafirmamos nuestra posición que el OSIPTEL carece de facultades atribuidas en su LDFF para esta las fiscalizaciones remotas.</p> <p>Además, ampliamos nuestros comentarios acerca de la conducta del Regulador, en cuanto a la apreciación del incumplimiento reiterado y continuo de los operadores, razón por la cual intentan materializar en este apartado el accionar cuasi inquisidor en perjuicio de las empresas fiscalizadas, accionar opuesto al Principio de Buena Fe que destaca el TUO de la LPAG.</p> <p>Como señalamos, el acceso irrestricto a las bases de datos o elementos de red sin consentimiento previo y con la finalidad de extraer información, no solo excede las facultades del OSIPTEL, sino que supone un afán de excesivo control, contrario al abandono de esquemas comando control, cuando la visión de la regulación tiende a ser más responsiva y menos represiva. Además, mostramos la misma preocupación en caso se opte por tercerizar una vez más estas funciones del OSIPTEL, ahora no solo solo por la información de nuestros abonados, sino además por secreto de telecomunicaciones, que puede concurrir en delitos de fraude informático.</p>	<p>Sobre el comentario relacionado a que el OSIPTEL carecería de facultades para llevar a cabo fiscalizaciones remotas, se reitera que este Organismo Regulador se encuentra legalmente habilitado para monitorear el sector de telecomunicaciones en el marco de sus competencias y, a su vez, para supervisar el cumplimiento de las obligaciones normativas, legales y contractuales por parte de las empresas operadoras, sin perjuicio de las metodologías, vías y/o tecnologías que pudieran ser utilizadas para ello.</p> <p>Ahora bien, en relación al comentario relacionado al excesivo control que desarrollaría este Organismo Regulador, a partir del establecimiento de un acceso remoto para facilitar la función supervisora, corresponde resaltar que no se trata de un acceso irrestricto excesivo y menos aún sin consentimiento previo; al respecto, el artículo 25-A planteado en este mismo proyecto, dispone:</p> <p><i>“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.”</i></p>

¹⁵ **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)

		<p>Siendo así, se tiene que el acceso que se plantea a partir de la modificación del presente Reglamento, estará circunscrito a un conjunto de condiciones, alcances y precisiones, que buscan salvaguardar la información que se comparta, así como optimizar la labor supervisora y de monitoreo por parte del OSIPTEL.</p> <p>A partir de lo expuesto, no nos encontramos frente a una muestra de excesivo control sino ante la necesidad de, 1) plantear metodologías de supervisión más ágiles y menos costosas (en recursos humanos, técnicos y horas/hombre) y, 2) llevar a cabo seguimiento oportuno del cumplimiento de obligaciones por parte de las empresas operadoras, a fin de evitar su contravención y más bien favorecer medidas responsivas.</p>
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	<p>Respecto al presente caso, su Despacho incorpora como mecanismos de fiscalización las conexiones remotas a sistemas y bases de datos, sobre las mismas nos remitimos a los comentarios realizados al artículo 25-A. Asimismo, manifestamos nuestra preocupación toda vez que en el presente proyecto se propone que un tercero con autorización de OSIPTEL pueda ejercer acciones de supervisión, nos remitimos a los argumentos señalados en el artículo 2.</p>	<p>Con relación a los comentarios al presente artículo considerar lo indicado previamente en la posición del OSIPTEL a los comentarios al artículo 25-A.</p>
VIETTEL PERU S.A.C.	<p>Consideramos que la inclusión en el Proyecto Normativo del mecanismo de “conexión remota a los sistemas o base de datos de las entidades supervisadas”, es positivo, sobre todo en el contexto de la Pandemia por el COVID 19.</p> <p>Dichos mecanismos de fiscalización podrían vulnerar la privacidad ni el secreto comercial de las empresas en el mercado de telecomunicaciones, por lo que su aplicación debe ser limitada a determinados supuestos aprobados mediante norma especial.</p> <p>Sin embargo, no basta con que se señale los distintos mecanismos de fiscalización que se emplearían, sino que resulta fundamental que se establezcan las garantías mínimas, derechos, obligaciones, y demás para llevar a cabo dicha supervisión por conexión remota.</p>	<p>Respecto de la posible vulneración a la privacidad y el secreto comercial de las empresas operadoras, nos remitimos a los comentarios efectuados en el artículo 25-A.</p> <p>En relación a la necesidad de que se planteen garantías mínimas, derechos, obligaciones, y demás para llevar a cabo dicha supervisión por conexión remota, corresponde reiterar que ello ya se encuentra establecido en el artículo 25-A, al indicarse lo siguiente:</p> <p><i>“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.”</i></p>
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
Artículo 23.- Requerimientos de información		Artículo 23.- Requerimientos de información Los requerimientos de información son acciones de fiscalización que se materializan mediante el requerimiento escrito de determinada

<p>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.</p> <p>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.</p> <p>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.</p> <p>De presentarse información que corresponda ser declarada como confidencial, se seguirá el procedimiento previsto en la normativa especial emitida por el OSIPTEL.</p> <p>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.</p> <p>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”.</p>	<p>información a las entidades fiscalizadas, relacionada con el objeto de la fiscalización.</p> <p>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.</p> <p>La obligación de entregar información incluye aquella producida con el objeto de preservar aspectos de estrategia comercial o secretos industriales de las entidades fiscalizadas 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.</p> <p>De presentarse información que corresponda ser declarada como confidencial, se seguirá el procedimiento previsto en la normativa especial emitida por el OSIPTEL.</p> <p>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.</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS	
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS	POSICIÓN DEL OSIPTEL
<p>AFIN</p> <p>Los plazos, condiciones, entre otros, se regularán por Instructivo Técnico Nuevamente se precisa que las especificaciones técnicas estarán dispuestas en un Instructivo Técnico, por lo que nos encontramos ante una nueva delegación de función normativa, lo cual vulnera el principio de legalidad.</p> <p>El incumplimiento es obstrucción de la supervisión (multa muy grave) Se incorpora que la no entrega de información implica una obstrucción a la supervisión; sin embargo, a la fecha ya existe una infracción para la falta de entrega de información (Art 7). Asimismo, no se precisa qué información debe entregarse ni en que supuestos aplica, a modo de ejemplo podría solicitarse información que no se tenga obligación a la fecha de custodiar.</p>	<p>En principio, se cuestiona que la aprobación de los instructivos técnicos debería darse mediante norma, siendo solo el Consejo Directivo el competente para aprobarla. En similar sentido, se sostiene que no resulta acorde al principio de legalidad que la Gerencia General regule las especificaciones de las conexiones remotas y de los requerimientos de información a través de instructivos técnicos, toda vez que las Gerencias Generales de los Organismos Reguladores no cuentan con competencias para ejercer la función normativa, facultad reservada exclusivamente para el Consejo Directivo.</p> <p>Al respecto, cabe aclarar que la naturaleza de los instructivos técnicos no es de carácter normativo, sino que los mismos establecen parámetros que</p>

		<p>deberán seguir las empresas operadoras a fin de dar cumplimiento a la norma, en este caso al Reglamento de Supervisión. Siendo ello así, la Gerencia General no estaría ejerciendo una función normativa como se cuestiona.</p> <p>Lo anterior ha sido también objeto de pronunciamiento por parte del OSIPTEL a propósito de la Resolución de Gerencia General N° 00305-2021-GG/OSIPTEL que resolvió “Aprobar el Instructivo Técnico para el cumplimiento de los incisos f) y g) del artículo 4 de la Norma técnica relativa a la implementación del sistema de medición automatizado para la verificación del servicio de acceso a internet por parte del OSIPTEL”¹⁶.</p> <p>Así, en la matriz de comentarios realizados por los interesados al Proyecto de Instructivo Técnico, aprobado a través de la Resolución de Gerencia General N° 00187-2021-GG/OSIPTEL¹⁷, el OSIPTEL señaló que:</p> <p><i>“[...] el Instructivo no constituye una norma, sino únicamente un instrumento técnico que aprobará este Organismo para desarrollar los criterios que deberán seguir las empresas operadoras para dar cumplimiento a la norma. Por lo tanto, el Instructivo Técnico al carecer de carácter normativo, no necesita ser aprobado por el Consejo Directivo del OSIPTEL.</i></p> <p><i>En efecto, el propósito de los instructivos suele ser el de establecer el procedimiento a seguir por parte de las empresas operadoras, para cumplir con las obligaciones establecidas previamente por el OSIPTEL.</i></p> <p><i>En esa línea, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0087-2021-CD/OSIPTEL, se dispuso que la Gerencia General del OSIPTEL aprobará la publicación para comentarios del Instructivo Técnico para el cumplimiento de las obligaciones normativas establecidas en el inciso f) y g) del artículo 4 de la norma. Por lo que dicha actuación de la Gerencia General se desarrolla en estricto cumplimiento de dicho artículo”¹⁸.</i></p>
--	--	---

¹⁶ <https://www.osiptel.gob.pe/media/tdhbijl2/resol305-2021-gg.pdf>

¹⁷ <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-la-publicacion-del-proyecto-de-instructivo-tecnico-resolucion-no-00187-2021-ggosiptel-1960490-1/>

¹⁸ <https://www.osiptel.gob.pe/media/dntndpx4/resol305-2021-gg-matriz-de-comentarios.pdf>

		<p>Cabe precisar que la Gerencia General ya ha emitido diversos Instructivos Técnicos aprobados por las Resoluciones N° 00283-2021-GG/OSIPTEL¹⁹ (Instructivo Técnico del Sistema de seguimiento, monitoreo y fiscalización de bajas y migraciones), N° 00337-2020-GG/OSIPTEL²⁰ (Instructivo Técnico para la implementación del Sistema de Gestión de Usuarios), N° 00327-2020-GG/OSIPTEL²¹ (Instructivo Técnico para el acceso del OSIPTEL a los expedientes virtuales de reclamos de las empresas operadoras), N° 00070-2020-GG/OSIPTEL²² (Instructivo Técnico para el cumplimiento de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad), por lo que no constituye una práctica exclusiva o única del proyecto normativo materia de comentario.</p> <p>De otra parte, cabe señalar que la Gerencia General es debidamente autorizada por el Consejo Directivo para aprobar instructivos técnicos. Por esta razón, en la medida que es este último órgano el encargado de aprobar las modificaciones propuestas al RGS, este Proyecto Normativo propone en sus artículos habilitar a la Gerencia General para que apruebe estos instructivos:</p> <p><i>“Artículo Sexto. - Incluir la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Disposición Complementaria Transitoria al Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, de acuerdo con el siguiente texto:</i></p> <p><i>Disposiciones Complementarias Transitorias. – [...]</i></p> <p><i>Tercera. - Encargar a la Gerencia General del OSIPTEL la aprobación de los instructivos técnicos para la ejecución de lo dispuesto en los artículos 23 y 25-A del presente Reglamento.”</i></p> <p>Por último, la facultad de aprobar instructivos técnicos que ostenta actualmente la Gerencia General se encuentra prevista en la Sección</p>
--	--	--

¹⁹ <https://www.osiptel.gob.pe/media/getlwm24/resol283-2021-gg.pdf>

²⁰ <https://www.osiptel.gob.pe/media/5rgholqs/resol337-gg-2020.pdf>

²¹ <https://www.osiptel.gob.pe/media/xlyjxchl/resol327-2020-gg.pdf>

²² <https://www.osiptel.gob.pe/media/5kvmkly0/res070-2020-gg.pdf>

		<p>Primera del ROF del OSIPTEL, como parte de las funciones que le pueden ser encargadas por el Consejo Directivo:</p> <p>“Artículo 12.- Funciones <i>Corresponde al Gerente General:</i> (...) <p>p) <i>Otras que le encomiende el Consejo Directivo, el Presidente Ejecutivo o que sean propias de su función.”</i></p> <p>Por tanto, es posible concluir que con la aprobación de instructivos técnicos no se estaría vulnerando el principio de legalidad, el cual establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas. Teniendo en cuenta esto, es válido que la Gerencia General sea la autoridad competente para la emisión de instructivos técnicos, en tanto el Consejo Directivo le haya encargado la aprobación de los mismos, respaldándose en la normativa previamente desarrollada.</p> <p>De otro lado, en relación a los incumplimientos de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades <u>para la implementación</u> de las fiscalizaciones remotas, que podrían ser sancionadas en función de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Fiscalización, Instrucción y Sanción, corresponde indicar que lo que se plantea es que las empresas operadoras muestren predisposición para la <u>implementación</u> de las conexiones remotas como vía más ágil para la remisión de información al OSIPTEL.</p> <p>Siendo así, la referencia al artículo 12 del RFIS no está relacionada con una posible conducta obstructiva de parte de las empresas operadoras por la no remisión o demora en la entrega de información, sino más bien está dirigida a una etapa previa, en donde las empresas operadoras deberán cumplir con los parámetros que se establezcan para viabilizar la conexión a sus sistemas, considerando los parámetros y alcances que sean determinados oportunamente.</p> <p>Lo anterior se sustenta en que la conexión remota será una vía adicional (más eficiente) para que el OSIPTEL pueda ejercer su facultad fiscalizadora.</p> </p>
--	--	--

		<p>Al respecto, corresponde señalar que las técnicas y herramientas de fiscalización que ha venido utilizando el OSIPTEL para el cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras fueron diseñadas inicialmente bajo un entorno de mercado menos dinámico, dominado por los servicios de voz y un vector de servicios más pequeño. En cambio, en los últimos diez años se ha apreciado una evolución orientada hacia un vector más amplio de servicios, a un uso más intensivo de los servicios de acceso a internet, tanto en redes alámbricas como inalámbricas; y en contraparte, una involución hacia un menos uso de los servicios de voz. Asimismo, se observa un mayor interés por la calidad del servicio por parte de los usuarios.</p> <p>Los cambios antes señalados justifican plantear mejoras en las técnicas de supervisión que consideren la existencia de un vector más grande de servicios, enfaticen los problemas relacionados con la calidad de los servicios, en especial, respecto al servicio de acceso a internet, así como priorizar el uso eficiente de los recursos, utilizando los recientes avances tecnológicos, nuevas fuentes de información y efectuando una supervisión diferenciada según las características del problema o incumplimiento detectado.</p> <p>Adicionalmente, no debe dejar de indicarse que la labor supervisora es de vital importancia para el mercado y para los usuarios, pues permite salvaguardar el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales establecidos tanto en la normativa propia del OSIPTEL como en los contratos de concesión suscritos por las empresas operadoras con el Estado Peruano. Por tanto, agilizar la ejecución de actividades vinculadas a la supervisión, impacta directamente en el mercado de telecomunicaciones en general.</p> <p>Siendo así, acogiendo su comentario, se considera pertinente tipificar de manera directa el incumplimiento de plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación de conexiones remotas, calificándola como una infracción grave por el impacto relevante que tiene en el sector de las telecomunicaciones Asimismo, se precisa que dicha tipificación será consignada, por especialidad, en el marco del artículo 25-A.</p>
--	--	---

<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>El Artículo bajo comentario, además de sustituir el término “supervisión” por “fiscalización”, dispone que la entrega de información se podrá realizar a través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementadas para tales fines.</p> <p>Asimismo, incluye en el último párrafo del Artículo bajo comentario la configuración de una infracción muy grave, en los siguientes supuestos: “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”.</p> <p>Ahora bien, el Artículo 12° del RFIS dispone: “La empresa operadora que, por cualquier medio, demore, obstaculice y/o impida, ya sea la realización como el desarrollo de una acción de supervisión, así como, ejecute cualquier otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo, incurrirá en una infracción muy grave”.</p> <p>Sin perjuicio de considerar innecesaria esa peligrosa tendencia orientada a penalizar casi todas las conductas incluidas en un texto normativo, proponiendo elevada multas pecuniarias, apreciamos que el organismo regulador al sancionar el incumplimiento de una conducta que implica la implementación de servidores o plataformas electrónicas virtuales, estaría atentando contra el Principio de Razonabilidad, en tanto que no estaría considerando debidamente que dicha implementación podría requerir más tiempo del plazo otorgado, al involucrar una serie de acciones por parte de nuestro personal técnico; ello, sumado al tipo de información que se requiera, dado que podría tratarse de información sensible, reservada o confidencial, cuya entrega requiere necesariamente el establecimiento de medidas de seguridad a nivel de sistemas que protejan su contenido en el traslado virtual de dicha información.</p> <p>En tal sentido, la sanción de dicha conducta no necesariamente estaría sustentada en una alegada “demora”, “obstaculización”, “impedimento” u “otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo”, pues podrían existir factores debidamente justificados que nos impidan cumplir con la entrega de determinada información en el corto plazo otorgado por el regulador, sin que ello implique la necesaria configuración de la conducta infractora descrita en el artículo bajo comentario.</p> <p>Por otro lado, existen casos en los cuales el regulador solicita determinada información que no se encuentra en línea, por lo que resultaría imposible entregarla en el corto plazo de dos (2) días, dado que la misma debe ser</p>	<p>En relación a los incumplimientos de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades <u>para la implementación</u> de las fiscalizaciones remotas, que podrían ser sancionadas en función de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Fiscalización, Instrucción y Sanción, nos remitimos a los comentarios efectuados en función de lo planteado por AFIN.</p> <p>Ahora bien, es preciso diferenciar el plazo para la implementación de la conexión remota permanente y en tiempo real, del plazo específico que será otorgado por el OSIPTEL en cada caso particular.</p> <p>En cualquier escenario, el plazo que se otorgue en cada caso en particular será evaluado oportunamente, considerando no solo la naturaleza de la información, sino también el volumen de la misma y el nivel de procesamiento que pueda ser requerido.</p> <p>Finalmente, el plazo de dos (2) días para la remisión de información, establecido en el artículo materia de comentario, es un mínimo que podría ser mayor en función de diversos factores; no obstante, se reitera que los plazos que sean otorgados serán razonables y proporcionales.</p> <p>Ahora bien, respecto del comentario sobre la implementación de los instructivos técnicos y su implicancia en los plazos, se debe indicar que el propósito de los instructivos con relación a los mecanismos de supervisión previstos en los artículos 23 y 25-A, contendrán especificaciones sustancialmente de contenido técnicos, por estar referido al uso de soluciones tecnológicas, de modo que como en los referidos artículos, entre otros el OSIPTEL procederá a fijar plazos para que se lleven a cabo las acciones necesarias para su implementación.</p> <p>En tanto dichos lineamientos se emitan las acciones de fiscalización que viene ejecutando el OSIPTEL se seguirán sometiendo a las consideraciones vigentes y demás normas que resulten aplicables.</p>
---	---	--

	<p>reconstruida, reprocesada y posteriormente analizada para su entrega. Ello no implica de modo alguno una “demora”, “obstaculización”, “impedimento” u “otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo” de la acción de supervisión, sino más bien una situación concreta que no resulta ajena al conocimiento del regulador, por lo que pretender imponer una sanción muy grave en esos casos atentaría contra la buena fe y el mencionado Principio de Razonabilidad.</p> <p>Una muestra de ello es la recurrente y necesaria remisión de comunicaciones de otorgamiento de ampliación de plazo en casi todos los requerimientos del regulador, circunstancia que se produce no por un ánimo de incumplimiento sino por la dificultad de sistematizar la información y ponerla a disposición del OSIPTEL en los términos requeridos, que casi siempre (por el uso de formatos específicos) no coincide con la forma en que la información es almacenada. Una disposición como la citada inevitablemente generara supuestos de incumplimiento por conductas que en la realidad escapan al control de las operadoras y afectaría gravemente la confianza mutua entre los actores.</p> <p>Por otro lado, el párrafo agregado tampoco cumple con el Principio de Tipicidad, pues este simplemente se remite a lo tipificado en el Artículo 12° del RFIS. Lo que ocasionará en realidad será que la interpretación de “demora”, “obstaculización”, “impedimento” u “otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo”, quedará al solo criterio del funcionario que realice la supervisión o recomiende el inicio de un procedimiento sancionador, lo cual evidenciará una vulneración a diversos principios rectores de la LPAG, entre ellos al Principio de Culpabilidad.</p> <p>En tal sentido, consideramos que el regulador deberá efectuar un análisis crítico de los hechos, caso por caso, reconociendo que no necesariamente el incumplimiento de plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación de servidores o plataformas electrónicas virtuales, deben ser considerados como una “demora”, “obstaculización”, “impedimento” u “otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo”, en tanto que dicho concepto es excesivamente y claramente subjetivo, en tanto que de su interpretación se podrían desprender inadecuadas consecuencias en caso algún funcionario considere que un hecho (p.e. la revisión de información confidencial que se nos requiere enviar en el mismo momento de la supervisión a través de un servidor o plataforma) sea calificado como una obstaculización mientras que en otros casos similares podría considerarse que no se presenta dicha conducta.</p> <p>Se debe tener en cuenta además que en distintas oportunidades es el propio OSIPTEL quien no efectúa un adecuado o claro requerimiento al administrado, generando (como es natural) dudas en su interpretación y que</p>	
--	--	--

	<p>en todo caso requieren de alguna precisión y/o aclaración por parte del propio Regulador, sin que esto deba generar que la empresa esté en riesgo de ser sancionada sin una razón justificada para ello.</p> <p>En ese sentido, sobre la base de lo anterior, solicitamos que se elimine la tipificación sancionadora de la conducta incluida en el último párrafo del Artículo bajo comentario, pues existe la posibilidad de que se nos pueda imputar una doble infracción (y por ende sanción) frente a un mismo supuesto incumplimiento.</p>	
WI-NET TELECOM S.A.C.	<p>Se sugiere aprobar la implementación, a través de los instructivos técnicos dispuestos para tal fin, que esta sea dentro de un plazo razonable; considerando ciertas fases progresivas de ejecución, tomando como criterio los alcances y condiciones de las empresas más pequeñas en el mercado peruano.</p>	<p>Se acoge la sugerencia planteada por la empresa operadora; no obstante, la misma será implementada en el marco de los instructivos o normas específicas en donde se desarrolle la fiscalización remota en cada materia particular (vg. usuarios, calidad, cobertura, entre otros).</p>
ENTEL PERÚ S.A.	<p>Nos remitimos a lo señalado en los comentarios del artículo 25-A.</p> <p>En referencia a los requerimientos de información debemos señalar que, la modificación debe ir acorde a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, es decir, al establecerse el plazo para que la empresa entregue la información, el mismo debe ser resultado de un análisis previo, proporcional a la finalidad perseguida-obtener la información.</p> <p>En esa línea, debe evaluar si el plazo que está otorgando es razonable y proporcional, esto es, el plazo guarda conformidad con lo que está solicitando; es por ello, que consideramos oportuno que el regulador efectúe un test de proporcionalidad en cada requerimiento, más aún si es quién requerirá la información en determina condición o forma; la cual no necesariamente guardará correspondencia con lo lógica implementada por las empresas operadoras para cautelar ésta.</p> <p>En efecto, si el OSIPTEL establece las condiciones y formas de entrega las cuales muchas veces varía de supervisión en supervisión e incluso de la misma materia, ¿cómo pretende que cada empresa operadora que en base a la libertad de empresa ha diseñado su propia organización; entregue la información en dos (02) días? Conforme se ha advertido existen muchos requerimientos de información que no solo son voluminosos, que parten de periodos de seis (06) hasta de un (1) año de antigüedad, sino que el regulador establece un formato de entrega, se realice en tan corto tiempo.</p> <p>Si bien, como empresas operadoras tenemos la obligación de cautelar la información por un periodo de tiempo determinado, ello, no involucra que tengamos la información disponible en tan corto tiempo, si no que dada la</p>	<p>En relación a los comentarios de la empresa operadora corresponde indicar que el plazo que se otorgue en cada caso en particular será evaluado oportunamente, considerando no solo la naturaleza de la información, sino también el volumen de la misma y el nivel de procesamiento que pueda ser requerido.</p> <p>En esa línea, el plazo de dos (2) días establecido en el artículo materia de comentario es un mínimo que podría ser mayor en función de diversos factores; no obstante, se reitera que los plazos que sean otorgados serán razonables y proporcionales.</p> <p>De otro lado, es preciso señalar que las empresas operadoras se encuentran habilitadas a efectuar requerimientos de ampliación de plazo cuando lo consideren pertinente, los mismos que son evaluados por el OSIPTEL y que, son otorgados siempre que se haya fundamentado la necesidad de contar con un plazo adicional para cumplir con lo solicitado en el marco de una acción de supervisión.</p>

	<p>confidencialidad y la sensibilidad de la misma es que desplazamos protocolos y medidas de seguridad para evitar su exposición ello, siguiendo las buenas prácticas de protección de la información y de los datos personales; por lo que su extracción involucra plazos considerables y superiores incluso a los veinte (20) días hábiles, a manera de ejemplo, citamos los requerimientos de CDRs, tráfico de red, de contratos de clientes, logs de portabilidad, logs de mensajería de texto, entre otros.</p> <p>En ese sentido, consideramos que el plazo de dos (02) días hábiles para entregar la información o incluso la entrega de la información de manera inmediata no solo transgrede los principios antes mencionados; si no que nos causa preocupación que el organismo supervisor a pesar de que tenga conocimiento pleno de los requerimientos de información y lo involucra su extracción; pretenda sancionar a las empresas operadoras que no cumplan con dichos plazos, lo que evidencia un animus sancionatorio por parte del regulador.</p> <p>En esa línea, el Informe y la Exposición de Motivos que sustenta el Reglamento no ha establecido los motivos por los cuales se estaría optando por dichos plazos contraviniendo con ello, lo recomendado por la OCDE al señalar que debe existir un análisis ex ante al establecer una regulación.</p> <p>Lo antes señalado es particularmente grave, porque en la práctica, el organismo regulador está trasladando a una norma plazos que conoce de antemano que son incumplibles por diversas razones, y aun así los plantea en la vía reglamentaria. No se está tomando en cuenta la realidad de las empresas operadoras, dado que no toda la información que se solicita existe y cuando efectivamente existe en una fuente, esta puede que no esté disponible en el formato deseado o que se requiera incluso de un desarrollo mayor para poder extraerla, a lo cual se suma la antigüedad de la misma.</p> <p>En ese sentido, solicitamos que los plazos de entrega de información que no forman parte de una obligación preestablecida no puedan ser en ningún caso menor a 20 días hábiles, quedando sujeta su entrega a la existencia de la información en la forma que la tenga disponible la empresa. La información que la empresa no posea o que requiera un desarrollo o modificación de los sistemas de la empresa, no debería ser exigible en ningún caso, salvo que sea incorporada en una norma que fije la obligación de entregarla y que otorgue un plazo adecuado para su implementación.</p>	
--	---	--

	Las empresas operadoras comprendemos que la información es un elemento fundamental para el cumplimiento de las funciones del organismo regulador, pero es asimismo importante que ésta sea solicitada previo análisis de los principios de costos eficiencia, proporcionalidad y razonabilidad.	
HUGHES DE PERÚ S.R.L.	Respecto al plazo para remitir información solicitada por OSIPTEL. De acuerdo al artículo 23 propuesto, se plantea dos (2) días como plazo mínimo para que las empresas operadoras puedan remitir la información solicitada por OSIPTEL. Al respecto, si bien dicho plazo es únicamente un piso, consideramos que el plazo de dos (2) días es muy poco, teniendo en cuenta que OSIPTEL puede solicitar información técnica que debe ser procesada y simplificada para cumplir adecuadamente los requerimientos.	<p>En relación a los comentarios de la empresa Hughes de Perú S.R.L., corresponde indicar que el plazo que se otorgue en cada caso en particular será evaluado oportunamente, considerando no solo la naturaleza de la información, sino también el volumen de la misma y el nivel de procesamiento que pueda ser requerido.</p> <p>En esa línea, el plazo de dos (2) días establecido en el artículo materia de comentario es un mínimo que podría ser mayor en función de diversos factores; no obstante, se reitera que los plazos que sean otorgados serán razonables y proporcionales.</p> <p>De otro lado, es preciso señalar que las empresas operadoras se encuentran habilitadas a efectuar requerimientos de ampliación de plazo cuando lo consideren pertinente, los mismos que son evaluados por el OSIPTEL y que, son otorgados siempre que se haya fundamentado la necesidad de contar con un plazo adicional para cumplir con lo solicitado en el marco de una acción de supervisión.</p>
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	<p>El artículo en mención señala que 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. Nos preocupa el texto de este artículo en tanto se faculta la entrega de estrategias comerciales o secretos industriales a OSIPTEL, aun cuando el mismo proyecto prevé que el Regulador podrá tercerizar su acción fiscalizadora en terceros.</p> <p>Al respecto debemos indicar que esta situación podría poner en peligro la continuidad de nuestra operación comercial al tener que liberar secretos comerciales y/o industriales frente a terceros, por lo que solicitamos retirar dicha referencia.</p> <p>Respecto al artículo en mención, manifestamos nuestra preocupación por la redacción, toda vez que su Despacho se encuentra incluyendo la posibilidad que los requerimientos de información se realicen a través de medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales</p>	<p>Respecto de que la obligación de entregar información incluye aquella producida con el objeto de preservar aspectos de estrategia comercial o secretos industriales de las entidades fiscalizadas 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; es preciso indicar que dicho párrafo no ha sido materia de modificación, sin embargo, en relación a información sensible, las empresas operadoras tienen la posibilidad de solicitar la confidencialidad de sus datos de acuerdo a lo establecido en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 178-2012-CD/OSIPTEL.</p> <p>En relación a los incumplimientos de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades <u>para la implementación</u> de las fiscalizaciones remotas, que podrían ser sancionadas en función de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Fiscalización, Instrucción y Sanción, nos remitimos a los comentarios efectuados en función de lo planteado por AFIN</p>

	<p>finas; sin embargo, como desarrollaremos en el artículo 25-A, estas implementaciones pueden tener un costo elevado, el mismo que no ha sido analizado en el presente proyecto normativo.</p> <p>El artículo en mención señala que 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. Nos preocupa el texto de este artículo en tanto se faculta la entrega de estrategias comerciales o secretos industriales a OSIPTEL, aun cuando el mismo proyecto prevé que el Regulador podrá tercerizar su acción fiscalizadora en terceros, lo cual como ya mencionamos en nuestros comentarios al artículo 2 puede resultar riesgoso para el mercado y perjudicial para las empresas.</p> <p>Asimismo, cabe señalar que su Despacho dispone que la no entrega de información en las condiciones en las que sea señalada por su Despacho en la implementación implicaría una obstrucción para la actividad de fiscalización, en este supuesto se está agravando la situación de los abonados toda vez que ya existe una sanción por la no entrega de información, la misma que se encuentra en el artículo 7 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL. Por ello, en este caso se tiene un agravamiento de la consecuencia jurídica, el mismo que no se encuentra sustentado ni desarrollado en la exposición de motivos ni en el informe N° 00143-DFI/2021 que sustenta la presente propuesta normativa, por lo que no cuenta con sustento la propuesta normativa y no resulta razonable el cambio propuesto por su Despacho.</p> <p>Finalmente, cabe precisar que su Despacho indica que será sancionable la no entrega de información en los plazos, alcances, condiciones establecidas; sin embargo, su Despacho no ha contemplado la posibilidad que las empresas operadoras cuenten con la información solicitada, pero que la misma no sea almacenada en el formato o detalle que su representada solicite, pero que esto no impida u obstruya la supervisión, en este caso no resulta razonable que se pretenda sancionar el incumplimiento de la entrega en un formato específico, esto atentaría contra el principio de informalismo que rige el accionar de la administración pública. De igual manera debe considerarse aquellos casos en los que su representada requiera información cuya custodia no se encuentre regulada en la normativa del sector, en estos casos no resulta</p>	
--	---	--

	<p>legal imponer una sanción por la no entrega de información que las empresas no se encuentran obligadas a custodiar.</p>	
<p>VIETTEL PERÚ S.A.C.</p>	<p>Consideramos que la infracción tipificada en el último párrafo resulta confusa y perjudicial a las empresas operadoras.</p> <p>Ello debido a que se busca tipificar una conducta no contenida en el tipo infractor del artículo 12 del RFIS que más bien está referida a la obstaculización de la acción de supervisión.</p> <p>Asimismo, encontramos errores en la técnica legislativa de OSIPTEL ya que ya están tipificadas las infracciones relativas a la entrega de información (artículos 7, 8, 9, 10 y 11 del Reglamento del RFIS).</p> <p>Asimismo, el OSIPTEL mediante este artículo pretende revestir de obligatoria la entrega de información de naturaleza estrictamente comercial o incluso de secreto industrial, con lo cual se podría afectar de manera irreversible nuestras estrategias comerciales, más aún cuando la declaración de información confidencial no garantiza que nuestra información no llegue a ser de conocimiento de terceros.</p> <p>En ese sentido expresamos nuestro enérgico rechazo a esta nueva medida ya que el OSIPTEL excede sus facultades de organismo regulador tergiversando su rol en el mercado.</p>	<p>En relación a los incumplimientos de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades <u>para la implementación</u> de las fiscalizaciones remotas, que podrían ser sancionadas en función de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Fiscalización, Instrucción y Sanción, nos remitimos a los comentarios efectuados en función de lo planteado por AFIN.</p> <p>Adicionalmente, se debe indicar que el propósito de los instructivos con relación a los mecanismos de supervisión previstos en los artículos 23 y 25-A, contendrán especificaciones sustancialmente de contenido técnicos, por estar referido al uso de soluciones tecnológicas, de modo que como en los referidos artículos, entre otros el OSIPTEL procederá a fijar plazos para que se lleven a cabo las acciones necesarias para su implementación.</p> <p>Respecto de que la obligación de entregar información incluye aquella producida con el objeto de preservar aspectos de estrategia comercial o secretos industriales de las entidades fiscalizadas 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; es preciso indicar que dicho párrafo no ha sido materia de modificación, sin embargo, en relación a información sensible, las empresas operadoras tienen la posibilidad de solicitar la confidencialidad de sus datos de acuerdo a lo establecido en el Texto Único Ordenado del Reglamento de Información Confidencial del OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 178-2012-CD/OSIPTEL.</p>
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
<p>“Artículo 30.- Alertas Preventivas</p> <p>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.</p> <p>El OSIPTEL llevará un registro único de las Alertas Preventivas impuestas a las entidades supervisadas, el cual deberá contener como mínimo lo siguiente:</p> <p>a) El nombre de la entidad supervisada;</p> <p>b) La obligación cuyo riesgo de incumplimiento ha sido informado a la entidad supervisada;</p> <p>c) El número, fecha y descripción del documento que comunica la alerta preventiva;</p>		<p>“Artículo 30.- Alertas Preventivas</p> <p>El órgano competente para realizar las actividades de fiscalización podrá emitir una Alerta Preventiva, a fin que la entidad fiscalizada informe al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación fiscalizada.</p> <p>El OSIPTEL llevará un registro único de las Alertas Preventivas impuestas a las entidades fiscalizadas, el cual deberá contener como mínimo lo siguiente:</p>

<p>d) La fecha en que se comunicó la alerta preventiva a la entidad supervisada; e) Indicación si la entidad supervisada cumplió con dar respuesta a la alerta preventiva emitida y; f) El número de expediente de fiscalización.</p> <p>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”.</p>	<p>a) El nombre de la entidad fiscalizada; b) La obligación cuyo riesgo de incumplimiento ha sido informado a la entidad fiscalizada; 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 fiscalizada; e) Indicación si la entidad fiscalizada cumplió con dar respuesta a la alerta preventiva emitida y; f) El número de expediente de fiscalización.</p> <p>El Registro de Alertas Preventivas actualizado será publicado en la página web del OSIPTEL.</p> <p>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”.</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS	
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS	POSICIÓN DEL OSIPTEL
AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	<p>El presente artículo del Proyecto pretende sustituir a las “Medidas de Advertencia” por las “Alertas Preventivas”. Según el Proyecto de Norma y el Informe N° 143-DFI/2021, estas se podrían emitir en el marco de un procedimiento de fiscalización preventiva y constituyen comunicaciones que el órgano supervisor podrá emitir a la entidad supervisada, a fin de que ésta informe al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación supervisada. Adicionalmente, este artículo señala que de no cumplir con entregar la información solicitada en una “Alerta Preventiva”, la entidad supervisada podrá ser sancionada de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del RFIS o la norma que lo sustituya, es decir, con una infracción grave sancionada con una multa de entre 51 y 150 UIT. Dicha situación resulta contraria a los lineamientos que inspiraron la aprobación del vigente Reglamento General de Supervisión, el cual, conforme ha sido expresado por el propio regulador en innumerables oportunidades, contiene disposiciones orientadas a racionalizar la actividad sancionadora del</p> <p>Con relación a lo señalado por la empresa operadora, cabe indicar que el enfoque de cumplimiento normativo contemplado en el TULO 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.</p> <p>Es así que, la finalidad del TULO de la LPAG no es sancionar las conductas infractoras, sino llegar a un estado de cumplimiento de las normas, 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 engorrosos o excesivos.</p> <p>Como advierte la doctrina, la fiscalización reviste una connotación educativa e informadora²⁴ que será empleada para, en primera instancia, informar al particular sobre las obligaciones a su cargo, los mecanismos a</p>

²⁴ 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 TULO de la Ley del Procedimiento Administrativo. En: ZEGARRA, Diego (Coord.). La proyección del Derecho administrativo peruano. Lima: Palestra Editores. 2019. pp. 445-466.

	<p>OSIPTEL, encausando sus actuaciones con sujeción al Principio de Razonabilidad, regulado en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.</p> <p>En efecto, consideramos que la sustitución de las Medidas de Advertencia por las Alertas Preventivas implica claramente un ánimo sancionatorio por parte del regulador, en tanto las Medidas de Advertencia tienen una aplicación limitada sujeta a ciertos supuestos expresamente señalados en la norma y, sobre todo, una finalidad meramente preventiva y que, en modo alguno, debería generar sanciones administrativas.</p> <p>Sin perjuicio de que las Medidas de Advertencia no han sido utilizadas por el regulador de forma óptima²³, pues casi todos los incumplimientos advertidos han sustentado el inicio de innumerables procedimientos sancionadores, la existencia de dicha figura no implicó la imposición de una obligación adicional por parte del regulador para con el administrado, como sí sucede con las Alertas Preventivas, que además de pretender la corrección de alguna conducta o el cumplimiento de alguna obligación normativa, establece una obligación adicional consistente en comunicar al OSIPTEL las acciones que adoptará para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento de la obligación supervisada, cuyo incumplimiento generará automáticamente, una infracción al Artículo 7° del RFIS. Como vemos, se pretende claramente la incorporación de una obligación adicional consistente en requerir información de carácter obligatorio y perentorio (carga administrativa), situación que ratifica el excesivo ánimo punitivo por parte del regulador.</p> <p>En realidad, estamos entonces en la práctica ante una orden o medida administrativa, la misma que tiene una finalidad y características distintas pues, en primer lugar, la orden está destinada a corregir directamente una conducta ilícita pero además impone una carga o gravamen previos descargos presentados por el administrado en el marco de un procedimiento. Dicho de otro modo, las Alertas Preventivas desnaturalizan su propia finalidad con la regulación propuesta.</p> <p>En efecto, al no haberse precisado la obligatoriedad de que el órgano supervisor ejecute acciones de verificación respecto a los resultados obtenidos por la Alerta Preventiva, se ha trasladado esta obligación a las empresas operadoras, quienes deberán remitir determinada información en respuesta a la Alerta Preventiva, caso contrario se configurará una infracción al Artículo 7° del RFIS. Esta situación inusual en la que se trasladan las obligaciones y</p>	<p>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, considerando la finalidad correctora que también tiene la actividad de fiscalización.</p> <p>Por ello, reviste de mayor relevación las distintas formas de conclusión de la actividad de fiscalización regulados en el TUO de la LPAG entre los cuales están lo descrito en el artículo 245°, que señala:</p> <p>“Artículo 245.- Conclusión de la actividad de fiscalización 245.1 Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en: 1. La certificación o constancia de conformidad de la actividad desarrollada por el administrado. 2. La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado. 3. La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas. 4. La recomendación del inicio de un procedimiento con el fin de determinar las responsabilidades administrativas que correspondan. 5. La adopción de medidas correctivas. 6. Otras formas según lo establezcan las leyes especiales. 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.” (Resaltado agregado)</p> <p>Estamos, por tanto, ante el reconocimiento expreso de que, en algunas ocasiones, la fiscalización únicamente tendrá un propósito preventivo, informativo o de alerta de riesgos, pues el objetivo no es imponer el castigo sino lograr el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones</p>
--	--	--

²³ Por ejemplo, el literal d) del Artículo 30° del Reglamento General de Supervisión establece que la Medida de Advertencia se podrá emitir “cuando la verificación del cumplimiento de una obligación se hubiere efectuado sobre una muestra a la que se refiere el Artículo 16° del Reglamento de Supervisión, y la cantidad de incumplimientos detectados en dicha muestra no supere un porcentaje determinado, el cual será establecido en los criterios a los que se refiere la Cuarta Disposición Complementaria Final”. Lamentablemente, nunca fue posible la aplicación de una medida de advertencia en estos casos, en tanto que los referidos criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente nunca fueron aprobados.

	<p>funciones de los supervisores a las entidades fiscalizadas resulta completamente insólita e</p> <p>Reiteramos, el regulador pretende materializar nuevamente esa peligrosa tendencia orientada a penalizar casi todas las conductas incluidas en un texto normativo, proponiendo elevadas multas pecuniarias.</p> <p>Por lo mismo expresamos nuestro desacuerdo con la sustitución de las Medidas de Advertencia por las Alertas Preventivas, y más específicamente con el hecho de que a través de esta figura se haya previsto que “el incumplimiento de remitir la información solicitada en una Alerta Preventiva, será sancionado de conformidad con el Artículo 7° del RFIS”.</p> <p>Estamos ante un nuevo supuesto de supresión del enfoque preventivo ante el contenido que el regulador pretende dar a esta figura denominada Alerta Preventiva, con la creación de sanciones administrativas elevadas.</p> <p>incongruente con el enfoque preventivo (que privilegia acciones de subsanación voluntaria no atadas a una amenaza de sanción) y confirma el evidente y arbitrario ánimo punitivo del Proyecto.</p> <p>En atención a ello, consideramos que no resulta válida la comparación que realiza el regulador en el Informe N° 143-DFI-2021 --a la experiencia de algunas entidades que tienen regulada la opción de realizar acciones de supervisión únicamente con propósitos preventivos-- para fundamentar la aplicación de las “Alertas Preventivas”, en tanto que las referencias de algunas entidades citadas en el referido informe, tienen en efecto un propósito claramente preventivo como el de la Medida de Advertencia, a diferencia de las Alertas Preventivas que, contrariamente a la prevención, se orientan a un fin punitivo al incorporar una obligación adicional (requerimiento de información), generándose una doble sanción.</p> <p>Nos permitimos trasladar el siguiente ejemplo: En el marco de una fiscalización preventiva, el supervisor (con el presente Proyecto, denominado “fiscalizador”) decide emitir a la entidad supervisada una Alerta Preventiva, mediante la cual requiere que se informe en un plazo determinado las acciones a tomar sobre un posible incumplimiento de la norma materia de fiscalización. De tal manera que, en el supuesto que la entidad supervisada no pueda remitir la información dentro del plazo otorgado en la Alerta Preventiva, el organismo regulador se encontrará facultado para iniciar un</p>	<p>administrativas, lo que se podrá materializar con la emisión de una Alerta Preventiva.</p> <p>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. Al respecto, cabe citar a Morón, J.C. (2020)²⁵ que señala respecto a las alertas que emita la administración que, <i>“resulta obvio decir que corresponderá a la autoridad realizar un seguimiento a dichas notificaciones y al fiscalizado brindar información posterior de lo que haya decidido en base a esas alertas, para asegurar el desarrollo de sus actividades apegadas al cumplimiento normativo.”</i></p> <p>En este sentido, resulta incorrecto lo señalado por la empresa operadora, que la emisión de la Alerta Preventiva, revela claramente el ánimo punitivo del regulador, que incorpora una obligación adicional de entrega de información, toda vez que como ya ha sido detallado, esta se emite en el marco de la finalidad preventiva, y con el ánimo que la administrada ejecute acciones de corrección voluntarias, que deben ser puestas en conocimiento del Regulador, caso contrario no es posible tomar conocimiento si la finalidad preventiva ha sido cumplida. De ahí que la respuesta del administrado es relevante para conocer su actitud y posición respecto a los hechos advertidos, en aras de salvaguardar el bien jurídico protegido por la fiscalización.</p> <p>Con relación a la creación de una nueva obligación de entrega de información, cabe indicar que, para el ejercicio de la fiscalización preventiva, el OSIPTEL cuenta con todas las facultades y mecanismos descritos tanto en su Ley de Funciones y Facultades, Ley N° 27336²⁶, el</p>
--	--	--

²⁵ Idém 1.

²⁶ Ley N° 27336

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

13.1 OSIPTEL establecerá los plazos, condiciones y formas para la entrega de información, los cuales deberán ser obligatoriamente observados por la empresa supervisada para la entrega de la información requerida, atendiendo a su tipo, disponibilidad y volumen.

Ello incluye la posibilidad de OSIPTEL para presentar formularios o formatos a ser llenados por la empresa supervisada.

	<p>procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 7° del RFIS, de manera adicional al procedimiento administrativo sancionador que se iniciaría por el incumplimiento de la normativa materia de fiscalización. Ello tendría como consecuencia la imposición de dos (2) posibles sanciones pecuniarias en contra de la entidad supervisada.</p> <p>Ello no sucede con la Medida de Advertencia. En efecto, su concepción normativa tuvo por finalidad evitar la aplicación de una medida sumamente gravosa, como lo es el inicio de un procedimiento sancionador, optando por la imposición de dicha figura bajo determinados supuestos expresamente establecidos en la norma, privilegiando, claro está, la subsanación voluntaria y la corrección por cuenta del agente regulado. En cambio, con la Alerta Preventiva existe el riesgo latente de que se inicien dos (2) procedimientos sancionadores: (i) por el incumplimiento del Artículo 7° del RFIS al no entregar la información requerida y (ii) por el incumplimiento de la obligación regulatoria materia de fiscalización.</p> <p>Lo señalado precedentemente rompe cualquier criterio de razonabilidad, por lo que no se puede pretender afirmar que las Alertas Preventivas responden a medidas que tienen por finalidad prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones por parte de las empresas supervisadas, pues en la realidad de los hechos pueden ocasionar resultados nefastos frente a los que actualmente se tienen con las Medidas de Advertencia, las cuales, reiteramos, no han sido utilizadas por el regulador de forma óptima, pues su imposición ha sido esporádica.</p> <p>Ahora bien, respecto a la publicación en la página web del OSIPTEL del registro actualizado de todas las Alertas de Preventivas emitidas, según sostiene la Exposición de Motivos del Proyecto de Norma “en aras de</p>	<p>reglamento²⁷ y el TULO de la LPAG²⁸, que cita entre aplicables, a los requerimientos de información.</p> <p>De ahí que resulta contrario a las facultades con que cuenta el Regulador que la empresa operadora pretenda desconocer la existencia de los mecanismos de entrega de información como herramienta para ejercer la fiscalización, así como su deber de cumplir con la entrega según los términos condiciones y plazos que disponga el Regulador, según se dispone en los referidos cuerpos normativos, lo que no se atribuye únicamente al contexto de emisión de una Alerta Preventiva.</p> <p>Finalmente, cabe indicar que el escenario planteado por la empresa operadora, en el cual se le podrían imponer dos sanciones, una por no cumplir con remitir la información requerida en la Alerta Preventiva y la segunda por incumplir la obligación principal objeto de la fiscalización, cabe indicar que la Alerta Preventiva se podrá emitir a fin de reducir riesgos de incumplimiento de determinada obligación. En ese escenario no corresponde iniciar un procedimiento administrativo de sanción.</p> <p>En cuanto a la publicación en la página web del Regulador, las Alertas Preventivas, esta propuesta se sustenta en el derecho que tienen los usuarios a estar informados sobre la actuación de las empresas operadoras en relación al cumplimiento de sus obligaciones obligatorias, en el marco de la actividad que le ha sido encargada mediante una concesión otorgada por el Estado peruano.</p>
--	---	---

²⁷ Reglamento General de Supervisión

“Artículo 23.- Requerimientos de información

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

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. (...)”

²⁸ TULO de la LPAG

Artículo 243.- Deberes de los administrados fiscalizados

Son deberes de los administrados fiscalizados:

1. Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 240.
2. Permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.
3. Suscribir el acta de fiscalización.
4. Las demás que establezcan las leyes especiales.

<p>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 supervisadas”, es evidente que esto genera un grave perjuicio a nivel de imagen corporativa para las empresas operadoras, pues los abonados y/o usuarios quedan con la sensación de que las empresas tienen una política de incumplimiento de la normativa sectorial. En efecto, es innegable que las repercusiones de dichas publicaciones tienen un efecto sumamente negativo en la población, quienes al desconocer las garantías y derechos que el debido procedimiento prevé para todo administrado, podrían generarse una “expectativa” de sanción para con las empresas operadoras, situación que podría restar imparcialidad al análisis objetivo que debe efectuar la autoridad frente a la supervisión (fiscalización) que se está llevando a cabo, vulnerándose las garantías que el debido procedimiento prevé en todo Estado Constitucional de Derecho.</p> <p>Lamentablemente en los últimos años el ente regulador se ha encargado de afectar la imagen corporativa de todas las empresas del sector, publicitando en medios de difusión masiva las innumerables sanciones impuestas, lo cual evidencia que en la práctica no solo somos castigados con multas económicas millonarias sino también con calificaciones que promueven el repudio de parte de quienes tienen acceso a dicha información. Lo anterior no hace más que debilitar las relaciones que deben tener los administrados y la administración, quienes deben privilegiar el diálogo y construcción de estrategias de cumplimiento conjuntas. De hecho, el OSIPTEL es la única entidad reguladora que ataca desmedidamente a las empresas operadoras que despliegan con mucho esfuerzo innumerables inversiones económicas en bienestar del país. Cualquier posible incumplimiento resulta estadísticamente esperable en un sector tan amplio y cambiante como el peruano, sin que ello implique que dicha situación responda a una política empresarial destinada a incumplir las obligaciones regulatorias.</p> <p>En ese sentido, la sustitución de la Medida de Advertencia por la Alerta Preventiva, revela claramente el ánimo punitivo del regulador, más aún, al incorporar a través de dicha figura una obligación adicional para las entidades supervisadas, como es la entrega de información cuyo incumplimiento tendrá como consecuencia la imposición de una sanción calificada como grave. Por esta razón, consideramos que dicha pretendida sustitución resulta por demás excesiva y lesiva de los derechos del administrado, máxime si se sustenta en un supuesto enfoque preventivo. Por lo mismo, dicha propuesta debe ser eliminada del Proyecto.</p>	<p>Es decir, que se busca a través del enfoque reputacional en la fiscalización, prevenir 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.</p> <p>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, y también les permitirá conocer acerca de las actividades que viene desarrollando el Regulador para la cautela de sus derechos.</p>
--	--

<p>WI-NET TELECOM S.A.C.</p>	<p>(. . .) El Registro de Alertas Preventivas actualizado será publicado en la página web del OSIPTEL ". ¿Cuál sería la finalidad de presentar un Registro de Alertas Preventivas en la página web de OSIPTEL ?</p>	<p>Con relación al comentario sobre la finalidad de la publicidad de las Alertas Preventivas, considerar lo indicado previamente.</p>
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Con relación a este punto nos resulta preocupante lo señalado en el Informe de Sustento <u>respecto a la finalidad de la publicidad de las alertas preventivas:</u></p> <p><u>“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.”</u></p> <p>Al respecto, si bien el correcto uso de las alertas preventivas por parte de la administración puede coadyuvar a un cumplimiento regulatorio acorde con la regulación responsiva, lo cierto es que pretender generar un efecto reputacional que afecte a las empresas concesionarias no se condice con tal finalidad.</p> <p>De esta forma, el Informe de Sustento prescinde de analizar que en realidad las alertas preventivas pueden ser emitidas ante un riesgo de incumplimiento; es decir sin que una empresa necesariamente haya cometido una infracción y que por tanto pretender tener un efecto reputacional afectaría flagrantemente del principio de debido procedimiento y el de presunción de licitud que el TUO de la LPAG consigna.</p> <p>Así, conforme a lo establecido en el principio de debido procedimiento la administración no puede imponer sanciones (en su sentido amplio) sin que se haya tramitado el respectivo procedimiento administrativo sancionador²⁹;</p>	<p>Con relación al comentario sobre la finalidad de la publicidad de las Alertas Preventivas, considerar lo indicado previamente.</p> <p>De otro lado, con relación a la supuesta afectación del principio de debido procedimiento y el de presunción de licitud, reconocidos en el artículo 248 del TUO de la LPAG, que contiene los principios que rigen el ejercicio de la potestad sancionadora de las entidades públicas, cabe indicar que las Alertas preventivas no se emiten en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, sino como parte del ejercicio de la actividad de fiscalización.</p> <p>En este sentido, la Alerta Preventiva no constituye una sanción, -dado que se emite en el marco de la las actuaciones administrativas de fiscalización en las que no existe la determinación de sanción-, sino una medida que emite la administración a fin de poner en conocimiento del administrado de los hallazgos que pueden generar riesgo de incumplimiento de sus obligaciones, con el objeto de incentivar que voluntariamente adopte medidas para resolver dicha situación, esto es con fines precautorios o preventivos acorde con la naturaleza de dicha función fiscalizadora.</p> <p>En efecto, como señala la doctrina, la actividad administrativa de fiscalización, tiene un rol preventivo orientado al cumplimiento efectivo de las obligaciones normativas, legales o contractuales de las administradas, es decir cumple un rol preventivo y cuyo escenario se da con anterioridad al inicio de un procedimiento sancionador.</p> <p>En ese sentido, la actividad administrativa de fiscalización no es un procedimiento administrativo y su ejecución por parte de la administración es de carácter facultativo por lo que no debe ser entendida como parte de un procedimiento administrativo sancionador.</p>

²⁹ “2. Debido procedimiento.- No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. (..)”

	<p>circunstancia que precisamente no ocurre en el marco de emisión de una alerta preventiva, ya que la misma se emite en la fiscalización.</p> <p>De esta forma, en tanto no hay un procedimiento administrativo sancionador de por medio, la administración debe respetar la presunción de licitud con la que cuenta todo administrado; y conforme a la cual toda autoridad administrativa debe presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario³⁰.</p> <p>Sobre la base de lo expuesto solicitamos que se modifique este extremo del proyecto, siendo plenamente posible que la autoridad lleve un registro interno de las alertas informadas a los concesionarios, pero sin que el mismo sea público y mucho menos, que busque el perseguido efecto reputacional al que el Informe de Sustento hace alusión en tanto resulta ilegal.</p>	
<p>GILAT TO HOME PERÚ S.A.</p>	<p>Al respecto, saludamos la propuesta del Regulador en incluir las denominadas "Alertas Preventivas" a fin de prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones.</p> <p>Sin embargo, consideramos oportuno que, el OSIPTEL regule de forma más específica el procedimiento y criterios que seguirá para la emisión de una "Alerta Preventiva". De no ser así, podrían quedar vacíos y "zonas grises" sobre las situaciones que ameritan la emisión de una medida preventiva, vulnerando la predictibilidad y seguridad jurídica de los administrados.</p> <p>Asimismo, consideramos necesario que se establezca un plazo razonable a efectos de que los operadores remitan la información solicitada por el OSIPTEL en una Alerta Preventiva, dependiendo de la naturaleza y volumen de la información.</p> <p>Por otro lado, en el proyecto de norma se establece que el Osipitel llevará un registro de Alertas preventivas y que este será publicado en su página Web. Sin embargo, discrepamos de esta medida pues consideramos que, en tanto las Alertas Preventivas serán impuestas por la sola decisión del OSIPTEL, sin que previamente se dé la oportunidad a las empresas de emitir sus descargos, no debiera publicarse pues podría generar la percepción negativa sobre la empresa operadora. Creemos que, en su lugar, la publicación en la página web del OSIPTEL, debiera realizarse en los casos en los cuales la empresa operadora incumpliese con la remisión de la información solicitada en la Alerta Preventiva o cuando incumpliese las medidas a las que se haya comprometido frente a OSIPTEL.</p>	<p>Con relación al comentario sobre la finalidad de la publicidad de las Alertas Preventivas, considerar lo indicado previamente.</p> <p>Como se señala en el proyecto la emisión de las Alertas Preventivas tiene la finalidad de advertir a las empresas operadoras sobre los hechos advertidos en la fiscalización preventiva a fin que los administrados adopten medidas para su resolución y evitar la comisión de futuras infracciones.</p> <p>Asimismo, la Alerta Preventiva puede contener recomendaciones del Regulador con relación a las medidas que se pudieran adoptar, ello considerando la finalidad de la fiscalización preventiva, y lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 245 de la TUO de la LPAG que dispone que las entidades de la administración 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.</p> <p>Finalmente es importante precisar que el registro de Alertas Preventivas deberá contener todas aquellas que hayan sido emitidas por el Regulador, con la precisión de la atención y respuesta que se haya recibido en cada caso. Como se indicó previamente, con su publicidad no solo se busca que los usuarios estén debidamente informados de la actuación del</p>

³⁰

“9. Presunción de Licitud. - Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.”

		Regulador en ejercicio de sus facultades para salvaguardar sus derechos, sino a su vez que estén informados sobre la actuación de las empresas operadoras en cumplimiento de sus obligaciones.
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	<p>Mediante la modificación del artículo 30 se propone reemplazar as medidas de advertencia por alertas preventivas, si bien saludamos que se brinde a las operadoras la posibilidad de informar las acciones que se podrían adoptar para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento, manifestamos nuestra preocupación de que se señala que se sancionará el incumplimiento del envío de estas mejoras, toda vez que no se ha establecido plazos para el envío de la información de las mejoras necesarias.</p> <p>Mediante la modificación del artículo 30 se propone reemplazar las medidas de advertencia por alertas preventivas, si bien saludamos que se brinde a las operadoras la posibilidad de informar las acciones que se podrían adoptar para mejorar su gestión y reducir riesgos de incumplimiento, manifestamos nuestra preocupación de que se señala que se sancionará el incumplimiento del envío de estas mejoras lo cual agrava la situación jurídica de los administrados y no resulta proporcional, ni se encuentra sustentado de manera adecuada.</p> <p>Asimismo, cabe precisar que su Despacho no ha dispuesto un listado orientativo sobre los casos en los que estas alertas serán aplicables, a fin de</p>	<p>Con relación al incumplimiento de la entrega de información solicitada en la Alerta Preventiva, cabe indicar que, para el ejercicio de la fiscalización preventiva, el OSIPTEL cuenta con todas las facultades y mecanismos descritos tanto en su Ley de Funciones y Facultades, Ley N° 27336³¹, el reglamento³² y el Tuo de la LPAG³³, que cita entre aplicables, a los requerimientos de información.</p> <p>Es así que, corresponde indicar que el requerimiento de información que se realice en la Alerta Preventiva, deberá considera el objeto de la fiscalización y los respectivos hallazgos, a fin de fijar el plazo de entrega, en atención a las facultades contenidas en el artículo 13° de la LDFF y el artículo 15° del Reglamento General de Supervisión.</p> <p>En cuanto a la emisión de las Alertas Preventivas, esta se podrá emitir a fin de reducir riesgos de incumplimiento de determinada obligación.</p>

³¹ **Ley N° 27336**

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

13.1 OSIPTEL establecerá los plazos, condiciones y formas para la entrega de información, los cuales deberán ser obligatoriamente observados por la empresa supervisada para la entrega de la información requerida, atendiendo a su tipo, disponibilidad y volumen.

Ello incluye la posibilidad de OSIPTEL para presentar formularios o formatos a ser llenados por la empresa supervisada.

³² Reglamento General de Supervisión

“Artículo 23.- Requerimientos de información

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

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. (...)”

³³ Tuo de la LPAG

Artículo 243.- Deberes de los administrados fiscalizados

Son deberes de los administrados fiscalizados:

1. Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 240.
2. Permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio cuando corresponda.
3. Suscribir el acta de fiscalización.
4. Las demás que establezcan las leyes especiales.

	<p>que los administrados cuenten con seguridad jurídica respecto a su aplicación.</p> <p>Finalmente, toda vez que no se ha establecido plazos para el envío de la información de las mejoras necesarias, no se puede comentar respecto a la viabilidad de cumplir con enviar la información de las acciones en el periodo que se brinde, el mismo que podría resultar muy breve para un análisis adecuado de adopción de medidas.</p>	
<p>VIETTEL PERÚ S.A.C.</p>	<p>En principio, dicha figura es positiva pues a diferencia de las medidas de advertencia pueden ser aplicadas a cualquier obligación, sin tomarse en consideración el tipo de tipificación del incumplimiento que pueda resultar. Asimismo, advertimos que no se establecen requisitos como sí fue enumerados en las medidas de advertencia, lo cual genera mayor flexibilidad a la figura propuesta por el Proyecto.</p> <p>Sin embargo, somos de la opinión que la comunicación de acciones frente a una Alerta preventiva sea facultativa, ya que de lo contrario se tergiversa el propósito de la medida convirtiéndola más bien en mayor carga regulatoria en perjuicio de los administrados.</p> <p>En ese sentido solicitamos que las acciones que remita la operadora frente a una Alerta Preventiva sean facultativas.</p>	<p>Con relación a que las acciones que remita la operadora frente a una Alerta Preventiva sean facultativas, cabe indicar que, considerando el bien jurídico protegido, y la finalidad que busca a fin que los administrados cumplan con remitir al OSIPTEL la información de las acciones que podrán adoptar ante los hechos detectados por el Regulador, a fin que se efectivice el rol preventivo y de ejecución de acciones de corrección voluntarias, es que se prevé que su entrega deba ser obligatoria.</p> <p>Al respecto, cabe citar a Morón, J.C. (2020)³⁴ que señala respecto a las alertas que emita la administración que, <i>“resulta obvio decir que corresponderá a la autoridad realizar un seguimiento a dichas notificaciones y al fiscalizado brindar información posterior de lo que haya decidido en base a esas alertas, para asegurar el desarrollo de sus actividades apegadas al cumplimiento normativo.”</i></p> <p>En este sentido, se debe resaltar la finalidad de asegurar preventivamente el cumplimiento de la normativa, evitando no solo incumplimientos, sino también potenciales riesgos y daños. Es así que con las Alertas Preventivas se espera también incentivar a las empresas a reforzar y optimizar su gestión interna para el cumplimiento de lo modo que mejoren la identificación y gestión de riesgos de incumplimiento normativo, así como adopten de manera voluntaria mejores medidas para mitigarlos.</p> <p>Bajo este contexto, resulta indispensable para el regulador conocer las acciones que podrán ejecutar las empresas para lograr tal fin, ello se podrá lograr con la remisión de la información requerida mediante la Alerta Preventiva.</p> <p>La fiscalización preventiva propuesta se enmarca dentro del nuevo enfoque de fiscalización del TUO de la LPAG y considera lo indicado en</p>

³⁴ Ídem 1.

		<p>la “Guía de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones”³⁵, que se sustenta en los “<i>Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones</i>”³⁶.</p> <p>La guía contiene una lista de verificación de 12 criterios que corresponden a los 11 Principios de la OCDE sobre las Mejores Prácticas para el Cumplimiento de las Normas e Inspecciones y un duodécimo criterio “poniendo los pies sobre la tierra” referido a la medición del desempeño de la institución. La OCDE recomienda basar las actuaciones de los Estados en estos criterios y orientaciones para obtener el mejor cumplimiento de las normas y asegurar la calidad de la regulación.</p> <p>Uno de estos criterios es el de Regulación Responsiva, que indica que el hacer cumplir las normas debe basarse en principios de “regulación responsiva”; es decir, las acciones de promoción del cumplimiento e inspecciones deben ser adecuadas al perfil y al comportamiento de los sujetos regulados. Asimismo, este principio señala que, a fin de lograr el cumplimiento de las normas se deben considerar criterios diferenciadores como el comportamiento histórico del operador, la evaluación de riesgos (de los posibles daños que el incumplimiento normativo hubiera o pudiese haber generado), el impacto de la respuesta para hacer cumplir la norma a futuro, tanto al interior del administrado como fuera de este, es decir por otros administrados que operen en el mercado.</p> <p>El ciclo de la fiscalización comprende una etapa de evaluación de resultados y análisis de impacto, en la que se pueda evaluar el grado de logro del cumplimiento de los objetivos planteados, para lo cual el regulador requiere entre otros, conocer la respuesta de los administrados frente a las acciones de verificación ejecutadas y las medidas que se hayan recomendado o hallazgos advertidos en la Alerta Preventiva.</p> <p>Finalmente, es importante señalar que los esfuerzos y recursos del Regulador invertidos en estrategias preventivas, -considerando que la Administración tiene recursos limitados para ejercer la fiscalización-, buscan generar en los administrados una conducta voluntaria de cumplimiento, para lo cual se espera una actitud cooperativa, lo cual se</p>
--	--	--

³⁵ OECD (2019), Guía de la OCDE para el cumplimiento regulatorio y las inspecciones, <https://www.oecd.org/publications/guia-de-la-ocde-para-el-cumplimiento-regulatorio-y-las-inspecciones-0fe43505-es.htm>

³⁶ OECD (2014), *Regulatory Enforcement and Inspections*, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris, <https://dx.doi.org/10.1787/9789264208117-en>. [Open DOI](#)

		puede ver reflejado en otros, en la información que brinde a la administración en respuesta a las Alertas Preventivas. De no lograr este objetivo, según indica la Regulación Responsiva, el Regulador deberá implementar otro tipo de estrategias, que coexistan con las de prevención, acorde con la pirámide de cumplimiento ³⁷ .
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
Artículo 25-A.- Conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas		Artículo 25-A.- Conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades fiscalizadas
<p>El OSIPTEL puede realizar supervisiones 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 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.</p> <p>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.</p> <p>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”.</p>		<p>El OSIPTEL puede realizar fiscalizaciones en tiempo real a fin de acceder a los sistemas o bases de datos de las entidades fiscalizadas, utilizando conexiones remotas. Para tales efectos, el OSIPTEL podrá emplear herramientas informáticas de conexión como Virtual Private Network u otras que él defina, así como solicitar a las entidades fiscalizadas 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 fiscalizadas conforme a la normativa vigente.</p> <p>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 fiscalizadas.</p> <p>El incumplimiento de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades para la implementación, dispuestos en el presente artículo, constituye infracción grave y será sancionado de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya.</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
AFIN	OSIPTEL plantea la ejecución de supervisiones en tiempo real por accesos a sistemas o bases de datos utilizando conexiones remotas.	De acuerdo con el inciso 1.4 del artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG:

³⁷ Ayres, I. y Braithwaite, J. (1992). Responsive Regulation. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies.

	<p>El permitir el acceso a sistemas y plataformas no resulta acorde al principio de razonabilidad ante el objetivo que se persigue. Asimismo, debe analizarse que el acceso a sistemas y bases de datos constituye una situación que pone en riesgo información sobre datos personales de los abonados titulares del servicio, así como el secreto de las telecomunicaciones.</p> <p>Los plazos, alcances, entre otros, para la implementación se regularán por Instructivo Técnico, y su incumplimiento es obstrucción de la supervisión (multa muy grave)</p> <p>Se precisa que las especificaciones técnicas estarán dispuestas en un Instructivo Técnico, por lo que nos encontramos ante una nueva delegación de función normativa, lo cual vulnera el principio de legalidad.</p> <p>Asimismo, se incorpora que la no implementación de estas conexiones implica una obstrucción a la supervisión, lo cual no resulta correcto toda vez que la información que se requiera puede brindarse por otros medios.</p>	<p>“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 cometido”.</p> <p>En esa misma línea, el Tribunal Constitucional sostiene que:</p> <p><i>“La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél.</i></p> <p><i>En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado.</i></p> <p><i>[...]</i></p> <p>El acto estatal debe acreditar la necesaria disposición o correspondencia entre la causa que lo origina y el efecto buscado. Existe, entonces, la necesidad de acreditar coherencia y equilibrio entre el antecedente que origina el acto estatal y la consecuencia derivada de aquél.”³⁸.</p> <p>Sobre el principio de razonabilidad, la disposición de gravamen debe cumplir con mantener la proporción entre los medios y fines; es decir, la autoridad al decidir el tipo de gravamen a emitir no tiene plena discrecionalidad para la opción, sino que debe optar por aquella que sea proporcional a la finalidad perseguida por la norma legal³⁹.</p> <p>Partiendo de este principio, toda actuación del OSIPTEL debe mantener una proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deben tutelar. Con la modificación propuesta a los artículos 22 y 25-A se estaría logrando ello, en la medida que la supervisión remota permitiría un acceso inmediato (en tiempo real) por parte de la autoridad supervisora y le facilita la advertencia oportuna de riesgos o la comisión de</p>
--	---	---

³⁸ Fundamento 35 de la Sentencia recaída en el Expediente No. Expediente 0090-2004-AA/TC. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

³⁹ Morón Urbina, J. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p.92-93.

		<p>incumplimientos que le facultan a requerir expeditivamente su corrección a la entidad supervisada. Con ello se estaría tutelando de manera más eficaz la adecuada prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones por parte de las empresas operadoras.</p> <p>Por otra parte, en relación a que el acceso a sistemas y bases de datos constituye una situación que pone en riesgo información sobre datos personales, nos remitimos a los comentarios que serán detallados posteriormente en función del desarrollo efectuado por la empresa Telefónica del Perú S.A.A.</p> <p>De otro lado, sobre la emisión de instructivos corresponde reiterar lo indicado en el marco de los comentarios de AFIN en relación al artículo 22 del presente Reglamento. Así, es preciso tener en cuenta que la facultad de aprobar instructivos técnicos que ostenta actualmente la Gerencia General se encuentra prevista en la Sección Primera del ROF del OSIPTEL, como parte de las funciones que le pueden ser encargadas por el Consejo Directivo.</p> <p>Finalmente, en relación a los incumplimientos de los plazos, alcances, condiciones y demás formalidades <u>para la implementación</u> de las fiscalizaciones remotas, que podrían ser sancionadas en función de lo dispuesto en el artículo 12 del Reglamento de Fiscalización, Instrucción y Sanción, nos remitimos a los comentarios efectuados en relación a lo planteado por AFIN en el marco del artículo 23.</p>
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Con relación a este punto, el Informe de Sustento asegura que la facultad de efectuar fiscalizaciones remotas se sujeta a lo dispuesto en la Resolución 255 y en la LDFF del OSIPTEL:</p> <p>“Respecto a la conexión remota como se señaló en 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 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.</p>	<p>Sobre el comentario relacionado a que el OSIPTEL carecería de facultades para llevar a cabo fiscalizaciones remotas, se reitera lo ya señalado en el marco de los comentarios presentados al artículo 22, esto es, que este Organismo Regulador se encuentra legalmente habilitado para monitorear el sector de telecomunicaciones en el marco de sus competencias y, a su vez, para supervisar el cumplimiento de las obligaciones normativas, legales y contractuales por parte de las empresas operadoras, sin perjuicio de las metodologías, vías y/o tecnologías que pudieran ser utilizadas para ello.</p> <p>En esa misma línea, el OSIPTEL no está efectuando ninguna interpretación extensiva de lo establecido en la LDFF, sino que se sustenta en las facultades ya otorgadas a través de sus artículos 13.2 y 15; así como en lo indicado por el propio Consejo Directivo del OSIPTEL,</p>

	<p>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 OSIPTEL 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: (...).</p> <p><u>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,</u> 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.”</p> <p>En esa línea, asegura que, si bien ya se cuenta con la facultad para esta clase de fiscalizaciones, debería reconocerse expresamente también a nivel reglamentario tal facultad y delimitar el desarrollo de la misma. Con <u>relación a lo señalado por el Proyecto y el informe que lo sustenta debemos indicar que en primer lugar OSIPTEL no cuenta con facultades atribuidas en su LDFF para esta clase de fiscalizaciones.</u></p> <p>Por otro lado, debemos resaltar que incluso en el supuesto negado de que sí contará con tal facultad, el grado de incidencia sobre la esfera de los agentes supervisados que genera el mecanismo propuesto amerita que las garantías para esta clase de fiscalizaciones se encuentren recogidas en la propia LDFF y no en una disposición reglamentaria y mucho menos en un instructivo como se pretende. Nos explicamos.</p> <p>Respecto a si OSIPTEL cuenta o no con la facultad para esta clase de fiscalizaciones, consideramos que los argumentos brindados tanto en la</p>	<p>mediante Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, en donde dispuso expresamente que se adopten acciones para la implementación del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras.</p> <p>Adicionalmente, es preciso incidir en el tenor de los artículos 239 y 240 del TUO LPAG en materia de fiscalización, los cuales no restringen las acciones de supervisión a un detalle taxativo de facultades, ni mucho menos debe interpretarse que las limita al plano presencial. 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.</p> <p>En función de lo expuesto, la modificación planteada no supone una vulneración al Principio de Legalidad ni Ejercicio Legítimo del Poder, en tanto la posibilidad de que el OSIPTEL ejerza su facultad supervisora a través del uso de conexiones remotas ya se encuentra en la normativa vigente, específicamente en la LDFF.</p> <p>Sobre el impacto de un acceso permanente y en tiempo real</p> <p>Se ha cuestionado que el OSIPTEL no cuenta con facultades atribuidas en la Ley N° 27336 para las fiscalizaciones remotas y en el supuesto negado de que sí contara con tal facultad, el grado de incidencia en la esfera de los agentes supervisados es tal que amerita que las garantías para esta clase de fiscalizaciones se encuentren recogidas en la propia Ley N° 27336 y no en una disposición reglamentaria y mucho menos en un instructivo⁴⁹.</p> <p>En primer lugar, cabe partir señalando que el acceso permanente y en tiempo real por parte del OSIPTEL a los sistemas y bases de datos de las empresas operadoras no resulta ilegal pues dicha autoridad se encuentra facultada para supervisar de manera remota por diversa normativa ya señalada previamente⁵⁰.</p>
--	---	---

⁴⁹ Entel ha cuestionado dicha facultad en este extremo.

⁵⁰ Ver artículo 2, 13 y 15 c) de la Ley 27336, artículo 12 c) del RGS, el artículo 1 de la Resolución 255-2018-CD/OSIPTEL y el artículo 240.8 TUO LPAG.

<p>Exposición de Motivos como en el Informe que sustenta el Proyecto parten de una interpretación errada de lo dispuesto en la LDFF y en la propia Resolución 255. Veamos.</p> <p>En primer lugar, con relación a que la LDFF permitiría al OSIPTEL conectarse de forma remota a los sistemas de red sobre la base de lo dispuesto en los artículos 16, 22 y 25 de la LDFF, debemos indicar que se está interpretando de forma extensiva lo dispuesto por tales artículos.</p> <p>Así, si bien el artículo 16 precisa que las empresas concesionarias se encuentran obligadas a “Permitir el acceso inmediato a los funcionarios autorizados de OSIPTEL y sus colaboradores a sus dependencias, instalaciones y equipos”, lo cierto es que esta disposición está pensada en un esquema de supervisión presencial donde una obligación como la establecida en el artículo 16 proscriba la obstrucción a la fiscalización, de forma tal que la misma pueda llevarse a cabo.</p> <p>Dicho ello, se evidencia que esta interpretación extensiva que realiza OSIPTEL resulta totalmente contraria al principio de legalidad establecido en el TUO de la LPAG y la prohibición legal de interpretar extensivamente o por analogía las normas restrictivas de derechos tal como lo establece el artículo IV del Código Civil, norma que aplicable supletoriamente.</p> <p>Por otro lado, se señala que el requerimiento de acceso remoto se sustenta también en los artículos 22 y 25 de la LDFF conforme al cual el OSIPTEL podrá realizar “levantamientos de información” que consisten en “(...) 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, <u>acceso remoto</u>, u otras fuentes que guarden relación con el objeto de la supervisión(...)”.</p> <p>Con relación a este punto, debemos indicar que el artículo 25 de la LDFF debe leerse conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 240 del TUO de la LPAG que precisa que, efectivamente, la autoridad se encuentra facultada a tomar copia de los archivos electrónicos, <u>pero ello debe realizarse con conocimiento previo del administrado</u>.</p>	<p>En tal sentido, el proyecto de norma resulta acorde al principio de legalidad establecido en el artículo IV del Título Preliminar del TUO LPAG:</p> <p>“1.1. Principio de Legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.</p> <p>En esa línea, el principio de legalidad se vincula inescindiblemente con el concepto de Estado de Derecho. La legalidad implica que la Administración “(...) está sometida a la Ley, cuya ejecución limita sus posibilidades de actuación”⁵¹.</p> <p>Al respecto, el artículo 72 del TUO LPAG establece que, si bien la competencia de la Administración Pública tiene su fuente en la ley, ésta puede ser reglamentada por normas administrativas:</p> <p>“Artículo 72.- Fuente de competencia administrativa 72.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.”</p> <p>De igual forma, Morón señala que: “La propia Administración no puede crear organismos ni puede asignarse competencias no establecidas en la ley. Cumpliendo su rol de desarrollo legal, las normas administrativas solo quedan habilitadas para reglamentar las competencias ya dadas por el legislador”⁵².</p> <p>Teniendo claro que el acceso a los sistemas y bases de datos de las empresas operadoras <u>no atenta contra el principio de legalidad</u>, y que su desarrollo puede realizarse a través de una norma reglamentaria, conviene precisar que este tampoco resultaría violatorio a los derechos de los administrados fiscalizados, los cuales se encuentran consagrados en el artículo 242 del TUO LPAG:</p>
--	---

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo, y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho Administrativo, Editorial Civitas. Madrid, 1974, p. 423-425.

⁵² MORÓN URBINA, J. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p.525.

<p>En ese sentido, no debe desnaturalizarse lo contemplado en la LDFF que si bien contempla una serie de modalidades por las cuales el OSIPTEL puede desplegar su facultad de fiscalización, en ninguna de ellas está contemplada <u>la posibilidad de acceder sin restricción alguna y en tiempo real a las redes de las empresas operadoras.</u></p> <p>En ese sentido, <u>la interconexión en tiempo real a las bases de datos o elementos de red sin consentimiento previo y con la finalidad de extraer información constituye una facultad no contemplada en la LDFF.</u></p> <p>En ese sentido, OSIPTEL está desconociendo la relevancia que tiene el principio de legalidad en el desarrollo de la potestad administrativa de fiscalización o inspección. Como ha sido señalado en doctrina:</p> <p>“La de inspección es una potestad administrativa restrictiva o limitativa de derechos. Debido a su finalidad institucional, la inspección trae consigo, siempre, aunque en diversos grados, la restricción o limitación de derechos del administrado quien deberá soportarlos en la medida de su proporcionalidad y porque su finalidad institucional pretende, es preciso siempre reiterarlo, la satisfacción de un especial y concreto interés público. <u>Al configurarse como una atribución administrativa que normalmente traerá consigo la restricción de los derechos del ciudadano se desprende, lógicamente, la necesidad que su configuración se haga respetando escrupulosamente el principio de legalidad para, justamente, proteger y cautelar adecuadamente la defensa de los derechos del administrado. (...)</u>”⁴⁰ (Subrayado agregado).</p> <p>Cabe mencionar que el principio de legalidad establece que la <u>Administración solo puede actuar dentro de las facultades que les estén atribuidas:</u></p> <p>“1.1. Principio de legalidad. - Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la <u>Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas</u> y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”. (Subrayado agregado).</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación. 2. Requerir las credenciales y el documento nacional de identidad de los funcionarios, servidores o terceros a cargo de la fiscalización. 3. Poder realizar grabaciones en audio o video de las diligencias en las que participen. 4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes. 5. Presentar documentos, pruebas o argumentos adicionales con posterioridad a la recepción del acta de fiscalización. 6. Llevar asesoría profesional a las diligencias si el administrado lo considera. <p>Sobre el particular, cabe indicar que todos estos derechos listados se garantizarán en el marco de una supervisión remota. Con relación al punto 2), si bien no habrá credenciales (físicas) que presentar con ocasión de esta modalidad de supervisión, este requisito se cumpliría 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.</p> <p>En segundo lugar, con relación a la interrogante de si el ejercicio de la potestad de las entidades administrativas de supervisión a los sistemas y bases de datos de las empresas operadoras impone condiciones menos favorables para las operadoras cabe señalar que es falso. Como ya se mencionó previamente, la supervisión remota es una de las modalidades empleadas por el OSIPTEL para ejercer la función supervisora de conformidad con el inciso a) del artículo 4 del ROF del OSIPTEL:</p> <p>“Función supervisora: <i>Es la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia, para lo cual el OSIPTEL puede solicitar a las</i></p>
---	--

⁴⁰ Tirado Barrera, Jose Antonio. “Reflexiones en torno a la potestad de inspección o fiscalización de la administración pública”. En: Revista Derecho y Sociedad N° 37. Año 2011. Pág. 254.

<p>Conforme a este principio, las facultades no deben “interpretarse” ni extenderse irrazonablemente ya que ello desnaturalizaría lo que se busca tutelar que es básicamente que la autoridad tenga delimitada de forma adecuada sus facultades como garantía para el administrado.</p> <p>Ahora bien, con relación a este principio, lo que venimos observando está vinculado al fundamento del estado de derecho representado por la <u>vinculación positiva de la administración</u>. Con relación a ello, el profesor Brewer–Carias explica la importancia de la adecuación de la actividad de fiscalización al principio de legalidad de la siguiente forma:</p> <p style="padding-left: 40px;">“En efecto, en cuanto a la adecuación al principio de la legalidad, es <u>necesario tomar en cuenta, sobre todo cuando se ejerce la actividad de policía material</u>. Que esta es una actividad sublegal que, <u>por tanto, debe ajustarse a las leyes de policía (reserva legal), por lo que la autoridad administrativa no puede por vía de actividad material de policía administrativa, crear restricciones a los derechos y libertades</u>. (...)”.⁴¹ (Subrayado agregado).</p> <p>Como es claro, extender las facultades de levantamiento de información reconocidas por la LDFF a una modalidad de conexión remota a nuestros servidores mediante una comunicación o, mejor dicho, vía un requerimiento es <u>claramente una infracción al principio de legalidad en los términos expuestos</u>.</p> <p>Al respecto, el profesor Garcia Ureta, al desarrollar doctrinariamente las características de la potestad inspectiva precisa que <u>esta potestad no puede ser autoatribuida resultando ilegal que la Administración recurra a la potestad reglamentaria para atribuírsela</u>. Asimismo, reconoce que en virtud a la misma no se le puede atribuir a la administración potestades indeterminadas encontrando como elemento de control “la desviación del poder”:</p> <p style="padding-left: 40px;">“c) Se trata de una potestad heteroatribuida. No es creada y otorgada por el mismo Ente destinatario de la misma. Al contrario, viene atribuida por una norma cuyo autor es un sujeto distinto a tu titular. Por ello, <u>no cabe que la Administración acuda a la potestad reglamentaria con el fin de atribuírsela, aunque el reglamento pueda</u></p>	<p><i>entidades supervisadas la exhibición y presentación de todo tipo de información; acceder a las dependencias, equipos e instalaciones de operación y de gestión de red y conectarse a estos; tomar copias; realizar exámenes sobre aspectos técnicos y tecnológicos; y citar o formular preguntas a los funcionarios de dichas entidades. Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato, resolución o norma emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de las entidades supervisadas. La función supervisora comprende el desarrollo de actividades de monitoreo, así como la fiscalización orientativa a que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444.”</i></p> <p>Sobre este punto, algunos cuestionan que las supervisiones en tiempo real a fin de acceder a los sistemas o bases de datos de las entidades fiscalizadas, utilizando conexiones remotas resultan ser una acción de supervisión permanente o indeterminada, lo cual contradice la propia naturaleza de la potestad de supervisión⁵³. En tal sentido, el artículo 25-A propuesto desconocería los derechos de las empresas operadoras, imponiendo condiciones menos favorables a través de una norma especial.</p> <p>Al respecto, cabe aclarar que las supervisiones en tiempo real no son permanentes. El artículo 25-A propuesto señala que el OSIPTEL establecerá plazos para la implementación de la fiscalización remota, los cuales serán observados obligatoriamente por las entidades supervisadas. Por ello, resulta falso sostener que el OSIPTEL contará con un acceso ilimitado a la data de las empresas y mucho menos a información privada o sensible que esté fuera del alcance del objeto de supervisión.</p> <p>Por tanto, no se pondría una condición menos favorable a las empresas operadoras, en la medida que el objeto de supervisión no variaría, sino que sería el mismo que en el caso de una supervisión presencial. Lo único que variaría sería la modalidad de supervisión, más no los deberes de la entidad que realiza una fiscalización ni los derechos de los administrados fiscalizados.</p>
---	---

⁴¹ Brewer–Carias, Allan R. “Consideraciones sobre el régimen jurídico de la actividad de policía administrativa” En: Revista de Derecho Público N° 48 Año 1991. Pag. 63

⁵³ Es la posición de la empresa Hughes.

	<p><u>colaborar con la ley en la relación admisible entre estas dos fuentes del ordenamiento jurídico.</u> (...) Ha de ser específica. <u>No es posible que una norma atribuya a la Administración potestades indeterminadas (principio de mensurabilidad) aunque su previsión pueda resultar amplia en cuanto su formulación.</u></p> <p>j) Se ejerce para servir a un interés público (concretizable en cada sector de actuación de la Administración). En consecuencia, se trata de un poder “debido” a otros o fiduciario. Esto implica que “la Administración está obligada al ejercicio de sus potestades cuando ese interés comunitario lo exija, obligación que marca incluso las potestades discrecionales más amplias”.</p> <p>k) <u>Su ejercicio debe ser adecuado a los fines para los que se atribuye. De ahí que uno de los elementos de control de la misma sea la desviación de poder.</u> (...)“⁴² (Subrayado agregado).</p>	<p>Sobre las fiscalizaciones remotas cabe señalar que 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 Óptica⁵⁴ y de las obligaciones contenidas en los Contratos de Concesión de los tres bloques del espectro en la Banda de 698-806 MHz⁵⁵, para la explotación de servicios móviles avanzados soportados en tecnologías 4G.</p> <p>Finalmente, se debe tomar en cuenta que, dentro del nuevo enfoque de regulación, el OSIPTEL busca evitar la imposición de cargas innecesarias a los agentes mediante la simplificación normativa y el uso de nuevas tecnologías de información. Por tanto, el OSIPTEL desde hace algún tiempo, viene trabajando sobre una agenda que incorpora la <i>Smart Regulation</i>, siendo uno de los primeros pasos a tomar la implementación del nuevo enfoque de supervisión a través de la supervisión remota⁵⁶.</p>
--	--	---

⁴² García Ureta, Agustín. “La potestad inspectora de las administraciones públicas”. Madrid, 2006. Pág. 33.

⁵⁴ **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.

⁵⁵ **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.

⁵⁶ Disponible en: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/handle/20.500.12630/79>

<p>En razón a ello podemos afirmar que, lo que se pretende se pretende aprobar con el Proyecto <u>representa también una infracción al principio de ejercicio legítimo del poder contemplado en el TUO de la LPAG:</u></p> <p>“1.17. Principio del ejercicio legítimo del poder. - La autoridad administrativa ejerce única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, <u>evitándose especialmente el abuso del poder</u>, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general”. (Subrayado agregado).</p> <p>De esta forma, el profesor Bermejo Vera explica claramente que, una actividad con el nivel de restricción de derechos como la inspectora o de fiscalización <u>no puede ser ilimitada ni en forma ni alcance como pretende la Carta 486, que pretende generar un acceso ilimitado e irrestricto:</u></p> <p>“En términos, pues, excesivamente genéricos, diremos que las funciones inspectoras <u>ni son ilimitadas, en tiempo, forma y alcance, ni pueden ejercerse libre o discrecionalmente de modo absoluto</u>, ni son practicables en todo el ámbito o materia o sector en que son factibles jurídicamente, ni son exigibles por terceros ad libitum. <u>Por supuesto, tampoco pueden vulnerar las propias normas de procedimiento administrativo específico o general, ni las de protección de derechos fundamentales de los ciudadanos</u>”.⁴³ (Subrayado agregado).</p> <p>Como se aprecia, es contrario al principio de legalidad establecer un mecanismo de fiscalización que <u>suponga que la entidad pueda acceder de forma ilimitada en tiempo y forma: permitir mecanismos como el expuesto conllevaría a aceptar que es posible que la administración despliegue sus facultades sin límites ni garantías.</u></p> <p>De esta forma, la primera restricción a esta clase de potestad es verificar que la misma se encuentre prevista y delimitada legalmente, circunstancia que como hemos demostrado no se ha cumplido respecto a la posibilidad de</p>	<p>Sobre la supuesta transgresión del objeto de la supervisión. -</p> <p>Se sostiene, respecto al Proyecto Normativo, que el solo hecho que el OSIPTEL cuente con un usuario y contraseña conllevaría a un acceso ilimitado por parte de éste a información privada de la empresa operadora. Por tanto, el uso de "usuarios y contraseñas" contravendría la regulación relativa al establecimiento del "objeto" de la supervisión, el cual debe ser, según se sugiere, definido expresa y formalmente a través del acto administrativo correspondiente, siendo comunicado por el ente fiscalizador a la empresa operadora⁵⁷.</p> <p>Para brindar soporte normativo a lo antes señalado, estos cuestionamientos se apoyan en una lectura incompleta de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 242 del TUO LPAG, el cual exige que:</p> <p><i>“Son derechos de los administrados fiscalizados:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> 1. <i>Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.</i> [...].” <p>Contrariamente a lo cuestionado, el Proyecto Normativo que propone la inclusión del artículo 25-A no transgrede el derecho del particular fiscalizado de ser informado con el objeto de la fiscalización ni mucho menos lo obliga a encontrarse sometido a una fiscalización permanente o ilimitada. Dos son las razones que sustentan esto.</p> <p>Primero, el objeto de la supervisión está representado por aquella obligación, prohibición o deber cuyo cumplimiento se encuentra a cargo del fiscalizado. Para tomar conocimiento o cerciorarse de que dichas obligaciones, deberes o prohibiciones se están cumpliendo, la autoridad supervisora puede requerir información, ingresar o acceder a los bienes</p>
--	---

⁴³ Bermejo Vera, José. “La administración inspectora” En: Revista de Administración Pública N° 147 Año 1998. Pág. 53.

⁵⁷ Es la observación que realiza Internexa Perú S.A. (en adelante, Internexa).

	<p>efectuar fiscalizaciones con conexiones remotas ilimitadas como se plantea en el Proyecto. Conforme a lo desarrollado, podemos afirmar que OSIPTEL no cuenta con competencia para efectuar esta clase de fiscalizaciones.</p> <p>Al respecto, la doctrina señala que la competencia es “(...) la facultad para decidir válidamente sobre determinadas materias, adquirida por u organismo administrativo y que solo puede tener por fundamento la Constitución o la ley”⁴⁴.</p> <p>Además, la competencia cobra especial relevancia cuando se tratan de funciones atribuidas a la administración pública, pues como señala GORDILLO⁴⁵:</p> <p><i>“(...) es importante destacar que mientras que en el derecho privado la capacidad es la regla, y por lo tanto se presume que existe en tanto una norma expresa no venga a negarla, en derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar expresamente otorgada por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente.”</i></p> <p><i>(Subrayado agregado)</i></p> <p>Así, podemos apreciar que la competencia puede condicionar la validez del acto o del Reglamento, tornándolo en inválido o ilegal cuando este sea aprobado por un órgano que no esté facultado para ello. Ello a su vez, supondría una infracción al principio de legalidad recogido en el TUO de la LPAG:</p> <p>“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:</p>	<p>muebles o inmuebles involucrados en una actividad, etc.⁵⁸. Todo esto involucra el objeto de la supervisión. De tal manera que, cuando el numeral 1 del artículo 242 del TUO LPAG reconoce como derecho del supervisado a ser informado con el objeto, lo que se procura es que éste sepa (con anticipación o en el mismo momento de la fiscalización) que obligaciones, deberes o prohibiciones están siendo vigiladas y con qué información o bienes puede la autoridad comprobar su cumplimiento.</p> <p>En cumplimiento de este objeto, lo que importará será que la información que se obtenga con ocasión de la fiscalización tenga “conexión con el objeto materia de fiscalización y con los bienes jurídicos involucrados dentro de la competencia de la autoridad fiscalizadora. Caso contrario, la fiscalización administrativa estaría ejerciéndose ilegalmente y toda información a la que se accediera tendría que invalidarse o, eventualmente, justificar el archivo del procedimiento sancionador o, incluso, la nulidad del acto de sanción”⁵⁹.</p> <p>Siendo ello así, en el caso de la propuesta realizada por el Proyecto Normativo, el empleo de plataformas o conexiones remotas no supone un desconocimiento absoluto del objeto de la supervisión por parte de las empresas operadoras ni mucho menos una entera libertad del OSIPTEL para acceder a cualquier información. Lo que se plantea es que estas cuentas de acceso sean preestablecidas por las empresas operadoras para que el OSIPTEL pueda recabar información a la cual su usuario esté autorizado. Esto supone que la empresa operadora esté, con anticipación, al tanto de qué información es la que puede ser tomada por el OSIPTEL y, por tanto, cuál es el objeto materia de su supervisión remota. No estamos ante la formalidad del acto físico y expreso que se notifica en las visitas presenciales, pero sí existe un conocimiento y un registro electrónico que da cuenta de la fecha y la hora en la cual el OSIPTEL accedió a la información y cuál fue ésta.</p>
--	---	--

⁴⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Tomo I. Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 98.

⁴⁵ GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Capítulo V “La Administración Pública”, pp. 113.

⁵⁸ Morón Urbina, J. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p.340.

⁵⁹ Sánchez Povis, L. A. La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. IUS ET VERITAS, (60), 2020, pp. 38-64.

	<p>Principio de legalidad. -Las autoridades administrativas deben actuar con <u>respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas</u>". (Subrayado agregado)</p> <p>Al respecto, SANTOS define el principio de legalidad y su relación con la Administración indicando que:</p> <p><u>"(...) el principio de legalidad se puede definir como el fenómeno jurídico-político en virtud del cual surge para los órganos del poder público, en especial para la Administración, la obligación de que su actuación se lleve a cabo de conformidad con la ley, con el ordenamiento jurídico. La sumisión de la Administración a la legalidad es un reflejo de la obligación general que tiene el Estado respecto de su derecho; el Estado no es ilimitado en su capacidad de acción, la existencia de una relación jurídica entre el Estado y los individuos se traduce en la necesidad de que éste respete la normatividad que tiene origen en sí mismo."</u> ⁴⁶ (Subrayado agregado)</p> <p>Conforme a lo expuesto, la aprobación de los artículos bajo comentario acarrearía también una infracción al principio de jerarquía normativa recogido en el artículo 51 de la Constitución, conforme al cual la ley prevalece sobre normas de inferior jerarquía, <u>siendo que en el presente caso se pretende que el Reglamento de Fiscalización desnaturalice lo establecido en la LDFF del OSIPTEL:</u></p> <p>Artículo 51°. - La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.</p> <p>Sobre la base de lo expuesto, solicitamos no incluir referencias a la fiscalización remota en el Proyecto por cuanto OSIPTEL no cuenta con competencia para desarrollar las mismas en los términos propuestos y de probarse el Proyecto, el mismo constituiría una infracción al principio de legalidad y al ejercicio legítimo del poder contemplado en el TUO de la LPAG.</p>	<p>Segundo, tanto en las supervisiones remotas como en las supervisiones que sea realizan de forma presencial, los particulares están en una posición general de soportar eventuales fiscalizaciones. El solo hecho de tener deberes, obligaciones o prohibiciones que observar, les exige cumplir con los mismos y estar alertas a cualquier fiscalización. No ocurre cuestión distinta cuando nos encontramos ante supervisiones remotas, pues en estos casos la autoridad realiza sus funciones de supervisión en determinados momentos empleando canales electrónicos (accesos a través del uso de su usuario y contraseña). Esto no supone una fiscalización permanente o ilimitada. El contar con un usuario y una contraseña sitúa al particular en una posición general de soportar eventuales fiscalizaciones, las cuáles quedarán registradas electrónicamente cuando tengan lugar.</p> <p>Partiendo de esto, la propuesta del Proyecto Normativo solo viabiliza un canal más efectivo y rápido para el cumplimiento de las labores de fiscalización por parte del OSIPTEL, el cual no es equiparable en modo alguno a una fiscalización ilimitada o permanente.</p> <p>Por tanto, no se advierte que el Proyecto Normativo vulnere el derecho de las empresas supervisoras de tener conocimiento sobre el objeto de la fiscalización.</p> <p>Finalmente, sobre la emisión de instructivos corresponde reiterar lo indicado en el marco de los comentarios de AFIN en relación al artículo 22 del presente Reglamento. Así, es preciso tener en cuenta que la facultad de aprobar instructivos técnicos que ostenta actualmente la Gerencia General se encuentra prevista en la Sección Primera del ROF del OSIPTEL, como parte de las funciones que le pueden ser encargadas por el Consejo Directivo.</p>
--	--	---

⁴⁶ SANTOS RODRÍGUEZ, Jorge Enrique. "La transformación de la vinculación de la Administración pública a la legalidad". En: Revista Derecho del Estado N° 18, 2006, p. 172-173.

Además, verificamos que la forma en la que las fiscalizaciones remotas se ha regulado transgrede los derechos que el TUO de la LPAG nos ha reconocido como administrados y al incumplimiento por parte del OSIPTEL de las obligaciones en el marco de fiscalizaciones.

Al respecto, el informe que sustenta el Proyecto pretende interpretar cómo es que las fiscalizaciones remotas se ajustan a lo establecido en el TUO de la LPAG, así por ejemplo precisa:

“(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.”

Con relación a lo indicado, necesitamos hacer énfasis en que el TUO de la LPAG reconoce una restricción clara a la posibilidad de que la administración acceda a cualquier tipo información de los administrados. Para ello ha encontrado como límite el objeto de la fiscalización, que debe ser comunicado de forma previa y que debe presentar congruencia entre lo recabado y el objeto de la materia a supervisar. En la misma línea, ello ha sido reconocido en el artículo 4 de la LDFF del OSIPTEL.

Entonces, el ya amplio margen de discrecionalidad establecido en la normativa para el requerimiento de información encuentra su límite en la motivación de la solicitud que permite evidenciar la congruencia entre el objeto de la supervisión y la data requerida. Siendo ello así, en lo que el Proyecto ni el informe que lo sustenta reparan es en que la propuesta no contempla modo alguno de tutelar esta garantía.

<p>En efecto, de la redacción de los artículos bajo comentario no existe regla alguna que permita al administrado controlar el actuar discrecional de la administración: no establece cuándo ni cómo es que se nos informará del objeto de la fiscalización. Y este es solo uno de los ejemplos de los derechos que se verían transgredidos por la redacción propuesta por el Proyecto.</p> <p>Al respecto, es necesario que se recordemos que la actividad de fiscalización presupone en sí misma una actuación de gravamen sobre los administrados; siendo ello así, resulta imprescindible que el margen de actuación para su desarrollo proscriba la arbitrariedad.</p> <p>En la misma línea a lo señalado se ha pronunciado el profesor Rivero Ortega, quien menciona que <u>resulta más eficiente para la tutela de los derechos de los administrados las restricciones a priori como puede ser el requerimiento de información motivado y correctamente vinculado al objeto de la supervisión o, como el autor señala, el desarrollo de los planes de inspección:</u></p> <p style="padding-left: 40px;"><u>“No basta con un control a posteriori del ejercicio de la discrecionalidad administrativa para garantizar los derechos de los ciudadanos frente a la arbitrariedad de la Administración; muchas veces es más eficaz reducir la discrecionalidad a priori (...)”</u> Esta reducción previa de la discrecionalidad administrativa es una de las funciones que desempeñan los planes de inspección”.⁴⁷</p> <p>Ahora bien, sobre la posibilidad de la Administración de contar con amplios márgenes de discrecionalidad para los requerimientos de información ya se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4168-2006-PA/TC, <u>en la cual se reconoce la importancia de la motivación para controlar la configuración de un acto arbitrario:</u></p> <p style="padding-left: 40px;"><u>“(...) este amplio margen de actuación se encuentra limitado. En efecto, mientras mayor sea la discrecionalidad de la Administración, mayor debe ser la exigencia de motivación de tal acto, ya que la motivación expuesta permitirá distinguir entre un acto de tipo arbitrario frente a una discrecional”.</u></p> <p>De esta forma, tanto la información que se requiera, como los plazos y forma en la que se determine la entrega <u>deberá encontrarse debidamente motivado</u></p>	
---	--

⁴⁷ Rivero Ortega, Ricardo. “El estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la administración. Madrid, 2000. Pág. 196.

y no solo ello, sino sujeto a la proporcionalidad que se exige a la Administración.

Así, será necesario recordar que toda actuación de la administración se encuentra sujeta al principio de ejercicio legítimo del poder, conforme al cual la autoridad administrativa ejercerá única y exclusivamente las competencias atribuidas para la finalidad prevista en las normas que le otorgan facultades o potestades, evitándose especialmente el abuso del poder.

No debe entonces olvidarse que es la solicitud motivada la que permite el control de la legalidad del requerimiento o acción de supervisión, la misma que debe darse de forma previa a la entrega de información.

¿Tendría sentido invertir este orden? Claramente no, la norma lo ha dispuesto así precisamente por el nivel de injerencia en los derechos del administrado que presupone que el requerimiento de información o la fiscalización en sí. Es una auténtica garantía. Piénsese pues en cuál sería el sentido de que se nos comunique el objeto de la supervisión de forma posterior a que se tenga acceso a la información.

Por otro lado, no negamos que OSIPTEL pueda acceder a las dependencias, equipos, instalaciones de operación o de gestión de red de ENTEL ni que debamos brindar las facilidades que la norma establece; sin embargo, no debe olvidarse que, como contracara a dicha obligación, la norma nos ha reconocido el derecho a exigir la acreditación del personal que accederá a nuestras instalaciones. Y ello, contrariamente a lo que indica el Informe que sustenta el Proyecto, no se asegura con conocer las credenciales del personal del OSIPTEL que puede acceder al VPN establecido, sino que debe realizarse antes de que se recabe la información y en cada fiscalización concreta, pero ello no se ha establecido en el Proyecto, por solo citar un ejemplo.

Finalmente, con relación a que se puede prescindir del acta de fiscalización, consideramos que ello es incorrecto, puesto que ello no permitiría efectivizar nuestro derecho a incluir los comentarios respecto de la acción de supervisión en el acta respectiva. Tampoco podremos previamente conocer si la información recogida es acorde al objeto de la fiscalización o si el personal que realiza el levantamiento cuenta con las credenciales de la institución.

Conforme a ello, verificamos que lo regulado en el Proyecto respecto a los requerimientos de información y fiscalizaciones por vías remotas restringe

nuestra la posibilidad de efectivizar tanto nuestros derechos como administrados sujetos a una supervisión, como el control de las obligaciones que el TUO de la LPAG le establece al OSIPTEL en el marco de las fiscalizaciones.

Siendo ello así, solicitamos que los artículos bajo comentario no sean incluidos en la modificación del Reglamento de Fiscalización por transgredir el principio de legalidad y el de jerarquía normativa, no debe olvidarse que la LPAG tiene naturaleza de norma común; con lo cual lo establecido en la misma representa garantías mínimas que no pueden ser desnaturalizadas por ninguna otra norma y mucho menos por una de naturaleza reglamentaria.

Respecto a la orden de emisión de instructivos técnicos por parte de la Gerencia General para la aprobación de los términos y condiciones para la realización de fiscalizaciones remotas, debe tenerse en cuenta que la Resolución 255 contempla lo siguiente:

“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.

Asimismo, encargar a la Gerencia General que disponga las acciones necesarias para la implementación de las demás recomendaciones formuladas en el Informe N° 00206-GPRC/2018”.
(Subrayado agregado).

Ello, se condice además con la Tercera Disposición Complementaria y Transitoria que pretende aprobar el Proyecto que señala:

“Tercera. - Encargar a la Gerencia General del OSIPTEL la aprobación de los instructivos técnicos para la ejecución de lo dispuesto en los artículos 23 y 25-A del presente Reglamento.

Como se aprecia, lo que se propone es encargar a la Gerencia General la aprobación de un instructivo técnico para el despliegue de las fiscalizaciones remotas; no obstante, lo cierto es que ni la exposición de motivos ni el Informe de Sustento justifica por qué sería la Gerencia General el órgano competente para aprobar dicho instructivo.

<p>Sin perjuicio de todo lo expuesto hasta este punto, consideramos que en el supuesto negado en el que dicha clase de fiscalizaciones sean legales y viables, en realidad sería pertinente que sea la DFI quien proponga los criterios para aquellas, sin perjuicio de que sea el Consejo Directivo quien las deba aprobar.</p> <p>En efecto, consideramos que la aprobación de dichos criterios debería darse mediante una norma y siendo ello así solo el Consejo Directivo del OSIPTEL <u>podría aprobarlas al ostentar potestad normativa según el artículo 8 de su LDFF.</u></p> <p>Ahora, la necesidad de que estos criterios se encuentren recogidos en una norma y no en un instructivo, como señala el Proyecto, radica en que en el mismo se establecerán obligaciones, restricciones y garantías de las empresas concesionarias frente a esta clase de fiscalización.</p> <p>De esta forma, al igual que para la regulación de la fiscalización por muestreo, lo aquí señalado no es una mera formalidad, sino que al ser aprobado por una norma se satisface la transparencia exigida en el proceso de aprobación de normas, lo que supone a su vez que las empresas concesionarias cuenten con un espacio para identificar posibles transgresiones a sus derechos o incluso espacios de mejora a dicha regulación.</p> <p>Finalmente, debemos añadir que de insistirse en regular los criterios, condiciones y garantías para este tipo de fiscalizaciones, el receptor normativo adecuado para ello sería el propio Reglamento de Fiscalización. En efecto, puede advertirse del propio Informe de Sustento que la regulación de la fiscalización remota sería inadecuadamente dispersa: LDFF, Resolución 255, Reglamento de Fiscalización y, además, un instructivo técnico.</p> <p>Esto no solo demuestra deficiencias en la actividad normativa, sino que además afecta a la seguridad jurídica y a la predictibilidad recogida en el TUO de la LPAG que de forma textual establece que la administración está obligada a brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.</p>	
--	--

	<p>Sobre la base de lo analizado en este punto, recomendamos que, en el supuesto negado en el que se incluya la regulación sobre fiscalización remota en el Reglamento de Fiscalización, los criterios mínimos para el desarrollo de la misma deberán ser incluidos en el mismo cuerpo normativo.</p> <p>Es necesario solicitar la modificación del Proyecto en el extremo de la tipificación ilegal que se pretende en los artículos 23 y 25-A del Proyecto. Al respecto, verificamos que en los últimos párrafos de ambos artículos se ha propuesto lo siguiente:</p> <p>“(…) 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 <u>artículo 12 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL o la norma que lo sustituya</u>”. (Subrayado agregado)</p> <p>Con relación a ello, verificamos que el artículo 12 de Reglamento de Infracciones y Sanciones señala:</p> <p style="text-align: center;">“Artículo 12.- Obstaculización de la acción de supervisión La Empresa Operadora que, <u>por cualquier medio, demore, obstaculice y/o impida, ya sea la realización como el desarrollo de una acción de supervisión, así como, ejecute cualquier otra conducta activa u omisiva que afecte su objetivo, incurrirá en infracción muy grave.</u>”</p> <p>Como se aprecia, lo que se pretende con dicha inclusión es que cualquier tipo de incumplimiento de plazo, alcance y condiciones para la implementación establecidas en ambos artículos será sancionado como una obstrucción a la fiscalización.</p> <p>¿Por qué constituiría una obstrucción y no, por ejemplo, un supuesto de falta de entrega de información? ¿En qué se sustentaría la necesidad de elevar la calificación de la infracción de dicho supuesto a uno del tipo muy grave? Pues ciertamente ni la Exposición de Motivos ni el Informe de Sustento lo señalan y con ello tenemos ya una primera transgresión a nuestro derecho a la seguridad jurídica y a la predictibilidad.</p> <p>Conviene precisar que el principio de seguridad jurídica es un principio general del derecho en el ordenamiento jurídico peruano. Al respecto, se</p>	
--	--	--

	<p>define a la seguridad jurídica como "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho". Asimismo, sobre los alcances del referido concepto, se señala lo siguiente:</p> <p><u>"La seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad... la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover en el orden jurídico la justicia y la igualdad en libertad"</u>⁴⁸ (Subrayado agregado)</p> <p>En esa línea, se puede entender a este principio como una auténtica garantía exigible al Estado para la interdicción de la arbitrariedad:</p> <p><u>"El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad"</u> (Subrayado agregado)</p> <p>Queda claro entonces que la administración cuando regula supuestos debe hacerlo motivando adecuadamente sus decisiones; circunstancia que no ha ocurrido en el supuesto comentado.</p> <p>Ahora, debemos incidir en que dicha tipificación vía remisión es ilegal. Ello, en tanto se está forzando el tipo de obstrucción recogido en el Reglamento de Fiscalización Infracciones y Sanciones a un supuesto de hecho totalmente diferente, como es el incumplimiento de plazos o implementaciones.</p> <p>No solo ello, sino que se hace referencia al incumplimiento de plazos y condiciones que ni siquiera están siendo aprobadas en el propio Reglamento de Fiscalización, sino que se pretenden aprobar vía instructivo técnico y por resoluciones de gerencia general, las cuales no tienen naturaleza reglamentaria.</p> <p>Todo ello supone una infracción al principio de tipicidad establecido en el artículo 248 del TUO de la LPAG, que dispone que toda imputación de</p>	
--	--	--

⁴⁸ Cfr. SSTC 27/1981 y 227/1988 del Tribunal Español.

infracción requiere de una norma previa y precisa que establezca una obligación y tipifique su inobservancia como infracción administrativa:

“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

Tipicidad: Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

(...)”. (Subrayado agregado).

Sobre la base de lo aquí expuesto solicitamos no incluir este extremo en el Reglamento por infringir la seguridad jurídica y la predictibilidad de los administrados, así como el principio de tipicidad.

Como ya hemos señalado en el apartado del artículo 22, al ser una interpretación extensiva de las facultades del OSIPTEL, de continuar con su reglamentación se debe mantener lineamientos precisos cuando se ejecuten.

Así, el tipo de conexión debe ser un acuerdo de todos los involucrados, es decir, el regulador y la empresa operadora; con una comunicación previa en cada conexión a fin de evitar cualquier afectación a los sistemas de la empresa y a la información que cautela.

Ahora si bien somos respetuosos de la facultad de supervisión del OSIPTEL, la misma conforme al principio de costo-eficiencia no debe involucrar costos excesivos a las empresas operadoras, por lo que consideramos que todo

	gasto o costo que involucre la propuesta del OSIPTEL debe ser previamente analizada, a través de un RIA claro, definido y a conocimiento de todos; más aún si la misma será objeto de sanción por parte del regulador, el cual nuevamente muestra su ánimo sancionatorio más que una política de regulación responsiva.	
GILAT TO HOME PERÚ S.A.	<p>Sobre el particular, dado que los mecanismos establecidos por el OSIPTEL sobre conexiones remotas a los sistemas informáticos y base de datos, implica una considerable intromisión en las redes y gestión de las empresas operadoras, su aplicación debiera ser excepcional y únicamente cuando exista el sustento suficiente que amerite aplicar dicho mecanismo, en lugar de otros menos intrusivo.</p> <p>Asimismo, considerando que para la aplicación de este mecanismo de supervisión, las empresas operadoras deberán realizar cierto nivel de adecuación en sus sistemas y procesos (sobre todo para prevenir riesgos de seguridad), solicitamos que en la emisión de los respectivos instructivos técnicos que apruebe la Gerencia General, se excluya a aquellas empresas operadoras que tienen una reducida participación de mercado, tal como es el caso de las empresas operadoras rurales, dado que, por su naturaleza, esta obligación les ocasionaría a un mayor costo regulatorio que no se condice con sus reducidos ingresos.</p>	<p>Sobre el comentario relacionado que las conexiones remotas implicarían una intromisión en la redes y gestión de las empresas operadoras, se reitera que este Organismo Regulador se encuentra legalmente habilitado para monitorear el sector de telecomunicaciones en el marco de sus competencias y, a su vez, para supervisar el cumplimiento de las obligaciones normativas, legales y contractuales por parte de las empresas operadoras, sin perjuicio de las metodologías, vías y/o tecnologías que pudieran ser utilizadas para ello.</p> <p>En ese sentido, la determinación de un acceso remoto para facilitar la función supervisora, no supone un acceso irrestricto, excesivo o intrusivo; al respecto, el artículo 25-A planteado en este mismo proyecto, dispone:</p> <p><i>“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.”</i></p> <p>Siendo así, se tiene que el acceso que se plantea a partir de la modificación del presente Reglamento, estará circunscrito a un conjunto de condiciones, alcances y precisiones, que buscan salvaguardar la información que se comparta, así como optimizar la labor supervisora y de monitoreo por parte del OSIPTEL; pero de ninguna manera busca representar una intromisión a las gestiones de las empresas operadoras.</p> <p>A partir de lo expuesto, se puede concluir que las conexiones remotas surgen ante la necesidad de, 1) plantear metodologías de supervisión más ágiles y menos costosas (en recursos humanos, técnicos y horas/hombre) y, 2) llevar a cabo seguimiento oportuno del cumplimiento de obligaciones por parte de las empresas operadoras, a fin de evitar su contravención y más bien favorecer medidas responsivas.</p>
HUGHES DE PERÚ S.R.L.	Respecto a las conexiones remotas. Como es conocimiento de su despacho, lo establecido en el artículo 25-A propuesto corresponde a un proyecto anterior planteado mediante Resolución No. 065-2020-	Sobre el comentario relacionado a que las fiscalizaciones remotas resultarían ilegales, se reitera lo ya señalado en el marco de los comentarios presentados al artículo 22, esto es, que este Organismo

	<p>CD/OSIPTEL⁶⁰. En su momento, con fecha 30 de junio de 2020 y mediante comunicación registrada bajo número No. 09906-2020-SSB01, Hughes del Perú manifestó que el acceso permanente y en tiempo real del OSIPTEL es ilegal, dado que no respeta los derechos de las empresas operadoras establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (“LPAG”), respecto del ejercicio de la potestad de supervisión de las entidades administrativas a la vez que impone condiciones menos favorables para las operadoras.</p> <p>En su oportunidad, la propuesta de acceso remoto y permanente no prosperó y, por ende, no fue aprobada por OSIPTEL a razón de los múltiples comentarios realizados por los operadores del mercado y por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, quienes consideraron que no existe fundamento y/o justificación alguna que sustente la necesidad de una obligación de conexión remota y en tiempo real para propósitos de fiscalización. Sin embargo, advertimos que a través del Proyecto Normativo se pretende nuevamente incluir la propuesta antes rechazada.</p> <p>Bajo ese contexto, reiteramos nuestra posición y consideramos que lo planteado a través del presente artículo 25-A carece de razonabilidad y es ilegal. En primer lugar, consideramos que es ilegal; toda vez que, de acuerdo a la LPAG, toda entidad administrativa, incluido el OSIPTEL, debe ejercer su potestad de supervisión o fiscalización previa notificación al administrado del objeto, sustento legal de la acción de supervisión y plazo estimado de duración. Sin embargo, con el modelo de supervisión planteado a través del artículo 25-A propuesto, OSIPTEL propone un acceso permanente y en tiempo real que le permitiría realizar actividades de supervisión sin conocimiento de los operadores y, peor aún, sin establecer de manera previa un objeto o fin específico que sustente la acción de supervisión, vulnerando así los derechos de los administrados.</p> <p>Mediante la inclusión del artículo 25-A, OSIPTEL desconoce los derechos de las empresas operadoras, imponiendo además condiciones menos favorables a través de una norma especial, el Reglamento General de Fiscalización, cuya situación está expresamente prohibida en el numeral II del Título Preliminar de la LPAG:</p>	<p>Regulador se encuentra legalmente habilitado para monitorear el sector de telecomunicaciones en el marco de sus competencias y, a su vez, para supervisar el cumplimiento de las obligaciones normativas, legales y contractuales por parte de las empresas operadoras, sin perjuicio de las metodologías, vías y/o tecnologías que pudieran ser utilizadas para ello.</p> <p>Ahora bien, en lo correspondiente a que la propuesta sería no razonable, cabe mencionar que toda actuación del OSIPTEL debe mantener una proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deben tutelar. Así, con la modificación propuesta a los artículos 22 y 25-A se estaría logrando ello, en la medida que la supervisión remota permitiría un acceso inmediato (en tiempo real) por parte de la autoridad supervisora y le facilita la advertencia oportuna de riesgos o la comisión de incumplimientos que le facultan a requerir expeditivamente su corrección a la entidad supervisada. Con ello se estaría tutelando de manera más eficaz la adecuada prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones por parte de las empresas operadoras.</p> <p>Finalmente, en relación al impacto que tendría la fiscalización remota en las empresas operadoras, a partir de un acceso permanente y en tiempo real, nos remitimos a lo señalado frente a los comentarios efectuados por la empresa Entel Perú S.A. en el marco del artículo 25-A.</p> <p>En función de lo expuesto, la incorporación del artículo 25-A se enmarca dentro de los parámetros establecidos por los Principios de Legalidad y Razonabilidad.</p>
--	---	---

⁶⁰ “Proyecto de Norma que deroga el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico, y modifica el Reglamento General de Calidad de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, el Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y la Norma de Requerimientos de Información Periódica”

	<p>“Artículo II.- Contenido</p> <p>1. <u>La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado</u> y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.</p> <p>2. <u>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.</u></p> <p>3. <u>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.</u>” (énfasis agregado)</p> <p>La potestad de supervisión de toda entidad administrativa se caracteriza por su carácter singular y transitorio, de manera tal que “la verificación o comprobación que realizan las entidades deben ser finitas y no permanentes o indeterminadas⁶¹”. Contrario a dicha naturaleza, las supervisiones en tiempo real a fin de acceder a los sistemas o bases de datos de las entidades supervisadas, utilizando conexiones remotas que OSIPTEL pretende imponer resultan ser una acción de supervisión permanente, lo cual contradice la propia naturaleza de la potestad de supervisión. Por tanto, consideramos que la propuesta de OSIPTEL no solo deviene en ilegal al contradecir otros dispositivos normativos, sino que además desnaturaliza el concepto de potestad de supervisión.</p> <p>Por tanto, consideramos que es claro que la propuesta de OSIPTEL deviene en ilegal al contravenir expresamente las disposiciones establecidas en la LPAG.</p>	
<p>INTERNEXA PERÚ S.A.</p>	<p>Con relación a la incorporación de este artículo, debemos tener en cuenta que la exigencia de entrega de información se debe realizar de acuerdo a los dispuesto en el artículo 2400 del Texto</p>	<p>En principio, corresponde señalar que la disposición contenida en el presente Reglamento busca ser una premisa general para la remisión de información vía acceso remoto; siendo el detalle de los datos a acceder serán establecidos en el marco de los instructivos o normas específicas</p>

⁶¹ Fernández Ramos, Severiano. La actividad administrativa de inspección. El régimen jurídico de la función inspectora. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica, Granada, 2012, p.52 y ss.

	<p>Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS que establece lo siguiente:</p> <p>"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. <u>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.</u></p> <p>Teniendo en consideración lo antes mencionado, debemos de señalar como punto relevante la propuesta del organismo regulador OSIPTEL de incluir como facultad de supervisión la de solicitar "usuarios y contraseñas" para accesos, sobre el particular no se detalla de forma expresa a que se tendría o pretende tener accesos. Asimismo, el tener una regulación de esta naturaleza con una redacción tan general, deja un escenario que no se encuentra delimitado formalmente en cuanto al contenido del acceso, es decir, con el solo hecho de contar con un usuario y contraseñas se tendría un acceso ilimitado a información privada de la empresa operadora.</p> <p>En ese sentido, este tipo de solicitudes de "usuarios y contraseñas" para accesos, en los que evidentemente se tendría un escenario de acceso ilimitado a información, contraviene la regulación relativa al establecimiento del "objeto" de la supervisión, el cual debe ser definido expresa y formalmente (a través del acto administrativo correspondiente), siendo comunicado por el ente fiscalizador (OSIPTEL) a la empresa operadora, tan es así que en supuestos donde se requiera supervisar aspectos distintos, el regulador debe de modificar formalmente el objeto de supervisión (Artículo 240.2", numeral 7 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General y Artículo 12"- Facultades de los supervisores, del Reglamento General de Supervisión).</p> <p>De otro lado, este acceso a través de "usuario y contraseñas" genera escenarios de vulneración de derechos protegidos a través de normas específicas: secreto de las telecomunicaciones, datos personales, secretos financieros y empresariales, los cuales tienen determinados mecanismos legales para la develación de la información, en el caso del secreto de las</p>	<p>en donde se desarrolle la fiscalización remota en cada materia particular (vg. usuarios, calidad, cobertura, entre otros).</p> <p>Respecto de que las fiscalizaciones remotas implicarían un acceso ilimitado a la información de las empresas operadoras, contraviniendo el objeto de las supervisiones, nos remitimos a lo indicado frente a los comentarios presentados por Entel Perú S.A. sobre el artículo 25-A.</p> <p>Finalmente, sobre la presunta vulneración el derecho la intimidad personal o familiar, el secreto bancario, tributario, comercial e industrial y la protección de datos personales, nos remitimos a lo que se indicará frente a los comentarios presentados por Telefónica del Perú S.A.A. sobre el artículo 25-A.</p>
--	---	---

	<p>telecomunicaciones y protección de datos personales se efectúa el pedido de información mediante la resolución judicial correspondiente (art. 2°, numeral 10 de la Constitución Política del Perú, art. 8° de la "Ley de Desarrollo de las Funciones Y Facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones- Ley 27336" y las "Normas que establece medidas destinadas a salvaguardar la inviolabilidad y el secreto de las telecomunicaciones y la protección de datos personales y regula las acciones de supervisión y control a cargo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones").</p> <p>En ese sentido, si bien el acceso remoto que propone el regulador, en el presente proyecto normativa, tiene como finalidad el acceso a la información necesaria para la actividad de fiscalización, la misma se encuentra limitada por el principio de legalidad, el derecho 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.</p> <p>Por ello, concluimos que el hecho que el regulador no cuente con los "usuarios y contraseñas" no limita su facultad de fiscalización, en el sentido de que bien puede solicitar la información relativa al objeto de supervisión, dentro de los procedimientos actuales existentes. Por lo que solicitamos la eliminación de la propuesta en este extremo de la propuesta.</p>	
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Respecto a la conexión remota a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas, la propuesta normativa requiere contemplar lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> Complejidad de la información Este tipo de conexiones remotas sólo han sido recogidos en el marco legal y en los contratos de concesión de manera muy aislada, como ocurre para la banda de 700 MHz, debe considerarse que se cuenta con un número importante de sistemas y bases de datos en el caso de Telefónica, por lo que los desarrollos que se requieren devienen en complejos e implican un alto costo para las empresas operadoras. Respecto a la Protección de Datos Personales Sobre el particular, la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante la Ley de Datos Personales), busca garantizar el derecho a la protección de datos personales de las personas previsto en el numeral 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley de Datos Personales define a los datos personales como 	<p>Respecto de la protección de datos personales</p> <p>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:</p> <p><i>"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."</i></p>

<p>“toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”.</p> <p>En el proyecto normativo bajo comentario, se solicita conexión remota para el acceso a sistemas y bases de datos mediante usuarios y contraseñas. Cabe precisar que, el acceder a bases de datos y sistemas informáticos de las empresas operadoras implicaría contar con acceso a datos personales de los abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones tales como: nombres y apellidos, números telefónicos, direcciones, documentos de identidad, entre otra información de carácter sensible que permitiría la identificación de los abonados titulares de los servicios.</p> <p>De manera adicional, dado que se emitirían usuarios y contraseñas para la conexión remota a sistemas y bases que contienen información sensible, un tercero que obtenga dichas credenciales podría conectarse remotamente y tener acceso a la información de nuestros clientes, lo cual conllevaría a un elevado riesgo de seguridad y privacidad para nuestros clientes.</p> <p>El riesgo resulta más elevado al considerar que OSIPTEL podría realizar la supervisión de manera directa sin informar la ejecución de esta a las entidades supervisadas o detallar qué información que se está extrayendo, así como la posibilidad de que puedan acceder otra entidad que preste apoyo a OSIPTEL para dicha función.</p> <p>Si bien OSIPTEL cuenta con la facultad para realizar fiscalizaciones a las obligaciones normativas que deben cumplir las empresas de telecomunicaciones, es necesario observar que esta facultad debe realizarse de la manera más proporcional posible, a fin de evitar y reducir el riesgo de vulneración de la obligación de protección de datos personales.</p> <p>La Ley de Datos Personales reconoce el principio de proporcionalidad en el tratamiento de los datos personales, señalando que “Todo tratamiento de</p>	<p>Como se puede apreciar, el acceso por parte del OSIPTEL a la información de la empresa operadora, estará circunscrito a la información materia de la supervisión, no pudiendo solicitar información que ponga en peligro los datos personales y el secreto de las comunicaciones.</p> <p>Sobre el particular, la recopilación de datos tiene que ser dentro del ámbito de competencias de las administraciones públicas, y debe responder a una finalidad establecida, por lo que no podrá recoger datos para otros fines que no sean los que una concreta Administración tiene encomendados⁶². Esto es ratificado por quienes sostienen que solo se podrá valorar la bondad de un tratamiento en cuanto a los fines del mismo, que deben ser determinados y legítimos, por cuanto circunscriben las posibilidades de actuación sobre los datos objeto del mismo en relación, reiteramos, con la finalidad⁶³.</p> <p>En tal sentido, la entidad fiscalizadora como encargada del tratamiento de los datos deberá “[...] adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural”⁶⁴.</p> <p>Asimismo, aplicada la misma interrogante para otros sectores en nuestro país, se sostiene que en caso la autoridad fiscalizadora tuviera acceso a datos personales deberá guardar la debida confidencialidad:</p> <p><i>“Finalmente, debe considerarse que, en virtud del artículo 17° de la Ley, el personal supervisor y/o fiscalizador, y en general todos los funcionarios de la GSF del Indecopi que intervengan en cualquier parte del tratamiento</i></p>
---	---

⁶² SANTOS GARCÍA, Daniel. Nociones generales de la Ley Orgánica de Protección de Datos y su Reglamento. Madrid: Tecnos, 2012, p.73.

⁶³ DÁVARA FERNANDEZ, Isabel. Hacia la estandarización de la protección de datos personales: propuesta sobre una “tercera vía o tertium genus” internacional. 1ª ed. Marzo 2011. Madrid: La Ley, p. 187

⁶⁴ VELEIRO, Belén. Protección de Datos de Carácter Personal y Sociedad de la Información. 1ª ed. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2008, pp.62-63.

	<p>datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados". Es así como, la autoridad administrativa debe observar la proporcionalidad, con la finalidad de que la información y tratamiento del dato personal sea la más acotada e imprescindible a fin de que genere el menor riesgo posible.</p> <p>Por lo que, en el presente caso consideramos podría obtenerse la información a través de requerimientos puntuales y acotados a las entidades supervisadas a fin de que se le brinde la información necesaria para el ejercicio de sus funciones con las medidas de seguridad correspondientes.</p> <p>Asimismo, este principio se encuentra estrechamente relacionado al principio de seguridad, como se reconoce en la Opinión consultiva N°015-2021-JUS/DGTAIPD al señalar que "una recopilación excesiva de datos personales para acometer la finalidad prevista incrementa el riesgo de seguridad de los mismos datos. Y es que existe una correlación entre el almacenamiento de grandes cantidades de datos personales con las medidas de seguridad que deben adoptarse para salvaguardarlos de la intromisión de terceros no autorizados en su tratamiento o que realizan tareas ajenas a la finalidad prevista de realizar".</p> <p>3. Respetto a la protección del Secreto de las Comunicaciones</p> <p>Al no definirse los alcances de los sistemas y bases de datos a los que se tendría acceso a través de conexión remota, se podría presentar el acceso a información vinculada al secreto de las telecomunicaciones, cuya protección resulta relevante y es una obligación normativa de nuestra representada.</p> <p>El derecho al secreto de las comunicaciones es el derecho fundamental de toda persona a que sus comunicaciones no sean vulneradas y que genera la obligación a cargo de los Operadores de Telecomunicaciones de adoptar las medidas y procedimientos razonables para garantizar la inviolabilidad de las comunicaciones que se cursen a través de sus redes.</p> <p>Sobre el particular, el artículo 2 numeral 10 de la Constitución Política del Perú reconoce el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, telecomunicaciones y de sus instrumentos, los cuales sólo podrán ser</p>	<p><i>de datos personales, están obligados a guardar confidencialidad respetto de los mismos y de sus antecedentes</i>⁶⁵.</p> <p>Por tanto, el acceso remoto a los sistemas y bases de datos de las empresas operadoras no constituiría un riesgo a los datos personales de los abonados titulares del servicio, en la medida que el OSIPTEL deberá limitarse al objeto de la supervisión, el cual también será comunicado a los administrados de conformidad con el inciso 1 del artículo 242 del TUO LPAG, siendo que, en el supuesto de tener acceso a los datos personales referidos, deberá guardar la confidencialidad de los mismos.</p> <p><i>Sobre la vulneración de derechos como el secreto de las telecomunicaciones, datos personales, secretos financieros y empresariales. -</i></p> <p>Por otra parte, se cuestiona que el acceso a través de usuarios y contraseñas genera escenarios de vulneración de derechos protegidos a través de normas específicas: secreto de las telecomunicaciones, datos personales, secretos financieros y empresariales, los cuales tienen determinados mecanismos legales para la develación de la información⁶⁶.</p> <p>Al respecto, el numeral 10 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú señala que las comunicaciones, telecomunicaciones y datos personales sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Sin embargo, se debe precisar que el objeto de la supervisión remota no es acceder exclusivamente a dicha data privilegiada, por lo cual no sería necesario contar con autorización judicial alguna.</p> <p>Sin perjuicio de lo anterior, es necesario indicar que el OSIPTEL cuenta con competencias para poder solicitar información confidencial como parte del ejercicio de sus funciones. Desde luego, existe también un deber a su cargo de resguardarla o restringir el acceso a la misma. Esto está reconocido expresamente por el artículo 6 de la Ley N° 27336, el cual señala:</p>
--	--	---

⁶⁵ ZEGARRA, Diego. La actividad de supervisión y fiscalización del Indecopi en el marco de la normativa de protección de datos personales. En: PRAECEPTUM. Año 1 Número 1, INDECOPI, Lima, 2014. p. 127. Disponible en: https://www.indecopi.gob.pe/documents/51084/126949/PRAECEPTUM_N1.pdf/6b8afc00-dc38-4591-9089-ca206af49f32

⁶⁶ Así expuesto por la empresa Internexa Perú S.A.

<p>intervenidos con un mandato judicial que expresamente lo autorice, emitido cumpliendo las garantías señaladas en la ley.</p> <p>Como se aprecia, por mandato constitucional el derecho al secreto de las comunicaciones es una garantía formal que asegura la indemnidad de los elementos del proceso comunicativo respecto de la intervención de terceros. Asimismo, el secreto a las comunicaciones, como ha reconocido la Corte Interamericana de Derecho Humanos, puede comprender “cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.</p> <p>Siendo ello así, todos los elementos directamente asociados al proceso de comunicación y los datos vinculados a ese tráfico de información se mantienen dentro del ámbito de protección del secreto de comunicación. Solo si dicha asociación no existe, estos datos no recibirán la protección de aquel derecho. Otro elemento importante del proceso de comunicación protegido por este derecho se refiere al hecho que la comunicación debe realizarse a través de canales cerrados facilitados por un tercero que facilita la conexión entre los participantes y asegura el secreto del proceso. En este sentido nuestra representada no solo es un conector sino una garante de proteger el acto comunicativo y elementos vinculados.</p> <p>Si como parte del acceso que propone el proyecto de norma, se tendría acceso en tiempo real al proceso comunicativo u otro elemento o sistema que custodio elementos del mismo, tal y como mencionamos líneas arriba, nos encontraríamos ante un caso de acceso al secreto de las telecomunicaciones, siendo que en el presente proyecto se precisa la posibilidad de delegar esta función a un tercero se podría incurrir en una vulneración al secreto, lo cual no solo haría incumplir una disposición constitucional sino que a su vez haría peligrar el contrato de concesión.</p> <p>1. Respetto a la protección de Datos Personales</p> <p>Sobre el particular, cabe destacar que la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante la Ley de Datos Personales), busca garantizar el derecho a la protección de datos personales de los ciudadanos previsto en el numeral 6 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Asimismo, el numeral 4 del artículo 2 de la Ley de Datos Personales define a los datos</p>	<p><i>“Artículo 6.- Información confidencial de las entidades supervisadas</i></p> <p>6.1 OSIPTEL está facultado para solicitar la presentación de información confidencial o de secretos comerciales por parte de las entidades supervisadas, de ser necesaria, para el ejercicio de sus funciones. En tales casos, OSIPTEL guardará la debida reserva encontrándose prohibido de publicar o difundir tal información.</p> <p><i>6.2 Para efectos de preservar la confidencialidad de la información, el OSIPTEL está obligado a restringir el acceso a la misma, bajo las responsabilidades civiles y penales correspondientes.</i></p> <p><i>6.3 Corresponde a OSIPTEL calificar la confidencialidad de la información, la misma que será de acceso restringido.” (Énfasis agregado)</i></p> <p>Asimismo, el artículo 8 de la Ley N° 27336 establece que el acceso por parte del OSIPTEL a información privada relacionada con el secreto de las telecomunicaciones, o cualquier información confidencial, no constituirá una vulneración siempre que esta información sea necesaria para cumplir con sus funciones, especialmente en el ejercicio de la facultad de supervisión:</p> <p>“Artículo 8.- Secreto e inviolabilidad de las comunicaciones: [...]</p> <p>8.3 No constituye violación del derecho al secreto y la inviolabilidad de las telecomunicaciones, ni afecta el derecho a la confidencialidad de la información personal, <u>el acceso que tenga OSIPTEL a la información necesaria para cumplir sus funciones y, particularmente, el ejercicio que haga de las facultades contempladas en el Artículo 15 de la presente Ley.</u> En ningún caso OSIPTEL podrá exigir la presentación de información que revele el contenido de las comunicaciones”.</p> <p>Todo lo anterior está en consonancia con lo que el prescribe el artículo 17 de la Ley de Protección de Datos Personales – Ley N° 29733, según el cual el acceso a los datos personales deberá realizarse con la debida salvaguarda a la confidencialidad de los mismos:</p> <p>“Artículo 17. Confidencialidad de datos personales <i>El titular del banco de datos personales, el encargado y quienes intervengan en cualquier parte de su tratamiento están obligados a</i></p>
---	---

	<p>personales como “toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados”.</p> <p>No obstante, de los señalado, en el proyecto normativo su Despacho pretende que se le habilite una conexión remota para el acceso a sistemas y bases de datos, lo que incluye tener acceso a toda la información personal de nuestros usuarios en todo momento sin ningún tipo de límite, tanto por parte de funcionarios de OSIPTEL como de empresas terceras contratadas por OSIPTEL, conforme propuesta del presente proyecto normativo</p> <p>Nuestros sistemas comerciales y plataformas permiten acceso a todo tipo de información protegida por el deber de protección de datos y secreto de las telecomunicaciones. De manera no taxativa, podrá acceder en todo momento al nombre, documento de identidad, dirección, todas las transacciones/consultas realizadas en todo momento, productos y/o servicios contratados o dados de bajas, contratos, recibos, recargas, tráfico realizado por el cliente de voz y de datos, IMEIs de teléfonos, a quien llama, a qué páginas navega, contraseñas, cuáles son sus consumos, entre otros.</p> <p>De igual manera, tampoco está acotado a un grupo de usuarios o a la verificación del cumplimiento de obligación específica. Se accede de manera ilimitada a todo. Importante considerar que mediante Opinión Consultiva N° 37 -2020-JUS/DGTAIPD (ANEXO 3), la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales ha precisado que una acción a nivel preventiva, fuera del ámbito de una fiscalización y/o investigación de un sujeto en particular se aleja de la observancia de la normativa de protección de datos personales, al no haber una ley que ampare dicha solicitud.</p> <p>En función a la sensibilidad de la información, existen procesos de seguridad para restringir los accesos en función a distintos niveles y necesidades. Tenemos políticas claras para garantizar el acceso el control de acceso que se encuentran siendo analizadas y son informadas al Ministerio de Transportes y Comunicaciones; sin embargo, con esta propuesta se estaría</p>	<p>guardar confidencialidad respecto de los mismos y de sus antecedentes. Esta obligación subsiste aun después de finalizadas las relaciones con el titular del banco de datos personales.” [...]</p> <p>Por lo expuesto, se puede concluir que el empleo de usuarios y contraseñas para una fiscalización remota no soporta un riesgo a los datos personales, secreto de las telecomunicaciones, financieros y empresariales de las empresas supervisadas, siempre que se observen las disposiciones que, sobre el particular, recogen la Ley N° 27336 y la Ley N° 29733. Asimismo, es importante resaltar que la entidad fiscalizadora deberá adoptar las medidas de seguridad necesarias a fin evitar cualquier tratamiento contrario a la Ley de Protección de Datos Personales, de conformidad con el principio de seguridad estipulado en el artículo 10 del Reglamento de la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, aprobado por Decreto Supremo N° 003-2013-JUS⁶⁷.</p> <p>Respecto de la razonabilidad y los costos de la conexión remota</p> <p>Corresponde reiterar que, toda actuación del OSIPTEL debe mantener una proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se deben tutelar. Así, con la modificación propuesta a los artículos 22 y 25-A se estaría logrando ello, en la medida que la supervisión remota permitiría un acceso inmediato (en tiempo real) por parte de la autoridad supervisora y le facilita la advertencia oportuna de riesgos o la comisión de incumplimientos que le facultan a requerir expeditivamente su corrección a la entidad supervisada. Con ello se estaría tutelando de manera más eficaz la adecuada prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones por parte de las empresas operadoras.</p> <p>Respecto de la falta de seguridad jurídica en la propuesta</p> <p>Se sostiene, respecto al Proyecto Normativo, que el solo hecho que el OSIPTEL cuente con un usuario y contraseña conllevaría a un acceso</p>
--	---	---

⁶⁷ **Reglamento de la Ley de Protección de Datos Personales**
Artículo 10.- Principio de seguridad.

En atención al principio de seguridad, en el tratamiento de los datos personales deben adoptarse las medidas de seguridad que resulten necesarias a fin de evitar cualquier tratamiento contrario a la Ley o al presente reglamento, incluyéndose en ellos a la adulteración, la pérdida, las desviaciones de información, intencionales o no, ya sea que los riesgos provengan de la acción humana o del medio técnico utilizado.

<p>incumpliendo el marco de protección de datos personales y secreto de telecomunicaciones que se encuentra dentro de las competencias del MTC, y estaríamos poniendo en riesgo la información sensible.</p> <p>Por otro lado, cabe indicar que, como ya habíamos señalado de manera previa, no se acota en el texto de la norma a una determinada acción de supervisión que sea previsible y cuente con inicio y fin, pese a que existe obligación que cualquier acción de supervisión tenga una duración determinada, conforme detallaremos más adelante. Asimismo, tampoco está acotado a un grupo de usuarios o a la verificación del cumplimiento de obligación específica. Asimismo, de acuerdo con el propio proyecto y, pese a que la Ley 27336 no lo permite como ya hemos desarrollado, también se estaría facultando que el acceso a dicha información no sea solamente por personal de OSIPTEL sino terceros: “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.” Esto último incrementaría gravemente el riesgo de vulnerar información sensible, la misma que por su nivel de seguridad no es de fácil acceso a todos los colaboradores de la empresa.</p> <p>Consideramos que, el hecho que se disponga de forma permanente el acceso a sistemas y base de datos, sin que el abonado titular de los servicios lo haya autorizado expresamente, pone en riesgo su información personal y vulnera cuando menos los principios de consentimiento, finalidad, proporcionalidad, calidad y seguridad al que tienen derechos los ciudadanos que hacen uso de los servicios de telecomunicaciones, máxime si las empresas operadoras deben salvaguardar este derecho en el marco de lo establecidos en los Contratos de Concesión, la Ley de Protección de Datos Personales y la Ley de Telecomunicaciones, entre otras normas que obligan a velar por la protección adecuada de la información.</p> <p>En todo caso, su Despacho ya cuenta con facultades amplias para requerir información específica que sea necesaria para poder ejercer su función supervisora en cada situación que lo amerite, sin que para ello se requiera un</p>	<p>ilimitado por parte de éste a información privada de la empresa operadora. Por tanto, el uso de "usuarios y contraseñas" contravendría la regulación relativa al establecimiento del "objeto" de la supervisión, el cual debe ser, según se sugiere, definido expresa y formalmente a través del acto administrativo correspondiente, siendo comunicado por el ente fiscalizador a la empresa operadora⁶⁸.</p> <p>Para brindar soporte normativo a lo antes señalado, estos cuestionamientos se apoyan en una lectura incompleta de lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 242 del TUO LPAG, el cual exige que:</p> <p style="text-align: center;"><i>“Son derechos de los administrados fiscalizados:</i></p> <p style="text-align: center;">1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación. [...]"</p> <p>Contrariamente a lo cuestionado, el Proyecto Normativo que propone la inclusión del artículo 25-A no transgrede el derecho del particular fiscalizado de ser informado con el objeto de la fiscalización ni mucho menos lo obliga a encontrarse sometido a una fiscalización permanente o ilimitada. Dos son las razones que sustentan esto.</p> <p>Primero, el objeto de la supervisión está representado por aquella obligación, prohibición o deber cuyo cumplimiento se encuentra a cargo del fiscalizado. Para tomar conocimiento o cerciorarse de que dichas obligaciones, debes o prohibiciones se están cumpliendo, la autoridad supervisora puede requerir información, ingresar o acceder a los bienes muebles o inmuebles involucrados en una actividad, etc.⁶⁹. Todo esto involucra el objeto de la supervisión. De tal manera que, cuando el numeral 1 del artículo 242 del TUO LPAG reconoce como derecho del supervisado a ser informado con el objeto, lo que se procura es que éste sepa (con anticipación o en el mismo momento de la fiscalización) que obligaciones, deberes o prohibiciones están siendo vigiladas y con qué información o bienes puede la autoridad comprobar su cumplimiento.</p>
--	---

⁶⁸ Es la observación que realiza Internexa Perú S.A. (en adelante, Internexa).

⁶⁹ Morón Urbina, J. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo II. Lima: Gaceta Jurídica, 2019, p.340.

<p>acceso permanente e irrestricto a las bases de datos y sistemas de las empresas operadores.</p> <p>De manera adicional, cabe indicar que, dado que el regulador contaría con usuarios y contraseñas para la conexión remota a sistemas y bases que contienen información sensible, un tercero podría obtener las credenciales y conectarse remotamente, obteniendo acceso a la información de nuestros clientes, lo cual conllevaría a un elevado riesgo de seguridad y privacidad de sus datos personales. Como es de su conocimiento, esta información, debe ser puesta en conocimiento del titular del dato personal - esto es de los clientes del servicio de telecomunicaciones-, tal y como lo establece el artículo 18° de la Ley de Datos Personales.</p> <p>Entendemos que como parte del ejercicio de la función supervisora, OSIPTEL puede acceder a información personal sin requerir la autorización del abonado, pero ello debe tener un límite, no puede ser irrestricto. Esta facultad debe realizarse de manera proporcional, a fin de evitar y reducir el riesgo de cualquier vulneración de la obligación de protección de los datos personales, como ya lo ha declarado la Autoridad de Datos Personales en la Opinión Consultiva N° 015-2021-JUS/DGTAIPD (ANEXO 4) de fecha 20 de abril de 2021, donde señala expresamente que “una recopilación excesiva de datos personales para acometer la finalidad prevista incrementa el riesgo de seguridad de los mismos datos. Y es que existe una correlación entre el almacenamiento de grandes cantidades de datos personales con las medidas de seguridad que deben adoptarse para salvaguardarlos de la intromisión de terceros no autorizados en su tratamiento o que realizan tareas ajenas a la finalidad prevista de realizar”.</p> <p>2. Respecto a la protección del Secreto de las Comunicaciones</p> <p>Al no definirse los alcances de los sistemas y bases de datos a los que se tendría acceso a través de conexión remota, se podría presentar el acceso a información vinculada al secreto de las telecomunicaciones, cuya protección resulta relevante y es una obligación normativa de nuestra representada.</p> <p>El derecho al secreto de las comunicaciones es el derecho fundamental de toda persona a que sus comunicaciones no sean vulneradas y que genera la obligación a cargo de los Operadores de Telecomunicaciones de adoptar las</p>	<p>En cumplimiento de este objeto, lo que importará será que la información que se obtenga con ocasión de la fiscalización tenga “conexión con el objeto materia de fiscalización y con los bienes jurídicos involucrados dentro de la competencia de la autoridad fiscalizadora. Caso contrario, la fiscalización administrativa estaría ejerciéndose ilegalmente y toda información a la que se accediera tendría que invalidarse o, eventualmente, justificar el archivo del procedimiento sancionador o, incluso, la nulidad del acto de sanción”⁷⁰.</p> <p>Siendo ello así, en el caso de la propuesta realizada por el Proyecto Normativo, el empleo de plataformas o conexiones remotas no supone un desconocimiento absoluto del objeto de la supervisión por parte de las empresas operadoras ni mucho menos una entera libertad del OSIPTEL para acceder a cualquier información.</p> <p>Lo que se plantea es que estas cuentas de acceso sean preestablecidas por las empresas operadoras para que el OSIPTEL pueda recabar información a la cual su usuario esté autorizado. Esto supone que la empresa operadora esté, con anticipación, al tanto de qué información es la que puede ser tomada por el OSIPTEL y, por tanto, cuál es el objeto materia de su supervisión remota. No estamos ante la formalidad del acto físico y expreso que se notifica en las visitas presenciales, pero sí existe un conocimiento y un registro electrónico que da cuenta de la fecha y la hora en la cual el OSIPTEL accedió a la información y cuál fue ésta.</p> <p>Segundo, tanto en las supervisiones remotas como en las supervisiones que sea realizan de forma presencial, los particulares están en una posición general de soportar eventuales fiscalizaciones. El solo hecho de tener deberes, obligaciones o prohibiciones que observar, les exige cumplir con los mismos y estar alertas a cualquier fiscalización. No ocurre cuestión distinta cuando nos encontramos ante supervisiones remotas, pues en estos casos la autoridad realiza sus funciones de supervisión en determinados momentos empleando canales electrónicos (accesos a través del uso de su usuario y contraseña). Esto no supone una fiscalización permanente o ilimitada. El contar con un usuario y una contraseña sitúa al particular en una posición general de soportar</p>
--	---

⁷⁰ Sánchez Povich, L. A. La fiscalización administrativa en el ordenamiento peruano: de la heterogeneidad a la regulación común. IUS ET VERITAS, (60), 2020, pp. 38-64.

<p>medidas y procedimientos razonables para garantizar la inviolabilidad de las comunicaciones que se cursen a través de sus redes.</p> <p>Sobre el particular, el artículo 2 numeral 10 de la Constitución Política del Perú reconoce el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, telecomunicaciones y de sus instrumentos, los cuales sólo podrán ser intervenidos con un mandato judicial que expresamente lo autorice, emitido cumpliendo las garantías señaladas en la ley.</p> <p>Como se aprecia, por mandato constitucional el derecho al secreto de las comunicaciones es una garantía formal que asegura la indemnidad de los elementos del proceso comunicativo respecto de la intervención de terceros. Asimismo, el secreto a las comunicaciones, como ha reconocido la Corte Interamericana de Derecho Humanos (ANEXO 5), puede comprender “cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones”.</p> <p>Siendo ello así, todos los elementos directamente asociados al proceso de comunicación y los datos vinculados a ese tráfico de información se mantienen dentro del ámbito de protección del secreto de comunicación. Solo si dicha asociación no existe, estos datos no recibirán la protección de aquel derecho. Otro elemento importante del proceso de comunicación protegido por este derecho se refiere al hecho que la comunicación debe realizarse a través de canales cerrados facilitados por un tercero que facilita la conexión entre los participantes y asegura el secreto del proceso. En este sentido nuestra representada no solo es un conector sino una garante de proteger el acto comunicativo y elementos vinculados.</p> <p>Si como parte del acceso que propone el proyecto de norma, se tendría acceso en tiempo real al proceso comunicativo u otro elemento o sistema que custodio elementos del mismo, tal y como mencionamos líneas arriba, nos encontraríamos ante un caso de acceso al secreto de las telecomunicaciones, siendo que en el presente proyecto se precisa la posibilidad de delegar esta función a un tercero se podría incurrir en una vulneración al secreto, lo cual no solo haría incumplir una disposición constitucional sino que a su vez haría peligrar el contrato de concesión, toda vez que existe obligación de inviolabilidad de las comunicaciones.</p>	<p>eventuales fiscalizaciones, las cuáles quedarán registradas electrónicamente cuando tengan lugar.</p> <p>Partiendo de esto, la propuesta del Proyecto Normativo solo viabiliza un canal más efectivo y rápido para el cumplimiento de las labores de fiscalización por parte del OSIPTEL, el cual no es equiparable en modo alguno a una fiscalización ilimitada o permanente.</p> <p>Por tanto, no se advierte que el Proyecto Normativo vulnere el derecho de las empresas supervisoras de tener conocimiento sobre el objeto de la fiscalización.</p> <p>Respecto del exceso de regulación y cambios</p> <p>En relación al comentario relacionado a la excesiva regulación que desarrollaría este Organismo Regulador, a partir del establecimiento de un acceso remoto para facilitar la función supervisora, corresponde resaltar que no se trata de un acceso irrestricto excesivo y menos aún sin consentimiento previo; al respecto, el artículo 25-A planteado en este mismo proyecto, dispone:</p> <p><i>“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.”</i></p> <p>Siendo así, se tiene que el acceso que se plantea a partir de la modificación del presente Reglamento, estará circunscrito a un conjunto de condiciones, alcances y precisiones, que buscan salvaguardar la información que se comparta, así como optimizar la labor supervisora y de monitoreo por parte del OSIPTEL.</p> <p>A partir de lo expuesto, no nos encontramos frente a una muestra de excesiva regulación sino ante la necesidad de, 1) plantear metodologías de supervisión más ágiles y menos costosas (en recursos humanos, técnicos y horas/hombre) y, 2) llevar a cabo seguimiento oportuno del cumplimiento de obligaciones por parte de las empresas operadoras, a fin de evitar su contravención y más bien favorecer medidas responsivas.</p>
--	--

	<p>3. Respeto a la razonabilidad de la propuesta realizada</p> <p>Sobre el particular, cabe precisar que la propuesta de conexiones remotas que señala su Despacho bajo comentario y, en general, cualquier propuesta normativa que emita el ente regulador, se encuentra supeditada a las reglas que se incluyen en el ordenamiento administrativo, por lo que la administración al adoptar cualquier decisión que pueda implicar cargas y gravámenes al administrado debe observar los principios del derecho administrativo, siendo uno de ellos el principio de razonabilidad, el mismo que señala que en el análisis de cada caso debe realizarse de manera proporcional:</p> <p>“Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo</p> <p><i>“1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>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 cometido.</i></p> <p><i>(...)” (Énfasis agregado)”</i></p> <p>En ese mismo sentido, se encuentra el artículo 64° del TUO de la LPAG, el mismo que regula la actuación de la administración de la forma “menos gravosa posible” para el administrado, por lo que no resulta acorde a derecho lo propuesto en el presente proyecto normativo, pues en este caso se impulsa la ejecución de actividades de supervisión a través del acceso mediante conexiones remotas a sistemas y bases de datos de la empresa, así como podría afectar la actividad comercial de las empresas operadoras al destinar recursos económicos y humanos en la preparación del mismo.</p> <p>Si bien es cierto, el Reglamento General de Supervisión establece que uno de los principios de la potestad supervisora del OSIPTEL es el Principio de Discrecionalidad, el cual contempla que el órgano supervisor es quien delimita sus funciones y establece su autorregulación dentro de un</p>	<p>Finalmente, en relación a las modificaciones normativas y la simplificación administrativa, es preciso indicar que la modificación planteada en relación al presente Reglamento no contraviene la política del OSIPTEL de promover la reducción de obligaciones y costos a las empresas operadoras, a fin de permitir una mayor inversión en el despliegue de infraestructura a fin de reducir la brecha que existe actualmente.</p> <p>Al respecto, corresponde señalar que una fiscalización remota permite reducir costos (vg. recursos y tiempo) tanto para el Organismo Regulador como para la empresa operadora, priorizando más bien el cumplimiento de las obligaciones normativas, técnicas y contractuales.</p>
--	--	--

	<p>procedimiento de supervisión; este principio no ampara la arbitrariedad y se encuentra limitado por el derecho de los administrados y los principios del derecho administrativo, como es el caso del principio de razonabilidad, sobre todo al tratarse de una medida, que por su naturaleza, implica sobrecargas elevadas a los administrados, así como existen medidas menos invasivas que permiten obtener los mismos resultados, como puede ser el requerimiento de información periódicas por otros medios. De igual forma, el tipo de cumplimiento no puede ser verificado caso a caso, sino a través de técnicas de muestreo, la mismas que deben cumplir con los requisitos establecidos por la normativa y las reglas de la estadística.</p> <p>La discrecionalidad ha sido observada por el Tribunal Constitucional, toda vez que ha señalado lo que debe entenderse como un acto de la Administración de arbitrariedad y no uno de discrecionalidad:</p> <p>“El requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vida supra), “una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica”.</p> <p>Por lo mismo, las determinaciones administrativas que se fundamentan en la satisfacción del interés público son también decisiones jurídicas, cuya validez corresponde a su concordancia con el ordenamiento jurídico. En ese orden de ideas, tales decisiones, incluso cuando la ley las configure como “discrecionales”, no pueden ser “arbitrarias”, por cuanto son sucesivamente “jurídicas” y, por lo tanto, sometidas a las denominadas reglas de la “crítica racional”.</p> <p>El concepto de arbitrario apareja tres acepciones igualmente proscritas por el derecho: a) lo arbitrario entendido como decisión caprichosa, vaga e infundada desde la perspectiva jurídica; b) lo arbitrario entendido como aquella decisión despótica, tiránica y carente de toda fuente de legitimidad; y c) lo arbitrario entendido como contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. (...) (Énfasis agregado)</p>	
--	---	--

El Tribunal ha indicado que la discrecionalidad de la administración existe; sin embargo, este principio no ampara la arbitrariedad y se encuentra limitado por el derecho de los administrados y los principios del derecho administrativo, como es el caso del principio de razonabilidad, sobre todo al tratarse de una obligación que, por su naturaleza, implicaría costos elevados de administración a los administrados.

En esta línea, el Consejo Directivo de OSIPTEL ha mencionado con anterioridad en la Resolución N° 229-2018-CD/OSIPTEL (ANEXO 6) que la discrecionalidad de OSIPTEL, al momento de elaborar sus planes de supervisión, deben observar el principio de razonabilidad y deben ser estructurados de la manera en que pueda realizarse una adecuada verificación del cumplimiento de las obligaciones:

En efecto, si bien el OSIPTEL goza de discrecionalidad para establecer el detalle de los planes y métodos de supervisión, que posiblemente derivarán en el inicio de un PAS, acorde al Principio de Razonabilidad¹⁸, estos deben ser estructurados

guardando la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido, esto es, la verificación del cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas operadoras.

Fuente: Resolución N° 229-2018-CD/OSIPTEL

En virtud de lo señalado por el Consejo Directivo, cabe señalar que la Administración para ejercer su facultad de supervisión debe establecer un plan y método de supervisión, el mismo que debe estar acorde con el principio de razonabilidad.

En tal sentido, tanto la doctrina como la jurisprudencia administrativa más autorizada, señalan que las entidades administrativas tienen la carga de probar, que al momento de librar una determinada norma, y más allá del respecto al principio de legalidad que como hemos señalado tampoco cumple el instructivo, los siguientes aspectos relacionados con el cumplimiento del principio de razonabilidad: (i) el interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella; (ii) que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados son adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía

	<p>alcanzar; lo que significa evaluar la magnitud y proporcionalidad de los costos que los agentes económicos deberían soportar, así como los efectos que tales cargas tendrían sobre las actividades productivas; y, (iii) que existen elementos que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia impuesta era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.</p> <p>Pero no sólo es la justicia administrativa la que se ha pronunciado con relación a la obligación que tiene la Administración de cumplir con el test de razonabilidad al momento de ejercer su facultad normativa. En efecto, para el Tribunal Constitucional con referencia a la intervención del Estado en la economía señala lo siguiente;</p> <p>“[a]demás de que no se pueda ni se deba asumir que la sola invocación de finalidades aparentemente compatibles con la norma fundamental pueda por sí sola legitimar la puesta en marcha de todo tipo de alternativas, es un hecho inobjetable que del examen minucioso de las mismas (de tales alternativas) debe deducirse si, en efecto, ellas eran las únicas posibles para lograr las finalidades propuestas, o si, por el contrario, existían otras distintas que, sin resultar excepcionales o urgentes, hubiesen podido servir a la consecución de los mismos propósitos. En otros términos, se trata de practicar el consabido test de proporcionalidad en la verificación de la constitucionalidad, o no, de la decisión o decisiones adoptadas”. [énfasis agregado]</p> <p>En dicha línea, para cumplir con el nivel de análisis exigido para la Administración y recomendado por el Tribunal Constitucional, respecto del Interés Público exigido por las normas que regulan la actividad de la Administración, no basta con que la entidad haga mención a un objetivo público que justifique la medida, cómo hace OSIPTEL en esta oportunidad, sino que es necesario, además de respetar el principio de legalidad y los derechos de los administrados y ciudadanos, acreditar la existencia de una problemática concreta que requiera su implementación, además de explicar de qué manera esta restricción tiene alguna causalidad con la solución del problema real planteado.</p> <p>Con relación al test de proporcionalidad, se ha establecido que, para determinar la proporcionalidad de una medida, la administración pública debe haber evaluado la magnitud de los costos que los agentes económicos afectados deberán soportar a consecuencia de la restricción en comparación</p>	
--	---	--

	<p>con los beneficios que la restricción genera para la sociedad. Sobre el particular, la Sala de Defensa de la Competencia de INDECOPI ha señalado que la Administración tiene la carga de probar que su medida es proporcional, no pudiendo argumentar que tomó una decisión razonable si no demuestra que consideró y evaluó los costos y beneficios derivados de la implementación de dicha medida, lo que tampoco se ha hecho en el presente caso.</p> <p>Finalmente, también se exige como última etapa del análisis de razonabilidad que la autoridad demuestre que la norma administrativa fue la opción menos costosa para alcanzar la finalidad pública propuesta. Esto implica acreditar que la decisión adoptada fue el resultado de una serie de alternativas previamente planteadas que podrían ser igualmente efectivas, de tal manera que se haya optado por la que tuviera un menor impacto y costos para los agentes que tienen la obligación de cumplirla, además de señalar las razones por las que las demás medidas fueron descartadas. Lamentablemente, en el presente caso no se ha presentado el análisis que permita saber cuáles fueron las razones por las que OSIPTEL consideró descartar las medidas alternativas o que las mismas no alcanzaban a satisfacer el objetivo público planteado. Asimismo, se debe considerar que la elección del método de supervisión no es libre, sino que el mismo debe adoptarse en virtud de los parámetros del Principio de Razonabilidad.</p> <p>En el presente proyecto, corresponde que su Despacho, en atención al principio de razonabilidad, en caso desee supervisar realice la evaluación del cumplimiento a través de requerimientos de información, la extracción de muestras, entre otras alternativas reconocidas normativamente que cumplen los mismos objetivos y resultan razonables al fin perseguido.</p> <p>4. Respetto a la falta de seguridad jurídica de la propuesta</p> <p>La medida propuesta implica que el Regulador, a través de la conexión remota, pueda realizar una supervisión constante a las empresas operadoras, las cuales no tendrán seguridad de las acciones que adoptará el ente regulador ante las mismas, ni cuándo se encuentran inmersos en un expediente de supervisión, por lo que no se encontraran en posibilidad de emitir comentarios de las acciones de monitoreo y/o supervisión que se ejecuten vulnerando el debido procedimiento. Esto último implicaría que los administrados se enfrenten a un monitoreo constante, siendo la administración quien determinará, sin participación, la interpretación del incumplimiento.</p>	
--	---	--

	<p>Lo expuesto en el párrafo anterior, implicaría una vulneración a la regla de general que implica que las entidades de la Administración Pública deben informar a los administrados sobre el objeto y plazo de la supervisión, así como que se incluyan sus comentarios en las mismas:</p> <p>“Artículo 242.- Derechos de los administrados fiscalizados Son derechos de los administrados fiscalizados: 1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación (...). 4. Se incluyan sus observaciones en las actas correspondientes. (...)”</p> <p>En caso se mantenga la propuesta normativa de implementar el método de supervisión bajo comentario, las empresas prestadoras de servicio no podrán tener predictibilidad sobre la duración de las acciones de supervisión de OSIPTEL, dicho principio se encuentra regulado en el numeral 1 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el mismo que contempla: “1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.</p> <p>Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.</p> <p>La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables”.</p> <p>Del artículo citado, podemos apreciar que la administración debe brindar información suficiente a los administrados las medidas que esté adoptando, así como de la duración de los procedimientos que tenga a cargo Asimismo, las actuaciones de la Administración deben encontrarse acorde a las expectativas legítimas que tenga el administrado, ya sea por la práctica o por</p>	
--	--	--

antecedentes, de lo contrario resultaría evidente que se estaría vulnerando el principio de predictibilidad y la seguridad jurídica de los administrados.

Asimismo, de la práctica OSIPTEL ha delimitado temporalmente sus planes de supervisión, conforme se puede apreciar en los siguientes casos:

Expediente N° ~~00136~~-2016-GG-GFS

1. OBJETIVO

Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 7° de Norma que regula el procedimiento para la entrega de información al OSIPTEL de equipos terminales móviles reportados como sustraídos (hurtados y robados), perdidos y recuperados, aprobada mediante Resolución del Consejo Directivo N° 050-2013-CD/OSIPTEL, a efectos de verificar la correcta aplicación de las normas por parte de la empresa operadora TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, MOVISTAR) en los meses de agosto a diciembre de 2015.

Fuente: Expediente de Supervisión N° 00136-2016-GG-GFS

PLAN DE SUPERVISIÓN

SUPERVISIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DISPUESTAS EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 98° DEL TUO DE LAS CONDICIONES DE USO POR PARTE DE LA EMPRESA TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. EN CENTROS POBLADOS RURALES (PERIODO: AGOSTO A DICIEMBRE DE 2016)

Expediente N° ~~00206~~-2016-GG-GFS

1. OBJETIVO

Verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 98° del Texto Único Ordenado de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones (en adelante, TUO de las Condiciones de Uso), aprobado por Resolución N° 138-2012-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, por parte de la empresa operadora de servicios públicos de telecomunicaciones Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica), en los centros poblados rurales del Perú, durante el periodo comprendido entre los meses de agosto y diciembre de 2016.

Fuente: Expediente de Supervisión N° 00206-2016-GG-GFS

Sobre el particular, cabe señalar que su Despacho no señala un alcance temporal por lo que el acceso puede realizarlo de manera indefinida sin que el mismo tenga una duración definida; sin embargo, consideramos que toda acción de supervisión debe estar en función a un alcance temporal. De lo contrario nos encontraríamos ante una acción de supervisión permanente, lo cual impedirá que la supervisión tenga un objeto claro porque la supervisión se vuelve un fin por sí misma. Esto supera ampliamente la facultad supervisora que tiene la administración pública para el ejercicio de sus funciones. De igual forma en el numeral 1 del artículo 240° se reconoce como derecho de los administrados fiscalizados que:

<p>“1. Ser informados del objeto y del sustento legal de la acción de supervisión y, de ser previsible, del plazo estimado de su duración, así como de sus derechos y obligaciones en el curso de tal actuación.” Es así como, se reconoce que la acción de la administración pública no puede ser ilimitada. Sobre este aspecto se pronuncia MORÓN URBINA:</p> <p>“Como cuarto elemento, la norma agrega que también se le anunciará, de ser previsible, del plazo estimado de su duración. La idea es que el inspeccionado tenga la posibilidad de estimar el periodo bajo el cual deberá brindar facilidades a los fiscalizadores, dedicar personal y a su atención y organizar sus prioridades. Esta información es necesaria, porque cuanto la norma dice “de ser previsible” no significa que la entidad pueda asumir que su acción sea de término imprevisible para no informar nada al administrado, pues siempre deberá dar cuanto menos un mínimo de duración”.</p> <p>En una línea similar se pronuncia TIRADO BARRERA al señalar que uno de los principales derechos que debe tener el administrado durante la fiscalización:</p> <p>“c) el administrado debe tener derecho a que los procedimientos de inspección tengan una duración determinada y razonable⁶⁷, pues teniendo en cuenta el carácter gravoso sobre sus derechos e intereses legítimos que pueden tener las exigencias derivadas de la inspección administrativa y la incertidumbre sobre las consecuencias que podrían presentarse, no resulta compatible con nuestro ordenamiento constitucional que la potestad de fiscalización ejercida para un caso concreto pueda extenderse ilimitadamente en el tiempo, dejando en estado de pendencia al administrado en tanto dure ésta⁶⁸.”</p> <p>Es así que, la doctrina también ha señalado en distintas oportunidades la necesidad de contar con una delimitación temporal de las acciones de supervisión, lo que permitirá a las empresas poder organizar sus recursos, y cumplirán de manera adecuada con la atención de las mismas. Este plazo se encuentra reconocido no solo en los principios de debido procedimiento y predictibilidad, sino en el principio convencional y constitucional de razonabilidad en el plazo.</p> <p>Por lo que en el presente caso no resulta legal la creación de un acceso a través de conexiones remotas que implicaría la actividad de supervisión manera permanente, ya que el mismo debe realizarse dentro de un periodo de tiempo y con pleno conocimiento tanto del administrado como de los</p>	
--	--

	<p>ciudadanos, no pudiendo ser por un plazo indefinido al vulnerar derechos y principios del ordenamiento jurídico.</p> <p>Más allá de la ilegalidad de la propia medida, no resulta correcto el sustento señalado por el regulador para la creación e imposición de dicho mecanismo de supervisión, ya que no es el único medio por el que se pueden ejecutar las acciones de supervisión, pudiendo haber optado por opciones menos gravosas tal como lo señala en numerosas resoluciones el INDECOPI y sobre lo cual nos detendremos más adelante.</p> <p>En dicho sentido, la inclusión de una herramienta de supervisión como la que pretende imponer a las operadoras, que no se encuentra recogida en la normativa legal vigente, resta predictibilidad, e implica un exceso de discrecionalidad en la actividad de fiscalización del Estado.</p> <p>En la doctrina, como aproximación al concepto de confianza legítima, RÓDRIGUEZ-ARANA ha señalado que “el principio de confianza legítima es manifestación del valor superior de la seguridad y de la racionalidad o, en sentido negativo, de la prohibición de la arbitrariedad y de la proscripción de la incerteza, de la imprevisibilidad o de la inseguridad jurídica”.</p> <p>En línea similar se pronuncia MUÑOZ MACHADO al analizar votos particulares en sentencias dictadas en el marco de la confianza legítima, señalando que las administraciones suelen indicar que no han afectado este principio amparándose en que la norma que han aplicado es válida o los faculta, pues dicha norma busque proteger interés generales; sin embargo, precisa que no puede ignorarse que existen derechos o previsiones hechas por empresarios e inversores, que involucran cálculos e inversiones que resultan ser estimables. Asimismo, también señala el autor que la administración en muchas oportunidades pretende imponer al “operador económico una capacidad de predicción que, frente a los cambios legislativos de nuestro tiempo, es tan poco segura como leer las rayas de la mano o consultar una bola de cristal para adivinar lo que será de nosotros en los años venideros”.</p> <p>De esta manera, cobra relevancia lo señalado en los párrafos anteriores, toda vez que, la Administración Pública al adoptar una decisión que imponga cargas y gravámenes a las empresas operadoras, no solo debe analizar si se encuentra facultado para imponerla, sino también debe verificar que dicha medida sea la más idónea y que las consecuencias de la misma sean previsibles para los administrados, considerando sus derechos y la</p>	
--	---	--

	<p>proporcionalidad del bien jurídico que se pretende tutelar con la medida que será impuesta.</p> <p>La predictibilidad del accionar de la administración pública resulta de vital importancia, pues las empresas necesitan tener expectativas legítimas sobre los procedimientos en los que se encuentran inmersos, la duración de los mismos y las posibles consecuencias jurídicas, a fin de disponer de sus recursos, analizar el tiempo y presupuesto que requerirá las medidas que se propongan.</p> <p>La seguridad jurídica es un concepto implícito en el inciso 24 del artículo 2 de la Constitución Política, en atención a lo señalado por el Tribunal Constitucional, de acuerdo a lo siguiente:</p> <p>“El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad.”</p> <p>Por ello resulta necesario, que las medidas que adopte OSIPTEL se encuentren tipificadas de manera correcta, teniendo estas que ser previsible para los administrados, más aun considerando que, el mismo TUO de la LPAG establece el principio de tipificación como un requisito para la aplicación de medidas correctivas, establece como requisito para que las entidades de la Administración Pública puedan imponer medidas correctivas, que las mismas se encuentren tipificadas.</p> <p>5. Respetto a los costos de la supervisión</p> <p>Ya hemos advertido que el Proyecto de Instructivo no sólo incumple los principios de legalidad y razonabilidad, requisitos indispensables para su incorporación al marco legislativo nacional, sino que el mismo tampoco observa parámetros necesarios para realizar las supervisiones, como desarrollaremos en los siguientes párrafos.</p> <p>Efectivamente, sobre el principio de razonabilidad, al que ya hemos dedicado algunas líneas en párrafos anteriores, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado que “[a] través del juicio de proporcionalidad en sentido estricto, se busca establecer si la medida guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios”.</p>	
--	--	--

	<p>No obstante, la presente propuesta, no considera que el acceso a través de conexiones remotas a los sistemas y bases de datos implica, además de los inconvenientes legales ya citados, una serie de costos adicionales relevantes que se pretende trasladar a las empresas operadoras para sufragar una competencia propia de la Administración.</p> <p>Por ello, es importante que se tenga claro que los costos de supervisión y fiscalización generados por el empleo de un nuevo mecanismo, tal como el acceso a sistemas y bases a través de conexión remota, deben ser asumidos por OSIPTEL, tal como lo establecen los Contratos de Concesión de los que es titular Telefónica y la legislación vigente sobre el particular.</p> <p>En dicha línea los Contratos de Concesión de los que es titular nuestra empresa señala en su Sección 8.08 (Procedimiento de Inspección y Requisitos de Control), cuáles son las acciones habilitadas a OSIPTEL para en ejercicio de sus funciones verificar los requisitos de calidad del servicio. Entre dichos supuestos, como veremos a continuación, no se encuentra el de implementar –y sufragar-, un mecanismo de control como el detallado en el Proyecto. Asimismo, los Contratos de Concesión establecen, como un derecho de OSIPTEL a fin de verificar los requisitos de calidad del servicio a inspeccionar equipos, expedientes y archivos de la empresa operadora, no encontrándose entre los estos derechos la implementación de un mecanismo de acceso remoto a costa de las empresas supervisadas.</p> <p><i>Sección 8.08.- Procedimiento de Inspección y Requisitos de Control</i> <i>(a) Información e Inspección. La EMPRESA CONCESIONARIA cumplirá con los requerimientos de información y procedimientos de inspección establecidos o por establecerse por OSIPTEL con respecto al cumplimiento de los REQUISITOS DE EXPANSION DE LA RED, REQUISITOS DE TELEFONOS PUBLICOS y REQUISITOS DE CALIDAD DE SERVICIO establecidos en las Secciones 8.05, 8.06 y 8.07.</i> <i>(...)</i> <i>(c) Derechos de OSIPTEL. A fin de verificar el cumplimiento de los REQUISITOS DE CALIDAD DE SERVICIO, OSIPTEL tendrá derecho a inspeccionar los equipos y aparatos de la EMPRESA CONCESIONARIA para medir la calidad de los servicios. Asimismo, podrá inspeccionar los expedientes, archivos y otros datos de la EMPRESA CONCESIONARIA relacionados con la medición de la calidad del servicio y podrá requerir a la EMPRESA</i></p>	
--	---	--

CONCESIONARIA para que presente informes, estadísticas y otros datos, así como a efectuar dichas mediciones de acuerdo con los procedimientos que establezca al efecto OSIPTEL. Si la EMPRESA CONCESIONARIA no cumple con entregar cualquier información o si OSIPTEL tuviera razones para creer que los REQUISITOS DE CALIDAD DE SERVICIO no han sido cumplidos o que el equipo, aparatos y métodos de medición no son los más adecuados o de la más alta calidad, OSIPTEL notificará a la EMPRESA CONCESIONARIA a fin que subsane su incumplimiento o implemente las acciones que fueran necesarias para tal fin.

Por otro lado, cabe precisar que el ejercicio de la facultad fiscalizadora de la Administración Pública debe ejecutarse en cumplimiento del principio de costo-beneficio, el mismo que rige la actuación supervisora del OSIPTEL de acuerdo con lo establecido en la Ley N° 27336, la cual señala que “las acciones de supervisión procurarán desarrollarse evitando generar costos excesivos a las empresas supervisadas”. El presente sistema de acceso remoto no busca solucionar un problema estadísticamente relevante, el cual ni tan siquiera se ha evaluado de manera adecuada, tratando de evitar los sobrecostos en los que incurrirían en los administrados.

Efectivamente, ya Indecopi ha señalado en numerosas resoluciones respecto a las medidas de interés general emitidas por la Administración que ésta tiene que presentar pruebas que acrediten: (i) que efectivamente exista una problemática que afecte un interés público a su cargo; (ii) qué es lo que pretende obtener con la medida, y en todo caso, cómo es que dicha pretensión se vincula al mencionado interés; y, (iii) que la norma sea una medida capaz de solucionar dicha problemática específica.

Lo anterior tiene cuanta más relevancia, si se tiene en cuenta que más allá del análisis de idoneidad de la medida planteada, el anterior análisis –que la Administración ha obviado realizar en el presente caso- carece de relevancia si no se hace un análisis de costos de la medida planteada. Así también es necesario que la Administración acredite que ha cumplido con evaluar: (i) los costos que irroga para el administrado, la implementación y cumplimiento de la medida cuestionada; (ii) los costos que irroga para la propia entidad, la implementación y fiscalización del cumplimiento de la medida; y, finalmente, (iii) los beneficios que genera dicha medida para la sociedad. Es claro que estos beneficios sociales deben de evaluarse en relación con los costos que la medida impone a la sociedad.

	<p>La idea que subyace detrás de este análisis es que cualquier regulación, genera una serie de costos sociales, obligando a las empresas sujetas a dicho ordenamiento a derivar recursos que bien podrían destinarse a sus actividades económicas principales, tales como mejorar la prestación de su servicio e impulsar la expansión de infraestructura, actividades que cuentan con una aceptación social, puesto que de no contar con ello habrían salido del mercado.</p> <p>En caso la Administración no presente prueba alguna de haber realizado dicho ejercicio, que en este caso claramente no ha realizado, nos encontramos ante una medida que impone costos sociales sin demostrar ningún beneficio social, por lo tanto, nos encontramos ante una medida arbitraria que no debería ser incorporada al ordenamiento nacional.</p> <p>La Administración al proponer el Proyecto de norma olvida que cuando las entidades administrativas creen obligaciones o establezcan restricciones a los administrados deberán cumplir siempre con los siguientes aspectos: (i) mantener la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar (medida proporcionalidad); y, (ii) responder a lo estrictamente necesario para lograr el cometido deseado.</p> <p>Así, con relación a lo señalado en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha señalado que a través de la evaluación de proporcionalidad se debe aclarar si la medida adoptada guarda una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar, a través de un balance entre sus costos y sus beneficios.</p> <p>Por lo tanto, parece de lo más conveniente en estos comentarios lo señalado por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de Indecopi, cuando señala lo siguiente respecto de la función reguladora de OSIPTEL:</p> <p><i>“Lo expuesto guarda relación con los principios aplicables a la actuación del Osiptel que rigen para la supervisión del cumplimiento de la norma en cuestión, tales como el principio de costo - eficiencia recogido en la Ley N° 2733642, el cual establece que las acciones de supervisión deberán realizarse evitando generar costos excesivos a las empresas supervisadas y asimismo, el principio de actuación basado en el análisis costo – beneficio recogido en el Reglamento General del Osiptel, el cual dispone que los beneficios y costos de la acciones de dicha entidad, serán evaluados antes de su realización</i></p>	
--	---	--

*y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia.”
[énfasis agregado]*

Tampoco debería perderse de vista que, más allá del sobre costo que se imprime a los administrados, OSIPTEL se está apartando también, no sólo de los principios básicos que debe cumplir toda ordenación pública, sino también de principios de la OECD para llevar a cabo la labor de supervisión y fiscalización, tal como detallamos a continuación:

“Cumplimiento basado en evidencia: Las inspecciones y la promoción del cumplimiento de las normas deben basarse en evidencia y en indicadores: la toma de decisiones sobre qué y cómo inspeccionar debe fundamentarse en datos y evidencia y los resultados deben ser evaluados con regularidad.

2.Selectividad: En la medida de lo posible, la promoción del cumplimiento y la aplicación de las normas deben ser dejadas a las fuerzas del mercado, al sector privado y a la sociedad civil: las inspecciones y la promoción del cumplimiento no pueden llevarse a cabo en todos los entes regulados ni pueden atender todas las situaciones. Existen muchas otras formas de lograr los objetivos de las normas y su cumplimiento.

*3.Enfoque de riesgo y proporcionalidad: La promoción del cumplimiento de las normas debe hacerse según los riesgos involucrados y proporcionalmente: la frecuencia de las inspecciones y los recursos a emplearse deben ser proporcionales al nivel de riesgo y las acciones de cumplimiento de las normas deben dirigirse a la reducción de los riesgos reales derivados de las infracciones.”
[énfasis agregado].”*

En esta imposición -más allá del cuestionamiento de legalidad y razonabilidad ya desarrollados- es evidente que no existe una definición selectiva sobre qué aspectos se van a supervisar basado en criterios de proporcionalidad, nivel de riesgo, datos y evidencia.

6. Exceso de regulación y cambios constantes en la misma

Esto ha sido identificado por Apoyo Consultoría como un problema de inflación regulatoria:

	<p><i>Por otro lado, en línea con el tercer punto, los problemas en el marco normativo no vienen solo por la cantidad y, en algunos casos, falta de razonabilidad de las regulaciones, sino por cambios normativos recurrentes. Ello reduce la predictibilidad del marco normativo y eleva las probabilidades de sanción por desconocimiento.</i></p> <p><i>Si bien es esperable que los marcos normativos sufran modificaciones por actualización o introducción de determinadas normas e inclusive por la evolución del mercado, cambios muy frecuentes denotan falta de evaluación adecuada y generan impredecibilidad. Ello produce un efecto de inflación regulatoria:</i></p> <p><i>Las percepciones de que la tasa de cumplimiento decrece puede reflejar el hecho de que la cantidad o la impredecibilidad de la regulación aumenta en el tiempo en vez de señalar que las empresas hacen menos esfuerzo por cumplir las normas. Es posible que el cumplimiento de la empresa mejore, pero que la regulación se incremente o cambie a una velocidad incluso mayor dejando un 'rezago de cumplimiento' que crea la impresión (pero no necesariamente cierta) de menor cumplimiento. En otras palabras, en un contexto de inflación regulatorio, la tasa de cumplimiento puede caer incluso cuando el 'esfuerzo' de cumplimiento por los agentes regulados es igual o mayor.</i></p> <p><i>Traducción propia. Énfasis añadido</i> <i>Development Public Management Committee, 2000</i></p> <p>En el caso de Osiptel hay normas que han cambiado hasta tres veces en un mismo año —como es el caso de Condiciones de Uso y el Reglamento de Portabilidad— o con periodicidades de 1 o 2 años (ver Tabla 2). Además, al revisar el detalle de modificaciones a nivel de artículos, es notorio que, en neto, la tendencia es a aumentar el número de artículos en la normativa.</p> <p>Apoyo pone ejemplos de esta inflación regulatoria, como se puede apreciar del siguiente cuadro:</p>	
--	---	--

Efectos de los sobrecostos regulatorios en el sector de telecomunicaciones en el Perú

Tabla 2: Ejemplo de frecuencia en modificaciones normativas

Normatividad	Cambios a la norma	Artículos		Resolución y modificatorias	
		Modificados	(+)		
Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones Móviles y Fijos con Acceso Inalámbrico	1	22	4	0	135-2013-CD-Osiptel 128-2014-CD-Osiptel
Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones	2	11	0	0	087-2013-CD-Osiptel 047-2015-CD-Osiptel 056-2017-CD-Osiptel
Reglamento de Portabilidad Numérica en el Servicio Público Móvil y el Servicio de Telefonía Fija	4	77	17	4	166-2013-CD-Osiptel 151-2015-CD-Osiptel 159-2018-CD-Osiptel 179-2018-CD-Osiptel 286-2019j-CD-Osiptel
Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones	7	122	41	0	138-2012-CD-Osiptel 021-2013-CD-Osiptel 095-2013-CD-Osiptel 138-2014-CD-Osiptel 056-2015-CD-Osiptel 064-2018-CD-Osiptel 096-2018-CD-Osiptel 224-2018-CD-Osiptel

Nota: Esta lista no es exhaustiva. Es posible que haya más normativa vigente que haya tenido modificaciones. Fuente: Sistema Peruano de Información Jurídica (SPIJ), Osiptel. Elaboración: APOYO Consultoría.

OSIPTEL reconoció esta situación e incluso puso sobre la agenda la iniciativa de simplificación normativa, es así que a diciembre 2020 señaló:

SIMPLIFICACIÓN NORMATIVA

- Este nuevo contexto exige del regulador la búsqueda constante de una mayor eficacia y eficiencia en la regulación, reduciendo la carga administrativa del mercado:
 - Eliminar y evitar la superposición de las normas.
 - Realizar la revisión ex post de las normas.
 - Actualizar los marcos regulatorios de las normas a los nuevos entornos de mercado.
 - Simplificar los procesos y las regulaciones.
 - Evaluar las normas en función de sus objetivos.
 - Evitar la sobreregulación.
- Estas acciones permiten mejorar el marco regulatorio en forma continua, promoviendo la innovación e interviniendo cuando la presencia de fallas de mercado lo justifiquen.
- El OSIPTEL ha iniciado acciones orientadas a ordenar las normas emitidas y derogar aquellas que ya han cumplido sus objetivos.



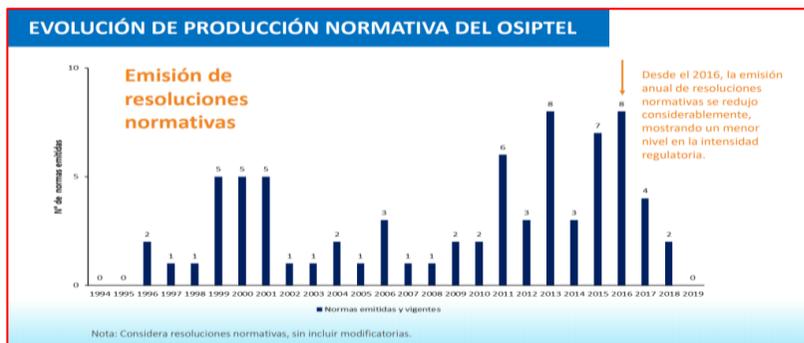
Fuente:

<https://repositorio.osiptel.gob.pe/xmlui/bitstream/handle/20.500.12630/741/pt-amcham.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

En dicha presentación señala que, se encuentra en búsqueda de una mayor eficiencia y reducción de la carga administrativa en el sector, reconociendo la necesidad de evitar la sobreregulación y simplificar los procesos. En el presente proyecto su Despacho se encuentra promoviendo la modificación del

Reglamento de Supervisión, el mismo que incluye el acceso a los sistemas y bases de datos de las empresas a través de conexiones remotas, pese a que existen medidas alternativas que consiguen el mismo fin sin implicar sobrecargas, tales como requerimientos de información, acciones de supervisión, entre otros.

Su Despacho señala que se ha disminuido la producción normativa en los últimos años:



Fuente: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/xmlui/bitstream/handle/20.500.12630/741/ppt-amcham.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sin embargo, cabe precisar que, en dicho análisis, no se han considerado aquellas resoluciones que modifican la normativa vigente y que incorporan nuevas obligaciones, por lo que no resulta adecuado señalar que la producción normativa ha disminuido en los últimos años, toda vez que sigue en aumento la producción, en lugar de promover la simplificación regulatoria.

Asimismo, cabe precisar que en los últimos 3 años esta emisión normativa y regulador nuevamente mostró un pico en el 2020:

Año	Normas	Regulaciones	Total
2019	7	10	17
2020	21	10	31

Nota: Fuente OSIPTEL. No incluye mandatos. Incluye Resoluciones GG de aprobación de instructivos.

Por ello, no resulta incorrecto señalar que no se han realizado avances considerables en dicha simplificación administrativa que se encuentra siendo promovida por su Despacho desde hace varios años, más allá de eliminaciones formales de normas pero que en la práctica significaron principalmente el traslado de las obligaciones a otro marco normativo como se dio con el proyecto de eliminación del Reglamento de Cobertura que en la práctica implicaba el traslado del mismo al Reglamento de Calidad, o el caso del Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales que fue eliminado en el 2019 pero se agregaron las mismas obligaciones dentro del Reglamento de Calidad de los Servicios Públicos.

De otro lado, como bien precisó su Despacho, es necesaria la simplificación regulatoria a fin de promover la reducción de obligaciones y costos a las empresas operadoras, lo que permitirá una mayor inversión en el despliegue de infraestructura a fin de reducir la brecha que existe actualmente:

REFLEXIONES FINALES PARA EL CIERRE DE BRECHAS

Algunos tipos de brechas ya vienen siendo abordadas por el regulador a través de distintos mecanismos

- Continuar con la simplificación regulatoria: Reducción de trámites/obligaciones a operadores para reducción de costos: (brecha de infraestructura)
- Promoción de la competencia: Incremento de cobertura con tecnologías de mejor calidad.
- Reducción de precios y/o mejores prestaciones por los mismos precios .
- Promoción del uso de trámites digitales.

Otras requieren un manejo conjunto con otras autoridades.
Ej. Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de Salud:

- Incrementar cobertura en CCPP desatendidos.
- Reducción de trámites para obtener permisos de construcción, despliegue.
- Capacitación para el uso del servicio de internet: inclusión digital.
- Promover la instalación de antenas: Desmitificar el efecto negativo.

osiptel

Fuente: <https://repositorio.osiptel.gob.pe/xmlui/bitstream/handle/20.500.12630/740/ppt-retos-cerrar-brechadigital.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sobre el cierre de la brecha, cabe precisar que no resulta adecuado el considerar que la mejora y expansión de la conectividad se generará por incrementar las exigencias regulatorias –y por tanto los costos involucrados-

	<p>para brindar los servicios de telecomunicaciones y para realizar las labores de supervisión. Creemos que este paradigma está errado, y no sólo lo creemos nosotros sino así lo han entendido otros Reguladores y la propia CITEL.</p> <p>Al respecto, es importante considerar las recomendaciones de CITEL recogidas en CCP./REC. 28 (XXXIII-18). Este documento parte por reconocer que “en las Américas y principalmente en Latinoamérica más de 60 millones de personas viven en áreas sin cobertura de datos lo que implica que no tienen ningún tipo de acceso a internet en las áreas donde viven. Que llegar con cobertura de datos en esas zonas rurales, alejadas o insuficientemente atendidas para reducir la brecha digital y promover el desarrollo económico social, cultural y ambiental de las personas que residen en las mismas, es un desafío clave.”</p> <p>En base a ello recomienda <i>“Que los Estados Miembros faciliten el desarrollo de modelos regulatorios que fomenten el despliegue de infraestructura en zonas rurales alejadas o insuficientemente atendidas identificando cambios necesarios en a) Políticas Regulatorias y en b) Modelos para lograr el Acceso Universal”. Dentro de las acciones que plantea para cumplir dicha recomendación, se encuentran las siguientes:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>i. Facilitar el despliegue de infraestructura en las zonas rurales o alejadas, homogeneizando en la medida de lo posible las normas entre municipalidades con la finalidad de reducir los impedimentos para la obtención de los permisos, aprobaciones administrativas y el acceso a los terrenos y la infraestructura disponibles.</i> <i>ii. Incentivar diferentes modelos utilizados por los Estados Miembros que buscan soluciones en la reducción de la brecha digital a fin de proporcionar cobertura a las zonas rurales y alejadas, así como en las comunidades indígenas, donde la inversión y cobertura no está planificada o no es rentable para otras empresas.</i> <i>iii. Fomentar que las condiciones en la prestación de los servicios estén adaptadas a las realidades, necesidad y limitaciones que presentan las zonas rurales o alejadas,</i> <i>iv. Implementar políticas que garanticen el acceso a los servicios de telecomunicaciones/TIC en áreas rurales, alejadas e insuficientemente atendidas.’</i> <i>v. Identificar incentivos fiscales y fuentes de financiación para proyectos de desarrollo de infraestructura en las zonas rurales o alejadas.</i> 	
--	--	--

	<p>vi. <i>Promover políticas para la utilización de los Fondos de Servicio Universal ya recaudados en proyectos de desarrollo de infraestructura en las zonas rurales o alejadas”.</i></p> <p>Sin embargo, pese a estas recomendaciones, el OSIPTEL mediante el presente proyecto, así como otras propuestas ya publicadas generan mayores cargas para el despliegue de infraestructura y, a través de esta propuesta, lejos de reconocer que se requiere un marco adaptado a la realidad, se plantea más bien elevar las exigencias regulatorias generando un impacto en costos elevados, los mismos que, como ya señalamos podrían ser empleados en otras tareas que busquen el cierre de la brecha digital.</p> <p>Por ello no resulta adecuado que su Despacho solicite la implementación de conexiones remotas a nuestros sistemas ya que esto no apoya el objetivo señalado por su Despacho de evitar la sobrerregulación. Asimismo, consideramos que la se debe ejecutar una implementación acelerada de la simplificación regulatoria a través de modelos de guillotina regulatoria y eliminación de la red tape. Al respecto el informe de Apoyo citado consideraba la siguiente recomendación:</p> <p><i>“Eliminar el red tape: Se proponen dos mecanismos no excluyentes: (i) la ‘guillotina regulatoria’ y (ii) el ‘2x1’. Con respecto a la ‘guillotina regulatoria’, es importante que el Osiptel, el MTC, entre otros, generen un proceso de discusión interna que simplifique y elimine regulaciones que afectan al sector. Asimismo, con relación al ‘2 x 1’, se propone que, para que se pueda generar una regulación adicional en el mercado, se deben derogar dos regulaciones vigentes tal como se realiza con éxito en diversos países de la OCDE. “</i></p>	
<p>VIETTEL PERÚ S.A.C.</p>	<p>En relación a dicho artículo, las exigencias legales a la supervisión a través de conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos deben ser comunicadas a las entidades supervisadas a través de notificaciones oportunas. Dichas comunicaciones deben señalarse el objeto de la supervisión que debe estar detallado de forma clara y previamente definido.</p> <p>La razón de ello es que se genere predictibilidad y seguridad jurídica a los entes supervisados.</p>	<p>En relación a los comentarios expuestos por la empresa operadora, es preciso mencionar que el funcionamiento del acceso remota a los sistemas de las empresas operadoras, se realizaría sobre la base de una conexión VPN. Para el establecimiento de una conexión VPN, se tienen usuarios y password para poder establecer dicha conexión. Los accesos a dichas VPNs son registrados por los sistemas de las empresas, en donde se resguarda los logs de las horas y fechas de acceso, por lo que dicha información es de conocimiento de los administrados.</p> <p>Asimismo, para el registro y formalidades procedimentales de la recopilación de la información a la cual el OSIPTEL podrá acceder a través de dichos accesos, y el uso de los mismos para fines de supervisión, este</p>

		Organismo Regulador se encuentra habilitado para elaborar actas de levantamiento de información, dejando constancia de la hora y fecha de la información accedida, de manera similar a como se viene realizando actualmente para otras supervisiones en campo o remotas.
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
<p>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 fiscalización 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.</p>		<p>Artículo 32.- Medidas Cautelares Durante el desarrollo de la fiscalización el órgano competente de su ejecución, podrá imponer a la entidad fiscalizada 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. Las medidas impuestas no podrán extenderse por un plazo mayor al que resulte indispensable para cumplir los objetivos cautelares en cada caso. 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, las medidas cautelares dictadas durante la fiscalización podrán 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. La empresa operadora que incumpla la medida cautelar dispuesta incurrirá en infracción muy grave, salvo que en dicha medida se establezca una calificación distinta.</p>
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
AFIN	Durante el desarrollo de la fiscalización, se podrá imponer de manera previa al inicio del PAS o la imposición de MC	Respecto al criterio mencionado por el Comité de Telecomunicaciones de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN) sobre

	<p>No existe una culminación de la actividad de fiscalización, por lo que no se tiene un informe final que analice la necesidad de imponer una medida cautelar.</p> <p>Puede mantenerse o variar tras el inicio del PAS y IMC</p> <p>Al poder variarse la medida cautelar ante la emisión del inicio del PAS o la MC, no se cuenta con seguridad jurídica ni predictibilidad, resultando ser una medida extremadamente gravosa.</p>	<p>la necesidad imperiosa de la emisión de un informe final que recomienda la imposición de una Medida Cautelar, ante ello, es oportuno advertir que la actividad de fiscalización propuesto dentro del artículo 32 del Reglamento General de Supervisión no está condicionada a un momento en específico para su imposición, sino que depende en función de la urgencia o la inmediatez que la autoridad competente evalúa en cada caso.</p> <p>Al respecto, cabe mencionar que las medidas cautelares tienen como finalidad proteger determinados bienes jurídicos que por el transcurso del tiempo puedan sufrir un daño irreparable, ello no significa que las emisiones de medidas cautelares por parte de las instancias competentes del OSIPTEL signifiquen afectaciones del principio de imparcialidad frente a los administrados (Empresas Operadoras de Telecomunicaciones).</p> <p>En ese contexto, es conveniente mencionar lo señalado por el jurista nacional Diego Zegarra (2018) en su libro titulado “Introducción al derecho de las telecomunicaciones”, específicamente en el Capítulo 3 denominado “Los sujetos de la actividad de las telecomunicaciones”, en donde destaca que las entidades competentes en materia de telecomunicaciones, en este caso el OSIPTEL tiene la exigencia de efectuar medidas dinámicas que permitan la protección inmediata de los derechos subjetivos de los consumidores y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones en los casos que los ameriten, conforme al régimen constitucional de tutela de protección consagrada en la Carta Magna de 1993.</p> <p>Ahora bien, respecto a lo manifestado por AFIN sobre las variaciones de las imposiciones de medidas cautelares que lesionan la seguridad jurídica, así como la predictibilidad de la administración pública, es oportuno señalar que la adopción de medidas cautelares con anterioridad al procedimiento administrativo (durante la fiscalización) no afecta la seguridad jurídica ni la predictibilidad en el actuar del OSIPTEL. Por el contrario, se justificarán en función de los riesgos o peligros de cada caso y, por tanto, corresponderá al supervisor motivar debidamente dicha decisión, permitiéndose que el afectado pueda impugnarla.</p> <p>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 administrativa de</p>
--	--	---

		<p>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, , como se cita a continuación:</p> <p style="text-align: center;">“Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas</p> <p style="text-align: center;"><i>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)”.</i></p> <p>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. 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.</p> <p>Por tanto, la adopción de medidas cautelares con anterioridad al procedimiento administrativo (durante la fiscalización) se justifican en función de los riesgos o peligros de cada caso, por lo que no pretenden afectar la seguridad jurídica ni la predictibilidad en el actuar del OSIPTEL.</p>
<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>El artículo 32° del Proyecto incorpora la posibilidad para el órgano supervisor de adoptar medidas cautelares que permitan el cumplimiento de las obligaciones de los operadores en caso exista la amenaza de un daño irreparable, fuera de un procedimiento sancionador o de imposición de medida correctiva, a condición de que estos sean iniciados en el plazo máximo de treinta (30) días hábiles contados desde el día siguiente de la notificación de la referida medida, caso contrario esta se extingue.</p> <p>En primer término, debemos manifestar que la posibilidad de que la evaluación y análisis de la conveniencia de dictar una medida cautelar dependa de supervisores privados representa, como hemos indicado, un grave riesgo por la falta de conocimientos que estos puedan tener para afrontar la etapa de supervisión. En esa línea, la labor de las empresas supervisoras privadas queda reducida por el hecho de que las medidas</p>	<p>En lo concerniente a lo descrito por la empresa de telecomunicaciones AMERICA MOVIL PERU S.A.C. de que el OSIPTEL otorgue a los supervisores privados (externos) la facultad de supervisión para las actividades de fiscalización, la cual pueda derivarse en una posible lesión de derechos hacia las entidades fiscalizadas, considerar lo indicado en la postura del OSIPTEL a los comentarios al artículo 2.</p> <p>Con relación a lo alegado por la empresa operadora con relación a que las medidas cautelares solo deben ser aplicadas dentro de un procedimiento, corresponde considerar lo señalado previamente.</p> <p>En cuanto la calificación de la gravedad por incumplir una medida cautelar cabe indicar que luego de un análisis regulatorio por parte del OSIPTEL y</p>

	<p>cautelares solo pueden ser dictadas por órganos (públicos) del OSIPTEL, circunstancia que evidencia la poca idoneidad y conveniencia de incorporar a terceros en procedimientos en los que siempre requerirán del pronunciamiento de un funcionario público en última instancia.</p> <p>Ahora bien, con relación al artículo bajo en comentario, debemos manifestar nuestra disconformidad con sus alcances, puesto que consideramos que las Medidas Cautelares deben ser dictadas únicamente en el marco de un procedimiento administrativo sancionador o uno de imposición de medida correctiva, ya que dichos procedimientos implican el análisis prioritario de una serie de derechos y garantías al administrado, incluyendo la presentación de descargos y pruebas, y no en el ejercicio de una actividad de la Administración como lo es la fiscalizadora, la cual, per se, no constituye propiamente un procedimiento administrativo.</p> <p>En efecto, como ha señalado la doctrina “(...) lo que interesa señalar con carácter general es que las diligencias de inspección es un terreno en el que son frecuentes los actos verbales y hasta las actuaciones materiales sin previo acto (o, si se prefiere, con solo actos tácitos), todo ello, por tanto, sin los requisitos formales habituales; y que las actuaciones inspectoras, que normalmente se cometen sin que ni siquiera exista una sospecha de incumplimiento sino para vigilar en general la observancia de las normas, no están necesariamente sometidas a las reglas y principios del procedimiento propiamente dicho, en especial al principio de contradicción, ni los administrados tienen los derechos que sí le asisten en él. En concreto, no tienen todavía derecho de defensa de manera que no pueden hacer aún alegaciones ni proponer prueba, menos todavía son de aplicación las reglas y derechos de un procedimiento sancionador (...). Siendo ello así, hay que concluir que no se está ante un verdadero y propio procedimiento administrativo (...)”¹²</p> <p>Ahora, si bien el Artículo 246° de la LPAG ha habilitado que las entidades puedan dictar medidas cautelares en el ejercicio de su actividad fiscalizadora, no debe olvidarse que el momento habilitado para emitir una medida cautelar, establecido por el Artículo 157° de la LPAG, constituye un elemento objetivo importante, ya que a diferencia del ámbito jurisdiccional, la autoridad competente solo puede dictar medida cautelar dentro de un procedimiento administrativo ya iniciado (no de modo previo al inicio del procedimiento) y únicamente cuando de lo actuado existan elementos de juicio suficientes¹³. No existe habilitación normativa para que OSIPTEL agregue el mecanismo del Proyecto. Recordemos que la LPAG establece las garantías mínimas de los administrados, y ninguna</p>	<p>considerando su finalidad de asegurar la eficacia de la resolución final y evitar daños ambientales irreparables, se considera que debe ser muy grave.</p>
--	--	---

norma de menor jerarquía puede agravar su situación, como ilegalmente lo pretende hacer el Proyecto.

La Exposición de Motivos del Proyecto de Norma señala que sobre la base de las primeras pruebas recabadas con ocasión a la fiscalización ejercida sobre las actividades de una entidad supervisada y siempre que éstas creen convicción, la autoridad administrativa podrá dictar medidas cautelares sin previo procedimiento sancionar o de imposición de medida correctiva. Sin embargo, lo cierto es que la realidad muestra que para el OSIPTEL los hechos verificados siempre sustentarán una Medida Cautelar, pues en más de un pronunciamiento emitido por la Gerencia General se ha señalado expresamente que no resultará necesario tener plena certeza de que un daño se torne irreparable, pues bastará una mera probabilidad razonable de ocurrencia para que se viabilice el dictado de una Medida Cautelar, conforme se desprende a continuación:

Como se advierte, la resolución impugnada ha cumplido con motivar adecuadamente el sustento de la medida cautelar, considerando que esta medida no solo está destinada a evitar que un daño se torne irreparable, sino además, a evitar que este se produzca; para lo cual basta una probabilidad razonable de ocurrencia⁶, todo lo cual se condice con el texto del artículo 28° del RFIS.

En ese orden de ideas, la imposición de una medida cautelar fuera de un procedimiento administrativo (sancionador o de imposición de medida correctiva) transgrediría el derecho a un debido procedimiento y demás garantías reconocidas en favor del administrado, más aún si se tiene en consideración que el artículo bajo comentario propone que su incumplimiento sea calificado como una infracción muy grave, colisionando directamente con el Artículo 28° del RFIS, que actualmente califica como infracción leve el incumplimiento de una medida cautelar, salvo calificación distinta al momento de su emisión.

En efecto, la propuesta de modificación normativa establece, de manera completamente arbitraria, que si el obligado a cumplir con una medida cautelar ordenada por el regulador no lo hiciera, se le impondrá una sanción de multa por incurrir en una infracción calificada como “muy grave”; y, siendo que debido al carácter accesorio y provisional de la medida, luego de treinta (30) días de haber sido impuesta se iniciará un procedimiento administrativo sancionador por el incumplimiento de la normativa en sí misma, donde también podría ser pasible de una multa.

Además, resulta altamente desproporcionado que el incumplimiento de una medida cautelar sea tipificado directamente como una falta muy grave,

	<p>cuando pueden presentarse múltiples supuestos en los cuales la medida cautelar puede derivarse del posible riesgo de comisión de solo una falta leve. En dichos escenarios el eventual incumplimiento de una medida cautelar que representa una afectación mínima al marco regulatorio puede generar la imposición de una multa irracional con altos costos para el mercado en general.</p> <p>El hecho de que las resoluciones de imposición de medidas cautelares puedan calificar de otra forma el incumplimiento de las mismas no elimina el alto riesgo de que en muchos casos el órgano supervisor tipifique directamente el incumplimiento como muy grave, independientemente de la razonabilidad involucrada.</p> <p>Por lo tanto, consideramos que de ningún modo resultaría legal ni razonable la imposición de una medida cautelar fuera de un procedimiento administrativo (sancionador o de imposición de medida correctiva), puesto que dicha medida, además de tener un carácter excepcional también es provisional, de tal manera que su imposición podría resultar más gravosa que la sanción en sí misma. Sin perjuicio de ello, resulta preciso advertir que de considerar pertinente la impugnación de una medida cautelar impuesta, sin haberse iniciado previamente el respectivo procedimiento administrativo, los administrados no contarían con todos los sustentos necesarios para ejercer un adecuado derecho de defensa, por lo que se tendrían que limitar a una impugnación a “ciegas”, que vulnera a todas luces el Principio al Debido Procedimiento.</p>	
<p>WI-NET TELECOM S.A.C.</p>	<p>Consideramos que el artículo debe presentar un desarrollo más preciso y detallado acerca de los presupuestos que debe contener toda medida cautelar, o en todo caso, añadir una referencia directa al artículo 611 del Código Procesal Civil, con el objetivo de que el funcionario encargado de aplicar la norma, tenga la claridad suficiente para determinar la imposición. La imposición de una medida cautelar no deberá causar un daño irreparable a los administrados, y su materialización debe limitarse a los supuestos en los que su no adopción genere el riesgo de la ineficacia de la resolución a emitirse posteriormente.</p> <p>Aunado a lo anterior, el proyecto de resolución omite pronunciarse respecto al término de caducidad de las medidas cautelares, sin precisar si estas caducan al momento en que se emite la resolución final del procedimiento o si, por el contrario, la misma está sujeta a un plazo perentorio.</p>	<p>Respecto al criterio expuesto por la empresa de telecomunicaciones WI-NET TELECOM S.A.C., consideramos que el “Artículo 32” del proyecto normativo contempla lo dispuesto en la norma supletoria del TITULO IV del Código Procesal Civil referente a medidas cautelares, en ese aspecto, estimamos que la sugerencia de WI-NET ya ha sido valorada por el OSIPTEL.</p> <p>Adicionalmente, es oportuno destacar que el OSIPTEL cuenta con las competencias esenciales para la emisión de medidas cautelares dentro de las fiscalizaciones administrativas que sus instancias competentes dispongan, los cuales han sido enmarcados por la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, así como la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.</p>

		<p>En ese contexto, debemos recalcar que la Dirección de Fiscalización e Instrucción (DFI) a través del artículo 46 de la Sección Primera del Reglamento de Organizaciones y Funciones del OSIPTEL, cuenta la facultad para imponer medidas cautelares, sin la afectación directa con lo dispuesto en el TUO de la LPAG.</p> <p>Finalmente, cabe indicar que se ha acogido parcialmente los comentarios de la empresa, incluyendo en la norma que en el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador o del Procedimiento de Imposición de Medida Correctiva, según corresponda, las medidas cautelares dictadas durante la fiscalización podrán 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.</p>
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Con relación a este extremo de la propuesta debemos hacer énfasis en dos puntos. En primer lugar, que ni el Informe de Sustento ni la Exposición de Motivos del Proyecto justifican por qué corresponde regular en este caso un plazo de 30 días desde que la autoridad impuso la medida hasta el consecuente inicio del procedimiento.</p> <p>Máxime cuando de los propios reglamentos citados en el Informe de Sustento puede verificarse que otras entidades han consignado un plazo menor (de hasta 10 días en algunos casos). Sobre ello, consideramos que un plazo tan extenso para el inicio del procedimiento puede tener un incentivo inadecuado, fomentando la inacción en la administración.</p> <p>En conclusión, sería recomendable que la exposición de motivos cumpla con un criterio de predictibilidad adecuado y sustente el plazo a establecerse y, en segundo lugar, que se regule un plazo más acotado al propuesto, en tanto ello incentiva a la actuación oportuna de la administración y a la seguridad jurídica del administrado.</p> <p>Por otro lado, llama la atención que se haya establecido como calificación para el incumplimiento de medidas cautelares sanciones del tipo muy graves. Nuevamente en este caso ni el Informe de Sustento ni la Exposición de Motivos detallan esta decisión de la administración.</p> <p>Sin perjuicio de ello, debemos indicar que la propuesta no es congruente con la calificación para este tipo de incumplimientos establecido en el Reglamento de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, la misma que ha</p>	<p>En lo concerniente a lo consignado por la empresa ENTEL PERÚ S.A. con relación a la gravedad de la calificación del incumplimiento de la medida cautelar, considerar lo indicado en la postura del OSIPTEL a los comentarios de América Móvil Perú S.A.C.</p> <p>Con relación a la omisión de justificación del plazo del artículo 32° en la Exposición de Motivos del Proyecto en discusión, al respecto, es oportuno indicar que nos remitimos a lo desarrollado previamente.</p>

	<p>fijado la calificación en leve. Asimismo, como podrá intuirse, tampoco es claro por qué subsisten dos calificaciones distintas para el caso del incumplimiento de medidas cautelares:</p> <p>“Artículo 28.-Medidas Cautelares Sin perjuicio de las medidas cautelares que se puedan adoptar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley del Procedimiento Administrativo General; los órganos de instrucción o de resolución podrán adoptar medidas cautelares, tanto en procedimientos administrativos sancionadores como en los procedimientos de imposición de medidas correctivas, disponiendo para tales efectos lo que consideren conveniente para asegurar el cumplimiento y/o la eficacia de sus futuras resoluciones, para evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable. Las medidas cautelares no constituyen sanciones ni se excluyen con estas últimas. <u>La Empresa Operadora que incumpla la medida cautelar dispuesta incurrirá en infracción leve, salvo que en la misma se establezca una calificación distinta.”</u></p> <p>Sobre la base de lo expuesto solicitamos se fundamente adecuadamente en la exposición de motivos los criterios que justifican la decisión de la administración, así como reducir la calificación propuesta a leve, tal como lo establece el Reglamento de Infracciones y Sanciones.</p>	
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Consideramos que a pesar de la salvedad que se ha introducido en referencia a la LPAG, el presente artículo sigue teniendo una descripción muy amplia sobre la adopción de medidas cautelares, al no establecer de manera detallada las reglas que deberían seguir los órganos de instrucción o de resolución para disponer su aplicación.</p> <p>Teniendo en cuenta ello, y en observancia de las disposiciones sobre medidas cautelares de la LPAG, solicitamos incluir en el presente artículo aspectos relacionados al momento de la adopción de la medida cautelar, el plazo de la misma, el momento de su levantamiento, posibilidad de modificación, caducidad, entre otros.</p> <p>Mediante la presente propuesta normativa, OSIPTEL estaría incorporando la posibilidad de imponer Medidas Cautelares durante el desarrollo de la actividad de fiscalización.</p>	<p>En referencia a lo mencionado por TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. sobre la omisión de reglas o pautas específicas para la aplicación de medidas cautelares bajo el artículo 32° del Proyecto de Reglamento General de Supervisión, es oportuno señalar que este criterio se ha desarrollado anteriormente, de modo que confirmamos nuestra posición en ese aspecto.</p> <p>Finalmente, cabe indicar que se ha acogido parcialmente los comentarios de la empresa, incluyendo en la norma que en el marco del Procedimiento Administrativo Sancionador o del Procedimiento de Imposición de Medida Correctiva, según corresponda, las medidas cautelares dictadas durante la fiscalización podrán 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.</p>

	<p>Sobre el particular, manifestamos nuestra preocupación, toda vez que, de la redacción del artículo, OSIPTEL podría determinar que corresponde la imposición de una medida cautelar, de acuerdo con su discrecionalidad, incluso de manera previa a que haya finalizado su labor de supervisión y sin que se cuenten con todos los elementos que sustenten de manera adecuada la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.</p> <p>Cabe precisar que la medida cautelar, que en casos en los que tras finalizar la supervisión se determinó que no ameritan el inicio de un sancionador o la imposición de una medida correctiva, pues no resultan las medidas idóneas o proporcionales, se podrían haber incurrido en costos elevados y/o daños que no puedan repararse. Por ello, no resulta adecuado que se pueda emitir la medida cautelar de manera previa al cierre de la supervisión y sin que se haya iniciado un procedimiento sancionador o un procedimiento de imposición de medida correctiva.</p> <p>Finalmente, cabe señalar que en el proyecto normativo también se propone que, tras el inicio del procedimiento respectivo, las medidas cautelares puedan ser variadas. Esto último podría generar que los administrados deban implementar o realizar nuevas adecuaciones para dar cumplimiento a la medida que ha sido modificada, generando sobrecostos para las empresas operadoras, lo cual genera inseguridad jurídica al no tener certeza de la medida impuesta, más aún en aquellos casos en los que se pueda agravar las medidas adoptadas.</p> <p>Teniendo en cuenta lo señalado, y en observancia de las disposiciones sobre medidas cautelares de la LPAG, solicitamos se retire la posibilidad de que las medidas cautelares puedan ser impuestas de manera previa a la conclusión de la supervisión. Asimismo, que en aquellas medidas que se impongan de manera accesoria a procedimientos sancionadores o de imposición de medidas correctivas iniciados se establezca el plazo de estas, el momento de su levantamiento, entre otras condiciones necesarias.</p>	<p>En cuanto a la eliminación de la incorporación en el reglamento de imponer medidas cautelares consignada en el artículo 32° del Reglamento General de Supervisión, esto no es posible no solo debido a que el OSIPTEL tiene la responsabilidad de cautelar los derechos de los usuarios, así como la supervisión del accionar de las empresas supervisadas, para lo cual requiere contar con herramientas que le permitan adoptar cuando se requiera y mediante decisión debidamente fundamentada, este tipo de medidas 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, durante la ejecución de las actividades de fiscalización.</p> <p>Adicionalmente, la empresa operadora debe considerar que 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 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 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. Por ello se desestima su solicitud.</p>
<p>VIETTEL PERÚ S.A.C.</p>	<p>En el marco de una fiscalización por el Regulador, el objetivo principal es el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico antes que la imposición de sanciones o medidas que impliquen la afectación de los derechos e interés de los administrados. En ese orden de ideas, establecer otra medida cautelar a la ya regulada en el RFIS implica que el OSIPTEL da preferencia a un sistema punitivo de afectación a derechos que a uno de prevención de incumplimiento de obligaciones de las empresas operadoras.</p> <p>En el marco de una fiscalización por el Regulador, el objetivo principal es el cumplimiento efectivo del ordenamiento jurídico antes que la imposición de sanciones o medidas que impliquen la afectación de los derechos e interés</p>	<p>En relación a lo mencionado por VIETTEL PERÚ S.A.C. de que el artículo N°32 propuesto en el Reglamento General de Supervisión ostenta una connotación punitiva al permitirle a los órganos competentes del OSIPTEL la emisión de una medida cautelar distinta a la ya regulada en el artículo 28 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS), es oportuno señalar que tanto las medidas dispuestas en el RFIS como en el TUO de la LPAG sobre medidas cautelares bajo el ámbito de la actividad de fiscalización tienen como finalidad salvaguardar la eficacia de la decisión administrativa bajo parámetros específicos los cuales cuentan con la debida motivación.</p>

	<p>de los administrados. En ese orden de ideas, establecer otra medida cautelar a la ya regulada en el RFIS implica que el OSIPTEL da preferencia a un sistema punitivo de afectación a derechos que a uno de prevención de incumplimiento de obligaciones de las empresas operadoras.</p> <p>Asimismo, en el caso que se establezca una medida provisional, debe cumplirse determinadas reglas, tales como: i) decretarla de oficio o a pedido de parte, ii) haya un sustento de urgencia y de protección de intereses que motiven la adopción de esta medida pre procedimental, iii) necesidad y razonabilidad de la medida y iv) asegurarse que el procedimiento se inicie, en el menor tiempo posible.</p> <p>Agregado a ello, uno de los presupuestos de las medidas cautelares es la verosimilitud del derecho, el cual se basa en la probable existencia de un derecho, del cual se pide o se pedirá tutela en el procedimiento. En ese sentido, lo anterior solo se puede lograr mediante el análisis de la información a cargo de OSIPTEL lo cual no puede darse dentro de la etapa de supervisión, generando con ello que la aplicación de la medida cautelar genere posibles afectaciones a derechos de la empresa operadora y de los usuarios del servicio. Ello trae como consecuencia que se vacía de contenido el objeto de la Supervisión que es de carácter preventivo.</p>	<p>Adicionalmente, se tiene que dichas medidas cautelares reguladas no tienen carácter exclusivo dentro de la actividad de fiscalización, los cuales han sido reconocidos en múltiples oportunidades en los diferentes sectores regulados a nivel nacional.</p> <p>Asimismo, cabe indicar que 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 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 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.</p> <p>Del mismo modo, se tiene que VIETTEL PERÚ S.A.C. consigna que el cambio normativo da preferencia a un sistema punitivo, al respecto, se debe señalar que no se advierte el sustento jurídico de la empresa en dicha afirmación, puesto que las empresas supervisadas cuentan con todas las garantías que la legislación le reconoce para cuestionar decisiones en los cuales no estén de acuerdo. Dichos derechos y garantías se encuentran amparados en el Decreto Legislativo N° 1272.</p> <p>Por último, respecto a la gravedad de la tipificación, se debe indicar que ya lo hemos desarrollado de forma previa, de modo que reafirmamos nuestra posición en ese aspecto.</p>
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS	VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO	
<p>Artículo 33.- Fiscalización preventiva</p> <p>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.</p> <p>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.</p>	<p>Artículo 33.- Fiscalización preventiva</p> <p>La fiscalización preventiva tiene por objetivo prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones por parte de las entidades fiscalizadas, 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.</p>	

		El órgano competente en ejercicio de sus facultades podrá disponer 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.
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
AFIN	<p>OSIPTEL plantea la eliminación de la figura del monitoreo y comunicación preventiva, y se reemplaza con la figura de la fiscalización preventiva. Estas fiscalizaciones pueden concluir con una Alerta Preventiva, Cumplimiento, o excepcionalmente el inicio de un PAS. En este caso se cuenta con un enfoque más punitivo, toda vez que frente a esta figura ya se podría realizar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador y no se contaría con figuras previas que incentiven subsanación voluntaria de la conducta por parte de los administrados.</p> <p>Se modifica la figura de Medida de Advertencia por la Alerta Preventiva, en atención de la cual debe informarse a OSIPTEL las medidas que se deben adoptar y de no realizarlo se incurre en infracción, modificándose nuevamente el enfoque de prevención por un enfoque sancionador.</p>	<p>Con relación al comentario sobre el supuesto enfoque punitivo de la fiscalización preventiva, corresponde considerar los comentarios de la postura del OSIPTEL al artículo primero.</p>
AMERICA MOVIL PERU S.A.C.	<p>El Artículo bajo comentario regula la figura de la Fiscalización Preventiva, la misma que tendría 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. Se dispone además que el órgano supervisor 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.</p> <p>Este enfoque de fiscalización debería ser el que prime en todos los escenarios y no poseer un rol subsidiario como el Proyecto pretende darle, la fiscalización es siempre preventiva por su naturaleza bajo el enfoque moderno del concepto. El fundamento máximo dicha actividad es la prevención, así como la exigencia de anticiparse a posibles daños generados por el incumplimiento de las normas o reducir los efectos derivados de los mismos, incluyendo el restablecimiento de la legalidad perturbada. Hablar de fiscalización sin prevención carece de sentido y el hecho de que este artículo haya sido diseñado de esta manera evidencia que el OSIPTEL considera claramente que existe una fiscalización no</p>	<p>Con relación al comentario sobre el supuesto enfoque punitivo de la fiscalización preventiva, corresponde considerar los comentarios de la postura del OSIPTEL al artículo primero.</p> <p>En cuanto al pedido a que todas las fiscalizaciones revistan del enfoque preventivo, efectivamente cabe indicar a la empresa operadora, que según se define en el reglamento vigente, uno de los principios que rige la función supervisora del Regulador, es el Principio de Prevención. Este principio señala que el accionar del OSIPTEL debe enfocarse en prevenir la comisión de infracciones u omisiones constitutivas de infracciones.</p> <p>Asimismo, en cuanto al pedido de la administrada para que se precise que no toda acción de fiscalización deba buscar una sanción o terminar con la recomendación de un procedimiento administrativo de sanción, cabe indicar que igualmente en el reglamento vigente señala en su artículo 15 las formas de conclusión que únicamente no citan al inicio de un procedimiento administrativo sancionado. De igual modo, este regulador ha venido aplicando en diversas acciones de fiscalización según los hallazgos advertidos las formas de conclusión que están dispuestas en el artículo 245 del TUO de la LPAG, para la actividad de fiscalización.</p>

	<p>preventiva que en todos los escenarios buscará la identificación de incumplimientos y sanciones administrativas aparejadas.</p> <p>Por lo mismo, nuevamente sugerimos al regulador reevaluar los alcances del concepto y la finalidad de fiscalización, a fin de que expresamente se señale que toda acción de fiscalización (o supervisión) debe ser preventiva y que en todos los escenarios esta actividad debe buscar la corrección y subsanación y no desembocar necesariamente en el inicio de un procedimiento sancionador.</p>	
<p>LUZ DEL SUR S.A.A.</p>	<p>La modificación propuesta tiene por objeto otorgar una herramienta eficaz para que OSIPTEL pueda advertir a las empresas supervisadas del incumplimiento de disposiciones que pese a ser aplicables a las operadoras de telecomunicaciones, el regulador no cuenta con un marco normativo expreso o directo que permita su fiscalización o sanción.</p> <p>Tal es el caso, por ejemplo, de las normas que regulan el cumplimiento de las Distancias Mínimas de Seguridad (“DMS”) contenidas en el Código Nacional de Electricidad las que pese a ser de obligatorio cumplimiento por parte de las empresas de telecomunicaciones, éstas no están respetando sus disposiciones generando riesgos en la vida, la salud y en el patrimonio de terceros.</p> <p>Lo que busca la modificación es que tanto empresas concesionarias del servicio público de distribución, así como OSINERGMIN y las Municipalidades competentes puedan informar sobre esta situación a OSIPTEL de modo que las empresas concesionarias de telecomunicaciones tengan mayores elementos disuasivos del incumplimiento y, así se guarde coherencia en el marco legal sobre la política pública destinada a evitar cableado instalado vulnerando DMS, poniendo en riesgo la vida y la salud y perjudicando el ornato de la ciudad.</p> <p>Modificación propuesta:</p> <p>“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.</p> <p>(...)”</p>	<p>Con relación al comentario referido al presunto incumplimiento por parte de las empresas operadoras que brinden servicios públicos de telecomunicaciones, de la normativa del sector eléctrico, se debe señalar que según se dispone en el Código Nacional de Electricidad – Utilización, aprobado mediante Resolución Ministerial N° 037-2006-MEM/DM de fecha 17 de enero de 2006 y sus modificatorias, se advierte que señala lo siguiente:</p> <p>“011. Alcances y obligatoriedad de uso (...) 011.E. El Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) es el organismo encargado de fiscalizar y hacer cumplir este Código, a través de ingenieros electricistas o mecánicos electricistas especializados que estén habilitados por el Colegio de Ingenieros del Perú.” (Resaltado agregado)</p> <p>En tal sentido, el OSIPTEL no tiene competencia para iniciar fiscalizaciones con el objetivo de verificar el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el citado código, por lo que menos aún podría emitir las Alertas Preventivas en las condiciones propuestas.</p>

	<p><i>En los casos particulares donde, mediante la implementación de su infraestructura, las empresas supervisadas se encuentren vulnerando normas que puedan generar un riesgo o daño a la vida y la salud o al patrimonio de terceros, las Alertas preventivas podrán aplicarse conforme al siguiente régimen:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>Las Alertas Preventivas a las que refiere este régimen serán registradas y tendrán como el mínimo el mismo contenido que aquellas alertas sujetas al régimen general.</i> - <i>Las Alertas Preventivas podrán ser emitidas como consecuencia de una denuncia o requerimiento efectuado por alguna entidad pública o por algún tercero con legítimo interés debido al incumplimiento de la normativa aplicable.</i> - <i>En esta Alerta Preventiva, OSIPTEL conminará al supervisado al cumplimiento de las normas y a la adopción de medidas de mejora concretas conforme a lo establecido en este reglamento y demás normas aplicables.</i> - <i>La respuesta de la entidad supervisada deberá contener un compromiso de mejora y su plazo de implementación o el sustento del por qué se considera la alerta improcedente. Las medidas o compromisos de mejora propuestos deberán contar con un plazo específico de implementación, así como la fecha de su verificación por parte de OSIPTEL.</i> - <i>Recibida la respuesta de la entidad supervisada, OSIPTEL correrá traslado de la misma a la entidad pública o tercero denunciante para su conocimiento.</i> - <i>El desconocimiento o falta de respuesta de las Alertas Preventivas por parte de las entidades supervisadas, o el incumplimiento del compromiso de mejora presentado podrán generar el inicio de una fiscalización o la aplicación de alguna medida específica conforme a la legislación aplicable por parte de OSIPTEL.</i> 	
ENTEL PERÚ S.A.	Saludamos la iniciativa del regulador de establecer mecanismos preventivos que tengan por finalidad incentivar el cumplimiento normativo,	Con relación al comentario sobre la obligatoriedad de las fiscalizaciones preventivas, considerar lo señalado previamente.

	<p>sin embargo, consideramos que las fiscalizaciones preventivas deberían ser acciones adicionales a las de monitoreo contenido en el actual Reglamento de Supervisión.</p> <p>En esa línea, la modificación actual constituye una oportunidad valiosa para implementar mecanismos de la regulación responsiva al Reglamento de Supervisión a fin de buscar que las empresas operadoras cumplan con las obligaciones establecidas en beneficio de los usuarios desde una óptica preventiva más que punitiva; es por ello, que es necesario establecer herramientas que contribuyan a ello, y que sean incentivos para las empresas operadoras.</p> <p>En esa línea consideramos que tanto los monitoreos -que se pretenden eliminar – como las fiscalizaciones preventivas deberían catalogarse como acciones previas a una supervisión de forma obligatoria sobre todo si estamos ante normativa reciente.</p> <p>En efecto, a lo largo de estos dos (02) años hemos visto la gran actividad normativa por parte del regulador, lo que ha involucrado cambios, modificaciones, implementaciones por parte de las empresas operadoras para cumplir con las nuevas obligaciones establecidas en tan poco tiempo; las cuales muchas de ellas no han tenido precedente alguno; es por ello que ante dichas obligaciones es necesario que el regulador acompañe a las empresas operadoras y con ello, buscar que las implementaciones se enfoquen a lograr el resultado esperado.</p> <p>En reiteradas ocasiones el organismo regulador ha manifestado que no tiene un ánimo sancionatorio, a pesar del crecimiento de las multas impuestas. En ese sentido, consideramos que una adecuada reglamentación del reglamento de supervisión es un primer paso para avanzar hacia una regulación que tenga como fin el cumplimiento de la norma y no la imposición de multas.</p>	
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Respecto a las fiscalizaciones preventivas, se debe considerar que estas no deben contar con un carácter punitivo, sino que, por el contrario, las mismas deben tener un enfoque de prevención que se encuentre alineado al nuevo enfoque reconocido por el TUO de la LPAG.</p> <p>Respecto al presente artículo, su Despacho dispone la inserción de la figura de fiscalizaciones preventivas, sobre las mismas consideramos que resulta necesario que su Despacho mantenga el enfoque preventivo que tienen las</p>	<p>Con relación al comentario sobre el carácter punitivo de las fiscalizaciones preventivas, considerar lo señalado sobre sus alcances y finalidad en los comentarios de la postura del OSIPTEL al artículo primero, así como lo señalado previamente.</p>

	<p>acciones de monitoreo a la fecha, toda vez que dicho enfoque ha sido reconocido por el TUO de la LPAG en la ejecución la función supervisora de la Administración Pública.</p> <p>Su Despacho, se encuentran reemplazando las acciones de monitoreo por las fiscalizaciones preventivas; sin embargo, estas primeras contaban con un enfoque preventivo a fin de cumplir con el cambio de paradigma de la administración pública, con la finalidad de brindar a los administrados la posibilidad de corregir cualquier inconveniente de manera voluntaria. Es así que estas acciones de monitoreo se realizan con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades supervisadas, justamente con un ánimo de prevención y de incentivo al cumplimiento espontáneo de las regulaciones por parte de las entidades supervisadas. En esta misma línea, la Exposición de Motivos del Reglamento de Supervisión sostiene lo siguiente:</p> <p><i>“Del resultado del monitoreo, el OSIPTEL podrá: i) emitir una “Comunicación Preventiva” a la entidad supervisada (a la que se refiere el artículo 7°) en caso considere que hay problemas detectados que de serle comunicados podrían generar una oportunidad para que ésta, voluntariamente, realice las acciones que considere pertinentes con el objeto de evitar que se produzca el incumplimiento de una obligación, y/o ii) dar inicio a la etapa de supervisión (referida en el Título III), realizando las acciones de supervisión que correspondan”.</i></p> <p>De esta manera, en caso se detecte un incumplimiento correspondería que el organismo regulador notifique a las empresas operadoras una Comunicación Preventiva, de acuerdo a lo siguiente:</p> <p><i>“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.”</i></p> <p>En la exposición de motivo, tal como se indica, ante la detección de un posible incumplimiento se puede emitir una Comunicación Preventiva, que generaría una oportunidad para que las empresas operadoras adecuen su</p>	
--	--	--

	<p>conducta, en atención a la búsqueda de lograr el cumplimiento aplicando la medida menos gravosa al administrado, más aún considerando la naturaleza de las obligaciones, toda vez que las ratios de cumplimiento pueden verse afectados por eventos externos a las empresas operadoras.</p> <p>En efecto, se ha desarrollado largamente que la colaboración interinstitucional forma parte importante de las funciones regulatorias, siendo que las labores de inspección no deben culminar necesariamente en la imposición de sanción. Bajo el actual enfoque de nuestra legislación administrativa, la Administración debe guiar sus actuaciones a la luz del esquema <i>Pyramid Enforcement</i>, el cual propone una estrategia conocida como “la zanahoria y el garrote” (“<i>carrot and stick</i>” en su desarrollo en inglés). Es decir, la Autoridad debe preferir aquellas medidas que sean menos intrusivas (<i>education and advice; warning letters</i>) a la esfera jurídica de los administrados; haciendo solo uso de las medidas más drásticas (<i>deterrence</i>)⁷¹ solo cuando no hayan funcionado las opciones anteriores.</p> <p><i>Este nuevo enfoque basado en el paradigma de la regulación responsable tiene como cometido transformar el esquema punitivo que caracterizaban a las Administraciones Públicas al margen de las motivaciones intestinas que la llevaron a sostener un afán represivo. Sin embargo, con la publicación del Decreto Legislativo N° 1272, la orientación y los incentivos que dictan el accionar de las Autoridades deben partir desde una óptica diferente y menos invasiva; ello con el fin de asegurar de no caer en un exceso de punición en el resguardo de los bienes jurídicos tutelados por nuestro ordenamiento o lo que en doctrina es conocido como over-deterrence⁷² (exceso de punición).</i></p> <p>Siguiendo los postulados desarrollados por POLINSKY y SHAVELL⁷³, la regulación debe orientar sus patrones de actuación en la búsqueda de esquemas de disuasión total y disuasión óptima. Para los casos de sanciones administrativas, se recomienda un enfoque de disuasión óptima, buscando, de ese modo, que las empresas adecúen su conducta sin necesidad de recurrir a la multa, ya que, ello no solo implica cargas para el administrado, sino, también para la Administración, puesto que incurre en</p>	
--	--	--

⁷¹ AYRES, Ian y BRAITHWAITE, J (1992). *Responsive regulation: transcending the regulation debate*. Oxford: Clarendon Press, pp. 101-102.

⁷² BECKER, Gary (1968). “Punishment and crime: an Economic approach”. Chicago: *Journal of Political Economy*, pp. 14 y ss.

⁷³ POLINSKY, Mitchell y SHAVELL, Steven (2000). “The theory of public enforcement of Law”. En *Journal of Economic Literature*, volumen 38, marzo, pp. 45-46.

	<p>costos de fiscalización en tanto destina personal y recursos para investigar un asunto.</p> <p>Además, como se ha reconocido en la modificación del Reglamento de Organización y Funciones de OSIPTEL, aprobada por Decreto Supremo N° 045-2017-PCM⁷⁴, la que es concordante con los fines de la legislación de simplificación administrativa y el principio de menor lesividad en las actuaciones estatales, las labores de supervisión tienen un claro objetivo preventivo, con el principal objetivo de incentivar el mejor cumplimiento de las regulaciones por parte de las empresas operadoras.</p> <p>En efecto, el rol de supervisión del OSIPTEL debe enfocarse a la prevención y corregir. Así, ha sido desarrollado largamente por los pronunciamientos de esta misma entidad en diversos procedimientos administrativos sancionadores, como por las máximas instancias de interpretación constitucional de nuestro país.</p> <p>En reciente jurisprudencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional se ha explicitado que “(...) <i>no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador</i>”⁷⁵.</p> <p>Con todo ello, manifestamos nuestra preocupación toda vez que, su Despacho dispone que las fiscalizaciones preventivas – mismas que de acuerdo con lo propuesto en el presente proyecto normativo buscan prevenir y tendrán un desarrollo expeditivo – pueden concluir en procedimientos administrativos sancionadores.</p>	
--	---	--

⁷⁴ **Modificación al Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL – D.S. 045-2017-PCM**

“Artículo 39.- Finalidad de la Gerencia de Supervisión y Fiscalización

La Gerencia de Supervisión y Fiscalización es el órgano de línea que depende de la Gerencia General, responsable de **prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones, supervisar y promover el cumplimiento de 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, se encarga de emitir comunicaciones preventivas, medidas de advertencia, medidas cautelares y, en su rol de órgano instructor, da inicio a procedimientos de imposición de medidas correctivas y procedimientos administrativos sancionadores que sean de competencia de la Gerencia General en primera instancia administrativa, recomendando las medidas que correspondan.”

⁷⁵ Fundamento 8, Sentencia del 12 de mayo de 2020, recaída en los Expedientes N° 0003-2015-PI/TC y N° 0012.PI/TC (Acumulados).

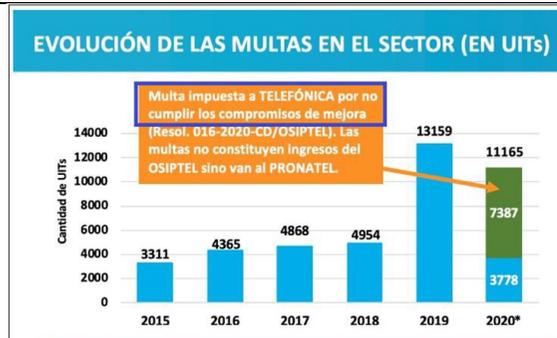
	Por ello, se puede concluir que el espíritu de una fiscalización preventiva debe ser, en efecto, cumplir con el enfoque de prevención que debe tener la Administración, en el que se debe promover la aplicación de la medida menos lesiva al administrado para asegurar el cumplimiento normativo, siendo, en este caso, el establecimiento de recomendaciones y comunicaciones que cuenten con carácter preventivo, y no con un procedimiento administrativo sancionador, más aún si no se establecen de manera clara los supuestos en los que sucedería esto.	
VIETTEL PERÚ S.A.C.	Respecto a ello, nos encontramos de acuerdo con lo señalado en dicho artículo respecto a lo que se entiende por fiscalización. No obstante, resultante redundante el denominarlo “Fiscalización preventiva”, debido a que una de las finalidades de la fiscalización es la prevención general. Respecto a ello se señala que la actividad de fiscalización cumple una función de prevención general que refuerza el cumplimiento espontáneo de los deberes y despliega un importante efecto disuasorio que impulsa a los administrados hacia el respeto al ordenamiento ⁷⁶ .	Con relación al comentario sobre las fiscalizaciones preventivas, considerar lo señalado sobre sus alcances y finalidad en los comentarios de la postura del OSIPTEL al artículo primero, así como lo señalado previamente.
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
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”.		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 fiscalizada se encuentra efectuando acciones orientadas al cumplimiento oportuno de las obligaciones técnicas, legales o contractuales fiscalizadas. 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”.
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL

⁷⁶ IZQUIERDO, Manuel. “Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano”. En La proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP. Lima: Palestra Editores, 2019. P. 401.

<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>El artículo bajo comentario establece que las acciones de fiscalización preventivas podrán concluir de las siguientes formas:</p> <p>1) Con la conformidad que la entidad supervisada se encuentra efectuando acciones orientadas al cumplimiento oportuno de las obligaciones técnicas, legales o contractuales supervisadas.</p> <p>2) Con la emisión de una Alerta Preventiva.</p> <p>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.</p> <p>En primer lugar, consideramos indispensable que el regulador confirme el alcance legal de la emisión de una Alerta Preventiva, y si esta constituye en sí una medida administrativa independiente o se encuentra enmarcada dentro de alguna otra medida administrativa.</p> <p>Asimismo, consideramos que será necesario que se establezca que, de manera previa a la emisión de una Alerta Preventiva, el regulador deba informar a las empresas operadoras sobre los resultados de dicha fiscalización y los presuntos incumplimientos detectados, a efectos que las empresas operadoras puedan ejercer su derecho de defensa; más aún, si a consecuencia de estas se emitirán cargas a las empresas operadoras, con plazos establecidos y sanciones en caso de incumplimiento.</p> <p>Es importante enfatizar que, de conformidad con lo establecido en el numeral 4) del Artículo 242° de la LPAG, se reconoce como derecho de los administrados incluir sus observaciones en las actas correspondientes. No obstante, si se utilizan mecanismos de información no presenciales, las empresas operadoras no podrán tomar conocimiento de las referidas acciones sino hasta la emisión de la Alerta Preventiva y, por lo tanto, ejercer dicho derecho.</p> <p>Por otro lado, con relación al numeral 3 del Proyecto de Norma, reiteramos que resulta un exceso completamente arbitrario que una de las formas en las que puede concluir una fiscalización preventiva --cuya naturaleza debiera ser meramente preventiva--, sea el inicio de un procedimiento administrativo sancionador. Sin perjuicio de ello, resultará importante que el regulador establezca lineamientos más concretos respecto a los criterios que aplicará para evaluar si corresponde iniciar o no un procedimiento sancionador; todo ello a efectos de generar mayor predictibilidad y evitar decisiones arbitrarias.</p>	<p>Con relación al comentario sobre el carácter punitivo de las fiscalizaciones preventivas y el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, considerar lo señalado sobre sus alcances y finalidad en los comentarios al artículo primero y 33.</p> <p>De otro lado, con relación al comentario sobre el derecho de los administrados incluir comentarios en las actas de supervisión, cabe indicar que la fiscalización preventiva se desarrollará en cumplimiento de los derechos y garantías, previstos en el Capítulo II del TUO de la LPAG, así como en el Reglamento General de Supervisión vigente que, entre otros, reconoce los deberes y derechos de los administrados fiscalizados.</p>
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>En línea con lo que comentamos anteriormente en el artículo 33, tanto los monitoreos como las fiscalizaciones preventivas deben considerarse como medidas previas y obligatorias a cualquier acción de supervisión en aquellas nuevas obligaciones u otros que el organismo supervisor considere</p>	<p>Con relación al comentario sobre el carácter punitivo de las fiscalizaciones preventivas y el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, considerar lo señalado sobre sus alcances y finalidad en los comentarios al artículo primero y artículo 33.</p>

	<p>relevantes. En ese marco, consideramos que atendiendo a su naturaleza preventiva no debería involucrar o derivar en el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, muy por el contrario, debería terminar en un compromiso de mejora por parte de la empresa operadora.</p> <p>Es por ello, que proponemos que las fiscalizaciones preventivas concluyan de forma excepcional en un compromiso de mejora por parte de la empresa operadora ante la detección de una presunta infracción; ello va en línea en la naturaleza preventiva y con la finalidad de estar ante una regulación responsiva.</p>	
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	Nos remitimos a lo comentado en el artículo anterior.	Con relación al comentario sobre los alcances del concepto y la finalidad de fiscalización, considerar los comentarios al artículo 33°.
VIETTEL PERÚ S.A.C.	<p>En relación a este artículo, encontramos que se estaría vulnerando los derechos de los receptores del proyecto de norma en cuestión. Ello debido a que en la tercera forma de conclusión de la fiscalización preventiva se señala que solo se podría recomendar el inicio de un procedimiento administrativo sancionador (PAS) ante a presuntas infracciones que afecten gravemente al bien jurídico protegido; sin embargo, se omite que podría también recomendarse el inicio de un procedimiento de medida correctiva que tengan como fin la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos.</p> <p>Por lo que, el solo recomendar el inicio de una PAS y no una medida correctiva, violaría el Principio de razonabilidad, pues la imposición de dicha medida implica un desincentivo menos gravoso y proporcional frente al incumplimiento advertido.</p> <p>Además, tanto la medida correctiva como la alerta preventiva tienen la misma naturaleza; es decir, sirven para corregir la posible conducta infractora del administrado. Ello genera confusión en la aplicación normativa que conlleva mayor carga regulatoria</p>	Con relación al comentario sobre el carácter punitivo de las fiscalizaciones preventivas y el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, considerar lo señalado sobre sus alcances y finalidad en los comentarios al artículo primero y artículo 33.
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
<p>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.</p>		<p>Artículo 35.- Compromisos de Mejora Es un compromiso presentado por una entidad fiscalizada que implica el desarrollo de un conjunto de acciones cuya finalidad es el cumplimiento de una obligación.</p>

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.		Las circunstancias que habiliten su solicitud y presentación por parte de la entidad fiscalizada, así como las consecuencias de su incumplimiento serán determinadas en la respectiva norma que regula la obligación.	
II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS			
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL	
<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p> <p>El artículo 35° del Proyecto incorpora la figura del Compromiso de Mejora como una herramienta regulatoria que permite el desarrollo de acciones acordadas con la finalidad de cumplir una obligación normada.</p> <p>Juzgamos positivo que se incorporen figuras que promuevan el cumplimiento voluntario de normas, al estar en sintonía con las más modernas tendencias de regulación en el mundo. Sin embargo, consideramos que la disposición imponga expresamente al Consejo Directivo la obligación de aprobar una directiva o norma especial que regule las condiciones y formas de aplicación de los compromisos de mejora, es decir, reglas claras sin lugar a interpretaciones ambiguas u ocultas que tienen por finalidad incrementar las sanciones en contra de las empresas operadoras, pues si bien la Exposición de Motivos señala que la figura del Compromiso de Mejora recogida en el Reglamento de Calidad ha evidenciado hasta un 74% de efectividad al 2018, puesto que la misma estaría orientada al cumplimiento del compromiso de mejora antes que la aplicación de una sanción, lo cierto es que dicha figura viene generando multas millonarias en el sector.</p> <p>Un claro ejemplo de ello es la multa de más de S/. 32 millones de soles (7387 UIT) impuesta a la empresa operadora Telefónica del Perú por el incumplimiento de Compromisos de Mejora, la misma que fue ampliamente difundida por el OSIPTEL en diversos medios de comunicación y en las diversas presentaciones efectuadas ante el Congreso de la República del Perú:</p>		<p>Con relación al comentario referido a que el Consejo Directivo deberá aprobar una directiva o norma especial que regule las condiciones y formas de aplicación de los compromisos de mejora, cabe indicar que en el proyecto se indica claramente que 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 (norma) específico, que regule la obligación materia del compromiso de mejora.</p> <p>En este sentido, corresponderá al Consejo Directivo del OSIPTEL, la aprobación y/o modificación normativa según corresponda.</p>	



Telefónica del Perú no es la única. Entel Perú, Viettel Perú y América Móvil Perú vienen siendo objeto de reiteradas y exorbitantes multas sin precedentes en la industria de las telecomunicaciones en el país, todas ellas relacionadas a supuestos incumplimientos en los Compromisos de Mejora remitidos en el marco del Reglamento de Calidad.

No sabemos entonces que tan efectivo resultó el uso de esta figura denominada Compromisos de Mejora, pues contrariamente a lo señalado por el OSIPTEL, se vienen generando multas millonarias en el sector que desincentivan las potenciales inversiones que podrían ser destinadas a la mejora de los indicadores de calidad en centros poblados a nivel nacional. En efecto, el OSIPTEL no ha dado cuenta que dicha situación viene impactando de manera directa en las inversiones que las empresas operadoras han programado ejecutar a mediano plazo, y todo ello por no contar con **condiciones razonables** de fiscalización y aplicación del régimen sancionador, pues las disposiciones de índole punitivo vienen siendo interpretadas de modo contrario a lo expresamente previsto por el propio regulador en el Reglamento de Calidad.

En este caso en particular se verifica que, contrariamente a lo sustentado por la Exposición de Motivos del Proyecto de Norma, los Compromisos de Mejora no evitan la aplicación de una sanción, sino que más bien viabilizan la imposición de innumerables sanciones, y todas ellas millonarias.

En otras palabras, para evitar que el remedio resulte peor que la enfermedad, deben dictarse nuevas y adecuadas reglas, compatibles con un sistema correctivo que priorice la asunción de compromisos que puedan cumplirse bajo los intereses de todas las partes involucradas. Por lo mismo es necesario que se tomen en cuenta aspectos que lleven a una negociación mutua de forma similar a los compromisos de cese utilizados en el ámbito del INDECOPI.

	<p>Por ello, de aprobarse este extremo del Proyecto de Norma, corresponderá al Consejo Directivo aprobar una directiva o norma especial que regule las condiciones y formas de aplicación de los compromisos de mejora, o mejor dicho, se deberán establecer reglas claras sin lugar a interpretaciones ambiguas u ocultas a fin de evitar incrementar las sanciones en contra de las empresas operadoras, pues ello no coadyuva con el desarrollo del sector sino más bien tiende a detener las eficiencias en un mercado que cambia constantemente y que a pesar de todo sigue desarrollándose tan igual que en países más desarrollados.</p>	
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p>	<p>Al respecto, si bien consideramos positivo que se permita la suscripción de compromisos de mejora no solo para los casos de indicadores de calidad sino de forma general para cualquier obligación, resultaría recomendable que no se supedite la proposición de los mismos a una regulación previa de supuestos en los reglamentos especiales.</p> <p>En efecto, responde favorablemente a la regulación responsiva que se busca desarrollar con esta incorporación que sean los propios concesionarios quienes puedan proponer tales compromisos; sin perjuicio de que tales propuestas deban ser aprobadas por OSIPTEL previamente y que además se puedan regular supuestos particulares.</p> <p>Saludamos la propuesta del regulador de ampliar los compromisos de mejora, sin embargo, consideramos que los mismos deben partir de las propias empresas operadoras y posterior a ello, ser aprobadas por el OSIPTEL.</p> <p>En efecto, los compromisos de mejora deben ser acciones concienzudas que partan a iniciativa de cada empresa operadora y que, en base a su experiencia, a la inversión, logística, políticas, plazos, condiciones, características establezca las acciones que ejecutará como compromiso de mejora y que posterior a ello, sean presentados al OSIPTEL para su aprobación.</p> <p>Asimismo, la evaluación de los compromisos de mejora por parte del regulador debe partir de lineamientos claros, que se basen en el principio de proporcionalidad así que evalúe la idoneidad entre el objeto/acciones y el fin que se pretende tutelar.</p> <p>Finalmente, señalamos que los compromisos de mejora deberían ser aplicables a todas las obligaciones fiscalizables, sobre todo aquellas que</p>	<p>Con relación al comentario referido a que los compromisos de mejora, deberían ser aplicados a todas las obligaciones fiscalizables, cabe señalar que el proyecto se indica que las circunstancias de habilitación de la solicitud de compromiso de mejora, las condiciones para su presentación, así como las consecuencias de su incumplimiento, serán desarrolladas en cada Reglamento (norma) específico, que regule la obligación materia del compromiso de mejora, por lo que ello será determinado por el Consejo Directivo, según corresponda.</p>

	<p>proviene de normativa reciente, con ello, no se limita a las empresas operadoras de buscar soluciones de cumplimiento.</p>	
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Respecto a la incorporación de los compromisos de mejora, saludamos la iniciativa del regulador de incorporar una herramienta como esta en el texto del Reglamento, asimismo nos encontramos de acuerdo con que OSIPTEL haya ampliado el alcance de los compromisos de mejora. Ello va en línea con lo exigido por la LPAG que establece que: <i>"245.1 Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en: [...] 2. La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado"</i>.</p> <p>Esta incorporación misma permitirá que las empresas subsanen alguna conducta que no se encuentre acorde a la normativa vigente y que se solucione el problema de fondo, privilegiando el enfoque preventivo que guía actuación de la Administración Pública.</p> <p>Sin perjuicio de lo señalado, dada la relevancia y efectividad de dicho mecanismo resulta necesario que el uso de este se amplía a la mayor cantidad de normas y obligaciones que se regulan en el sector, tal como precisa su Despacho al señalar en la exposición de motivos que sustenta el presente proyecto:</p> <p><i>"De la experiencia recogida desde el año 2015 a la fecha, se ha evidenciado hasta un 74% de efectividad en la implementación de los Compromisos de Mejora al 2018, en zonas con población de casi seis (6) millones en total y, de hasta 70% al 2019. 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"</i></p> <p>Por ello consideramos que, supeditar su aplicación a que se regule el procedimiento en cada Reglamento específico, podría implicar vaciar de contenido a la obligación que tiene la Administración de aplicar compromisos de mejora a raíz del nuevo enfoque preventivo que fue incluido en la LPAG a raíz de la modificación realizada en diciembre 2016. Por lo que solicitamos a su Despacho se incorpore en el presente reglamento los alcances de los compromisos de mejora, las circunstancias para su solicitud y las consecuencias que pueda originar su incumplimiento a fin de que puedan ser acogidas por los administrados. Asimismo, el incorporara los alcances en el presente texto resultaría la más eficiente en términos de técnica normativa, ya que evitaría la necesidad de modificar todos y cada uno de los Reglamentos de OSIPTEL.</p>	<p>Con relación al comentario referido a que las circunstancias de habilitación de la solicitud de compromiso de mejora, las condiciones para su presentación, así como las consecuencias de su incumplimiento, deberían ser definidos en la presente norma, cabe indicar que ello corresponde ser evaluado según la obligación que podrá ser objeto del compromiso de mejora, por lo que ello será determinado por el Consejo Directivo, en la norma que corresponda.</p>

	<p>La idea del compromiso de mejora es que tenga efectos de la “terminación convencional”, figura que permite archivar procesos de supervisión y procedimientos administrativos cuando el administrado ofrezca un compromiso de adecuación en un tiempo establecido a fin de conseguir los mismos fines pretendidos.</p> <p>Al respecto, García de Enterría y Fernández señalan que “en el fondo de este deseo late una intuición válida, que tiene su origen en una constatación igualmente exacta: la extraordinaria rigidez del ordenamiento construido a la medida de una administración que manda e impone [...] Hoy, en cambio, una vez rotas las antiguas barreras entre el Estado y la sociedad y asumida por la Administración la tarea de conformar un orden social más justo, esa rigidez constituye una grave limitación. Mandar y sancionar a través de decisiones unilaterales y ejecutorias, sistema plenamente eficaz se trata de imponer el orden y asegurar el respeto a la Ley, es insuficiente: sin embargo, para polarizar las energías sociales en orden, a la consecución de los objetivos propuestos en los planes económicos. El acto unilateral asegura eficazmente la sumisión, pero es incapaz de suscitar el entusiasmo y el deseo de colaboración”.</p> <p>Proponemos que el procedimiento se establezca que OSIPTEL dará la oportunidad a la empresa operadora de presentar un compromiso de mejora brindando un plazo razonable.</p> <p>Finalmente, consideramos necesario que se establezca que manera previa a determinar el incumplimiento del compromiso de mejora, la necesidad de que se efectúe un monitoreo a fin de que se pueda evaluar el cumplimiento del compromiso.</p> <p>Respecto a la incorporación de los compromisos de mejora, saludamos la iniciativa del regulador de incorporar una herramienta como esta en el texto del Reglamento, asimismo nos encontramos de acuerdo con que OSIPTEL haya ampliado el alcance de los compromisos de mejora. Ello va en línea con lo exigido por la LPAG que establece que: “245.1 <i>Las actuaciones de fiscalización podrán concluir en: [...] 2. La recomendación de mejoras o correcciones de la actividad desarrollada por el administrado</i>”.</p> <p>Esta incorporación misma permitirá que las empresas subsanen alguna conducta que no se encuentre acorde a la normativa vigente y que se solucione el problema de fondo, privilegiando el enfoque preventivo que guía actuación de la Administración Pública.</p>	
--	--	--

	<p>Sin perjuicio de lo señalado, consideramos que, supeditar su aplicación a que se regule el procedimiento en cada Reglamento específico, podría implicar vaciar de contenido a la obligación que tiene la Administración de aplicar compromisos de mejora a raíz del nuevo enfoque preventivo que fue incluido en la LPAG a raíz de la modificación realizada en diciembre 2016. Por lo que solicitamos a su Despacho se incorpore en el presente reglamento los alcances de los compromisos de mejora, las circunstancias para su solicitud y las consecuencias que pueda originar su incumplimiento a fin de que puedan ser acogidas por los administrados. Asimismo, el incorporara los alcances en el presente texto resultaría la más eficiente en términos de técnica normativa, ya que evitaría la necesidad de modificar todos y cada uno de los Reglamentos de OSIPTEL.</p> <p>Proponemos que en el procedimiento se establezca que OSIPTEL dará la oportunidad a la empresa operadora de presentar un compromiso de mejora brindando un plazo razonable que permita realizar un adecuado análisis de lo sucedido. Finalmente, consideramos necesario que se establezca que manera previa a determinar el incumplimiento del compromiso de mejora, la necesidad de que se efectúe un monitoreo a fin de que se pueda evaluar el cumplimiento del compromiso.</p>	
VIETTEL PERÚ S.A.C.	<p>En relación a esta inclusión al proyecto de Reglamento, consideramos que es positivo debido a que alude a un tipo de regulación basada el desempeño: establece objetivos o estándares de resultado específico y no a una en que prime sanciones punitivas, sin embargo, esto debe quedar claramente definido en la norma, y se nos debe permitir remitir nuestros comentarios, por lo que no debe ser incluido vía Instructivos técnicos que no permiten la emisión de comentarios.</p>	<p>Con relación al comentario referido a que el Consejo Directivo deberá aprobar una directiva o norma especial que regule las condiciones y formas de aplicación de los compromisos de mejora, cabe indicar que en el proyecto se indica claramente que 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 (norma) específico, que regule la obligación materia del compromiso de mejora.</p> <p>En este sentido, corresponderá al Consejo Directivo del OSIPTEL, la aprobación y/o modificación normativa según corresponda.</p>
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
<p>Disposiciones Complementarias Transitorias. –</p> <p>Primera. - La presente norma entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano y sus disposiciones no son aplicables a las supervisiones en curso, salvo en lo que resulten más favorables.</p>		

II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS	
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS	POSICIÓN DEL OSIPTEL
<p>ENTEL PERÚ S.A.</p> <p>Al respecto, consideramos que resulta contrario al principio de razonabilidad plantear una vigencia inmediata de lo dispuesto en el Proyecto, máxime si consideramos que el mismo contiene regulaciones incompletas que pretenden remitirse a instructivos técnicos que no serán aprobados junto con el Reglamento.</p> <p>En pertinente indicar que conforme al principio de razonabilidad las autoridades deben mantener proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que debe tutelar cuando se creen obligaciones, a fin de responder a lo estrictamente necesario para satisfacer sus objetivos:</p> <p style="text-align: center;">“Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo</p> <p style="text-align: center;"><i>El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en lo siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:</i></p> <p style="text-align: center;">1.4. Principio de razonabilidad. - <i>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 cometido”</i></p> <p>Siendo ello así, solicitamos se supedite la entrada en vigencia del Reglamento a la aprobación de los instructivos técnicos considerando además un plazo para que las empresas concesionarias adecuen sus sistemas a lo que dichos instructivos aquellos establezcan.</p>	<p>Sobre el comentario de ENTEL PERÚ S.A. que cuestiona el plazo razonable de la vigencia inmediata de las modificaciones al Reglamento General de Supervisión, cabe reiterar lo indicado en la Primera Disposición Complementaria Transitoria que señala claramente que la entrada en vigencia será al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano, no obstante, sus disposiciones no son aplicables a las supervisiones en curso, salvo en lo que resulten más favorables.</p> <p>Ahora bien cabe resaltar que el reglamento no incorpora obligaciones para las entidades fiscalizadas, de modo que, las adecuaciones o implementaciones que se exijan para el caso específico de los nuevos mecanismo de fiscalización (conexión remota y plataformas virtuales para entrega de información), cabe recordar a la empresa operadora, que el OSIPTEL ya ha implementado con esta la conexión remota a sus sistemas de alarmas de red, así como ha realizado las gestiones para la entrega de información mediante el Módulo para la Entrega de Información de la DFI – OSIPTEL. No obstante, ello, para cualquier requerimiento que se realice a fin de efectivizar los cambios propuestos, el OSIPTEL dispondrá los plazos pertinentes, de manera que no existan escenarios donde se afecten los derechos y garantías de los administrados (empresas supervisadas).</p> <p>Ahora bien, respecto del comentario sobre la implementación de los instructivos técnicos y su implicancia en los plazos, se debe indicar que el propósito de los instructivos con relación a los mecanismos de supervisión previstos en los artículos 23 y 25-A, contendrán especificaciones sustancialmente de contenido técnicos, por estar referido al uso de soluciones tecnológicas, de modo que como en los referidos artículos, entre otros el OSIPTEL procederá a fijar plazos para que se lleven a cabo las acciones necesarias para su implementación.</p> <p>Adicionalmente, cabe aclarar que la naturaleza de los instructivos técnicos no es de carácter normativo, sino de procedimiento, en tanto como se indicó previamente contendrán entre otras consideraciones de carácter técnico entre otra información que permite identifica las tareas y pasos a seguir a fin de viabilizar la implementación de los referidos mecanismos.</p>

<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Sobre el particular, dado que modificaciones propuestas implican cambios importantes en la forma en la que se ejecutan las supervisiones a la fecha, consideramos necesarios contar con un periodo de tiempo a fin de que se pueda realizar las capacitaciones adecuadas al personal encargado de las mismas.</p> <p>Por otro lado, el plazo contemplado no debe incluir lo estipulado en los artículos 23 y 25-A, toda vez que los mismos requerirán de adecuaciones y cambios técnicos, las empresas operadoras realicen las adecuaciones y pruebas técnicas necesarias para el funcionamiento y operatividad de lo propuesto. Al respecto es imposible pretender una implementación en el plazo determinado por su Despacho, más aun considerando que no contamos con todo el detalle técnico del mismo, siendo probable que se requerirá de distintas fases para asegurar conectividad, entre otros aspectos importantes a ser considerados y de los que no tenemos claridad a la fecha. No podremos cuantificar ni siquiera a alto nivel el plazo de implementación sin contar con todo ese detalle.</p> <p>Sin embargo, como ejemplo podríamos considerar lo que ha significado en términos de implementación el REGISTRO NACIONAL DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES PARA LA SEGURIDAD (RENTESEG). El primero de estos caracterizado por la Reportería periódica realizada exclusivamente sobre el servicio móvil específicamente las Normas Complementarias del RENTESEG RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 081-2017-CD/OSIPTEL, publicado en el diario el peruano en julio de 2017, en donde se complementan las especificaciones técnicas para la entrega y recojo de la información de la Reportería requerida, donde podemos observar que inicialmente se otorgó un plazo de implementación de seis meses, la cual fue finalmente prorrogada debido a la modificación de disposiciones de la norma, así como por consideraciones realizadas sobre la complejidad de implementación de la misma. Así casi cuatro años después de publicada dicha norma aún sigue en proceso de implementación, lo que evidencia que la complejidad que supone poder dar cumplimiento a contar con información de calidad que cumpla con los requisitos requeridos en la Reportería normada por el RENTESEG.</p> <p>Ahora, es importante hacer el análisis de complejidad a la luz del presente proyecto normativo, donde se observa que el alcance de la norma no solo aborda único sistema sino que podría incluir más de uno, por lo tanto teniendo como experiencia lo considerado en el RENTESEG, resulta</p>	<p>Con relación al comentario sobre la implementación de los instructivos técnicos y su implicancia en los plazos, considerar lo señalado previamente.</p> <p>Asimismo, respecto de la supuesta vulneración de los principios de legalidad y razonabilidad de los instructivos técnicos en términos de plazos, se debe indicar que el propósito de los instructivos con relación a los mecanismos de supervisión previstos en los artículos 23 y 25-A, contendrán especificaciones sustancialmente de contenido técnicos, por estar referido al uso de soluciones tecnológicas, de modo que como en los referidos artículos, entre otros el OSIPTEL procederá a fijar plazos para que se lleven a cabo las acciones necesarias para su implementación.</p> <p>Adicionalmente, cabe aclarar que la naturaleza de los instructivos técnicos no es de carácter normativo, sino de procedimiento, en tanto como se indicó previamente contendrán entre otras consideraciones de carácter técnico entre otra información que permite identifica las tareas y pasos a seguir a fin de viabilizar la implementación de los referidos mecanismos.</p>
--	--	---

	<p>pertinente contar con un plazo de implementación razonable, que incluya además periodos de prueba y un cronograma de Fases de implementación, a fin de poder garantizar un correcto cumplimiento de la norma y sus objetivos.</p> <p>Es por ello que, en el supuesto negado de que OSIPTEL insista por la vía reglamentaria imponer esta obligación que tendría problemas de legalidad y razonabilidad, debe considerarse que implementar los cambios de la envergadura propuesta por su Despacho requeriría un plazo de implementación no menor a quince meses, contados desde que se establezcan las especificaciones técnicas que deben aplicarse, considerando todos los proyectos regulatorios en curso y siempre y cuando la complejidad técnica sea lo más acotada posible.</p> <p>Finalmente, solicitamos a vuestro Despacho tener en consideración que estas modificaciones de gran envergadura, a pesar de todas las medidas que podamos adoptar, al tratarse de temas técnicos y de conexión remota siempre pueden estar sujetos a la presentación de contingencias puntuales, por lo que consideramos necesario que de manera adicional a los plazos de adecuación e implementación que solicitamos, el Organismo Regulador considere un periodo de estabilización post entrada en vigencia de la norma, de al menos seis (06) meses, a fin de que ante cualquier eventualidad las empresas operadoras puedan realizar correcciones sin que ello las exponga a posibles infracciones, toda vez que al tratarse de obligación de conectividad es necesario realizar continuo seguimiento tras la implementación para asegurar un correcto funcionamiento.</p>	
VIETTEL PERÚ S.A.C.	<p>Consideramos que debería haber un plazo considerable desde su publicación en el Diario Oficial “El Peruano”, para que dicha norma entre en vigencia. Ello debido a que son dispositivos que regularán la actividad de fiscalización por parte del OSIPTEL a las empresas operadoras. Requiriéndose una marcha blanca para que nuestra representada pueda adaptarse a dichos cambios y más si dentro de los mismos existen infracciones que puedan originar sanciones en el marco de la actividad de fiscalizadora.</p>	<p>Con relación al comentario sobre la implementación de los instructivos técnicos y su implicancia en los plazos, considerar lo señalado previamente.</p>
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
Disposiciones Complementarias Transitorias. –		Disposiciones Complementarias Transitorias. –

<p>Segunda. - Derogar el Título II, los artículos 6, 7, 8 y 31 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL.</p>	<p>Segunda. - Derogar el Título II, los artículos 6, 7, 8, 30 y 31 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL.</p>
<p>II. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS</p>	
<p>NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS</p>	<p>POSICIÓN DEL OSIPTEL</p>
<p>AMERICA MOVIL PERU S.A.C.</p>	<p>La Segunda Disposición Complementaria Transitoria propone derogar el Título II, los artículos 6, 7, 8 y 31 y la Cuarta Disposición Complementaria Final del vigente Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL.</p> <p>En estricto, el Proyecto de Norma pretende eliminar de la figura del monitoreo y de la Comunicación Preventiva, sustentándose en que se habría advertido errores de comprensión respecto a su alcance y fines por parte de las entidades monitoreadas, así como de las acciones que puede ejercer el OSIPTEL. Según la Exposición de Motivos, las empresas monitoreadas habrían desconocido que los monitoreos se ejecutan en el marco de la facultad supervisora del OSIPTEL, trasladando cuestionamientos muchas veces revestidos de una connotación "contenciosa", postergando no solo la conclusión expeditiva de los monitoreos, sino también la tutela que se buscaba a los bienes jurídicos a cargo del OSIPTEL.</p> <p>Asimismo, la Exposición de Motivos señala que las empresas operadoras habrían cuestionado los requerimientos formulados por el OSIPTEL en el marco de los monitoreos, oponiéndose al alcance de estos y desconociendo que su finalidad es obtener información para tomar conocimiento del desempeño de la entidad monitoreada.</p> <p>En atención a ello, y en la medida que se trataría de un problema que debe atenderse prontamente, se ha optado por modificar las disposiciones del vigente Reglamento General de Supervisión, introduciendo mecanismos alternativos al monitoreo que cumplan el propósito principal de procurar el cumplimiento por parte de las entidades supervisadas.</p> <p>En primer término, debemos señalar que las Comunicaciones Preventivas al igual que las Medidas de Advertencia, no han sido utilizadas por el regulador de forma regular u óptima, pues casi todos los posibles incumplimientos advertidos han sustentado el inicio de innumerables procedimientos sancionadores. Sin perjuicio de ello, debemos hacer notar que todas las recomendaciones o requerimientos de información formulados por la Dirección de Fiscalización e Instrucción han sido positivamente atendidos por nuestra compañía, brindando la</p>

	<p>información requerida y adoptando las medidas correctivas de acuerdo al caso.</p> <p>Por otro lado, advertimos que el OSIPTEL, en lugar de optar por mejorar o reforzar la figura del monitoreo y las comunicaciones preventivas, a fin de corregir las situaciones sustentadas en la Exposición de Motivos, ha preferido eliminarlos por completo de nuestra regulación, dando lugar a una nueva figura denominada Fiscalización Preventiva, la misma que estaría orientada a cumplir adecuadamente los mismos objetivos para los cuales fueron reguladas las acciones de monitoreo. Esta inusual situación no hace más que evidenciar la intención de enmascarar una connotación negativa en esta figura jurídica, pues, como hemos visto en anteriores comentarios del presente documento, el término “fiscalización” implica un ánimo crítico intrínseco y que deviene en una acción con una connotación meramente punitiva. Lo anterior encuentra su correlato en que, a diferencia de las acciones de monitoreo, las fiscalizaciones preventivas podrán concluir con el inicio de un procedimiento sancionador.</p> <p>De lo anterior, se desprende con meridiana claridad, que la intención de la propuesta de modificación normativa es cambiar por completo la naturaleza preventiva de la figura jurídica de monitoreo, por una figura totalmente distinta y opuesta, con una evidente connotación punitiva, que le otorgue la posibilidad de concluir la fiscalización con una medida meramente sancionatoria, como lo es el inicio de un procedimiento sancionador.</p> <p>En este punto, es necesario nuevamente hacer mención a la Guía de la OCDE que establece entre sus principales criterios que debe existir una distinción clara y una articulación efectiva entre las actividades que se enfocan en la promoción del cumplimiento y las actividades para hacer cumplir las normas enfocadas en la lucha contra la criminalidad. Aplicando lo anterior al caso en concreto, encontramos que los monitoreos equivalen a aquellas actividades que se enfocan en la promoción del cumplimiento, siendo que los procedimientos sancionadores se traducen prácticamente como las actividades enfocadas en la lucha contra la criminalidad.</p> <p>Sustentando lo anterior, la Guía de la OCDE manifiesta que “se requiere que el objetivo de las entidades encargadas de las inspecciones y de hacer cumplir las normas sea la maximización de los niveles de cumplimiento, y no una sistemática detección y castigo de cada incumplimiento. Por tanto, se requiere que la legislación les otorgue a dichas entidades una discrecionalidad adecuada para manejar distintas situaciones de distintas maneras, incluyendo no sancionar ciertos incumplimientos si se considera que estos plantean un riesgo muy bajo y pueden ser manejadas sin una promoción del cumplimiento formal.”</p>	
--	---	--

	<p>En ese sentido, consideramos que las modificaciones propuestas tienen como único objetivo el de priorizar un ánimo sancionatorio, situación que resulta completamente opuesta a los criterios de Regulación Responsiva contenidos en la Guía de la OCDE. Por tanto, si el sentido del regulador es reforzar la figura del monitoreo, mal hace en derogarlo, pues añadiendo alguna disposición que le otorgue mayor claridad a las actividades que comprende dicha figura, se cumpliría con el propósito planteado. No obstante, al derogarla, únicamente se confirma el desplazamiento del sentido de prevención, priorizando el ánimo sancionatorio y meramente punitivo.</p>	
<p>TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.</p>	<p>Respecto al presente artículo, su Despacho dispone la derogación del Título II del Reglamento de Supervisión, el cual hace referencia a los Monitoreos que deben ejecutarse; sin embargo, se debe considerar los argumentos esgrimidos en el artículo 33° del presente proyecto, toda vez que resulta necesario que su Despacho mantenga el enfoque preventivo, reconocido por el TUO de la LPAG, en la ejecución de su labor de supervisión.</p> <p>Por otro lado, se plantea derogar la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento, la cual hace referencia a la obligación de que Consejo Directivo aún Reglamento apruebe los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra a la que se hace referencia a fin de que pueda emplearse los muestreos durante las supervisiones.</p> <p>En el presente caso, conforme hemos precisado en nuestros comentarios al artículo 16 del presente proyecto, no resulta viable que el establecimiento de los criterios correspondientes para seleccionar la muestra quede bajo criterio de la misma entidad que realiza las acciones de supervisión y que no sea dispuesto a través de una Resolución que permita a los administrados contar con predictibilidad para el establecimiento de esta. Asimismo, cabe señalar que la Administración debe contar con herramientas suficientes y objetivas que tengan carácter general para hacer una determinación de la muestra, dado que si la misma es trabajada por la misma entidad que supervisa y es acotada a cada caso particular, se encuentra más susceptible de incurrir en errores al momento de elaborar una muestra objetiva, lo cual vulnera el principio del debido procedimiento y el principio de confianza legítima.</p>	<p>Con relación al comentario sobre el muestreo, considerar lo señalado en los comentarios al artículo 16°.</p>

	<p>Es de suma importancia señalar que las muestras realizadas por el Órgano Instructor en el marco de una supervisión cuenten con criterios objetivos para su determinación, análisis y selección, los cuales deberán estar aprobados previamente por otro órgano de la entidad que se encuentre ajeno a la actividad y pueda actuar con imparcialidad ante la misma. Por otro lado, el determinar los criterios para la selección de la muestra, estos deberían tener un carácter general para los administrados y regularían como estos serían supervisados, por lo que son parte del ejercicio de la función normativa y deben ser regulados a través de resoluciones que brinden a los administrados predictibilidad sobre su accionar.</p> <p>Por otro lado, desde el 2015 y hasta la fecha el Consejo Directivo del OSIPTEL no ha aprobado los criterios que estipula el texto normativo vigente, pese a contar con un plazo de seis meses para dicha regulación. Por lo que OSIPTEL en su accionar no se ha encontrado aplicando de manera adecuada las supervisiones en base a muestras con criterios estadísticos claros y objetivos que brinden seguridad jurídica a los administrados, esta situación vulnera evidentemente los principios de legalidad, tipicidad y predictibilidad; dado que no existe un fundamento legal para la actuación de la administración.</p> <p>Considerando la importancia que tiene la ejecución de supervisiones con la técnica del muestreo resulta, puesto que determina que los incumplimientos que detecte la autoridad sean estadísticamente relevantes y que no se traten de casos aislados y ajenos que no reflejen el accionar común del administrado, es necesario que se determiné un plazo para el establecimiento de estos criterios, a fin de que no se mantenga de manera prolongada la incertidumbre respecto a qué tipo de muestreos se realizan.</p> <p>Por otro lado, como mencionamos de manera previa, al ser una manifestación de la función normativa del OSIPTEL, debe ser regulada a través de una resolución, la misma que en observancia al principio de participación ciudadana, su proyecto debe ser publicado de manera previa para que los administrados puedan emitir comentarios sobre la fórmula a ser empleada.</p>	
VIETTEL PERÚ S.A.C.	<p>En relación a la derogación de la Cuarta Disposición Complementaria Final del Reglamento General de Supervisión, consideramos que se debe establecer un plazo desde la publicación de Norma para la determinación de los criterios de muestreo con el fin de generar confianza en los destinatarios de la norma.</p>	<p>Con relación al comentario sobre el muestreo, considerar lo señalado en los comentarios al artículo 16°.</p>

	Cabe precisar, que desde de la aprobación de dicha norma original en el 2015, no se emitieron los criterios de determinación del muestro por parte del Consejo Directivo del OSIPTEL.	
I. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
Disposiciones Complementarias Transitorias. –		Disposiciones Complementarias Transitorias. –
Tercera. - Encargar a la Gerencia General del OSIPTEL la aprobación de los instructivos técnicos necesarios para la ejecución de lo dispuesto en los artículos 23 y 25-A del presente Reglamento.		Tercera. - Encargar a la Gerencia General del OSIPTEL la aprobación de los instructivos técnicos necesarios para la ejecución de lo dispuesto en los artículos 23 y 25-A del presente Reglamento.
III. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	<p>Mediante el presente proyecto normativo, su Despacho propone se regulen y establezcan las especificaciones técnicas de las conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas (en adelante, Conexiones remotas), así como las condiciones en las que se atenderán requerimientos de información a través de Instructivos Técnicos que serían aprobados por la Gerencia General.</p> <p>Sobre el particular, resulta necesario definir qué debe interpretarse como función normativa de los Organismos Reguladores a fin de evaluar si estos Instructivos se encontraría en el marco de esta. Al respecto la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N.º 27332 en su artículo 2 señala:</p> <p><i>“c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, <u>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.</u>” (Énfasis agregado)</i></p> <p>Mediante el presente proyecto normativo, su Despacho propone se regulen y establezcan las especificaciones técnicas de las conexiones</p>	<p>Con relación al comentario referido a que resulta contrario al principio de legalidad que la Gerencia General pueda emitir instructivos técnicos, cabe aclarar que la naturaleza de los instructivos técnicos no es de carácter normativo, sino que los mismos establecen parámetros que deberán seguir las empresas operadoras a fin de dar cumplimiento a la norma, en este caso al Reglamento de Supervisión. Siendo ello así, la Gerencia General no estaría ejerciendo una función normativa como se cuestiona.</p> <p>Lo anterior ha sido también objeto de pronunciamiento por parte del OSIPTEL a propósito de la Resolución de Gerencia General N° 00305-2021-GG/OSIPTEL que resolvió “Aprobar el Instructivo Técnico para el cumplimiento de los incisos f) y g) del artículo 4 de la Norma técnica relativa a la implementación del sistema de medición automatizado para la verificación del servicio de acceso a internet por parte del OSIPTEL”.</p> <p>Así, en la matriz de comentarios realizados por los interesados al Proyecto de Instructivo Técnico, aprobado a través de la Resolución de Gerencia General N° 00187-2021-GG/OSIPTEL, el OSIPTEL señaló que:</p> <p><i>“[...] el Instructivo no constituye una norma, sino únicamente un instrumento técnico que aprobará este Organismo para desarrollar los criterios que deberán seguir las empresas operadoras para dar cumplimiento a la norma. Por lo tanto, el Instructivo Técnico al carecer de carácter normativo, no necesita ser aprobado por el Consejo Directivo del OSIPTEL.”</i></p>

	<p>remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades supervisadas (en adelante, Conexiones remotas), así como las condiciones en las que se atenderán requerimientos de información a través de Instructivos Técnicos que serían aprobados por la Gerencia General.</p> <p>Sobre el particular, resulta necesario definir qué debe interpretarse como función normativa de los Organismos Reguladores a fin de evaluar si estos Instructivos se encontraría en el marco de esta. Al respecto la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por la Ley N.º 27332 en su artículo 2 señala:</p> <p><i>“c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, <u>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.</u>” (Énfasis agregado)</i></p> <p>Es así como, se puede concluir que estos Instructivos Técnicos que establecerá las características y la forma en que se regularan las conexiones remotas y los requerimientos de información, son manifestaciones de la función normativa que poseen Organismos Reguladores.</p> <p>En segundo lugar, resulta necesario establecer que órgano de la entidad resulta el competente para ejercer la función normativa. En el presente caso, a través del presente proyecto se propone que la elaboración de los instructivos técnicos se encontraría a cargo de la Gerencia General, por lo que se estaría delegando la función normativa a dicho Órgano, lo cual no se encuentra vulnera el marco legal vigente. Nos explicamos, el artículo 2º del Reglamento de los Organismos Reguladores reconocen que la función normativa resulta ser de exclusiva aplicación por parte del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores:</p> <p><i>“Artículo 2.- Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores</i></p>	<p>En efecto, el propósito de los instructivos suele ser el de establecer el procedimiento a seguir por parte de las empresas operadoras, para cumplir con las obligaciones establecidas previamente por el OSIPTEL.</p> <p>En esa línea, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 5 de la Resolución de Consejo Directivo N° 0087-2021-CD/OSIPTEL, se dispuso que la Gerencia General del OSIPTEL aprobará la publicación para comentarios del Instructivo Técnico para el cumplimiento de las obligaciones normativas establecidas en el inciso f) y g) del artículo 4 de la referida norma. Por lo que dicha actuación de la Gerencia General se desarrolla en estricto cumplimiento de dicho artículo”.</p> <p>Cabe precisar que la Gerencia General ya ha emitido diversos Instructivos Técnicos aprobados por las Resoluciones N° 00283-2021-GG/OSIPTEL (Instructivo Técnico del Sistema de seguimiento, monitoreo y fiscalización de bajas y migraciones), N° 00337-2020-GG/OSIPTEL (Instructivo Técnico para la implementación del Sistema de Gestión de Usuarios), N° 00327-2020-GG/OSIPTEL (Instructivo Técnico para el acceso del OSIPTEL a los expedientes virtuales de reclamos de las empresas operadoras), N° 00070-2020-GG/OSIPTEL (Instructivo Técnico para el cumplimiento de las Normas Complementarias para la Implementación del Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad), por lo que no constituye una práctica exclusiva o única del proyecto normativo materia de comentario.</p> <p>De otra parte, cabe señalar que la Gerencia General es debidamente autorizada por el Consejo Directivo para aprobar instructivos técnicos. Por esta razón, en la medida que es este último órgano el encargado de aprobar las modificaciones propuestas al RGS, este Proyecto Normativo propone en sus artículos habilitar a la Gerencia General para que apruebe estos instructivos:</p> <p><i>“Artículo Sexto. - Incluir la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Disposición Complementaria Transitoria al Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, de acuerdo con el siguiente texto:</i></p> <p><i>Disposiciones Complementarias Transitorias. –</i> <i>[...]</i></p>
--	---	--

	<p><i>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” [énfasis agregado].</i></p> <p>Es así que, se puede concluir que las Gerencias Generales de los Organismos Reguladores no cuentan con competencias para ejercer la función normativa, toda vez que es una facultad reservada exclusivamente para el Consejo Directivo. Esta falta de competencia en el caso particular de OSITPEL, también se encuentra recogida, y se puede apreciar con claridad, en lo establecido en el Reglamento del OSITPEL:</p> <p><i>“Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas” [énfasis agregado].</i></p> <p><i>“Artículo 26.- Carácter Indelegable de la Función Normativa. La función normativa del Consejo Directivo es indelegable, salvo por lo previsto en el inciso j) del Artículo 86 de este Reglamento”. [énfasis agregado].</i></p> <p>De los artículos citados, se desprende que la función normativa es indelegable y solo la ejerce el Consejo Directivo del OSITPEL, por lo que no resulta acorde al principio de legalidad que la Gerencia General regule las especificaciones de las conexiones remotas y de los requerimientos de información a través de instructivos técnicos, más aún cuando estos instructivos regularían las condiciones, alcances, plazos y demás formalidades reconocidas en la normativa.</p> <p>Asimismo, cabe precisar que la norma únicamente reconoce un supuesto en el cual se podría generar la delegación de la función normativa del Consejo Directivo, la cual es el inciso j) del artículo 86 del Reglamento de OSITPEL; sin embargo, en este caso no nos encontramos dentro de la excepción del Reglamento, toda vez que esta contempla que se puede realizar la delegación al presidente del</p>	<p>Tercera. - Encargar a la Gerencia General del OSITPEL la aprobación de los instructivos técnicos para la ejecución de lo dispuesto en los artículos 23 y 25-A del presente Reglamento.</p> <p>Por último, la facultad de aprobar instructivos técnicos que ostenta actualmente la Gerencia General se encuentra prevista en la Sección Primera del ROF del OSITPEL, como parte de las funciones que le pueden ser encargadas por el Consejo Directivo:</p> <p><i>“Artículo 12.- Funciones Corresponde al Gerente General: (...) p) Otras que le encomiende el Consejo Directivo, el Presidente Ejecutivo o que sean propias de su función.”</i></p> <p>Por tanto, es posible concluir que con la aprobación de instructivos técnicos no se estaría vulnerando el principio de legalidad, el cual establece que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas. Teniendo en cuenta esto, es válido que la Gerencia General sea la autoridad competente para la emisión de instructivos técnicos, en tanto el Consejo Directivo le haya encargado la aprobación de los mismos, respaldándose en la normativa previamente desarrollada.</p>
--	--	--

	<p>OSIPTEL - y no la Gerencia General- para que pueda adoptar medidas en situaciones de emergencia:</p> <p><i>“Artículo 86.- Funciones Corresponde al presidente del OSIPTEL: (...) j) En el caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo”.</i></p> <p>En el presente caso, no nos encontramos ante este supuesto, como ha quedado acreditado, por lo que la única excepción contemplada en el literal “j)” del artículo 86 del Reglamento del OSIPTEL <u>no es aplicable a este caso</u>. De los artículos citados, se desprende que la función normativa <u>es indelegable y solo la ejerce el Consejo Directivo del OSIPTEL.</u>, por lo que no resulta acorde al principio de legalidad que la Gerencia General regule las especificaciones de las conexiones remotas y de los requerimientos de información a través de instructivos técnicos.</p> <p>Por otro lado y sin perjuicio de que no resulta acorde a derecho la delegación de la función normativa para la atención, en caso su Despacho decida continuar con la regulación de la conexión remota y requerimientos de información a través de instructivos técnicos, también resulta importante señalar que, dado que a través de dichos instructivos se pretende establecer las características y necesidades deberían seguir el proceso regular establecido para recibir comentarios por parte de los administrados, toda vez que es un requisito previsto en el artículo 27° del Reglamento del OSIPTEL:</p> <p><i>“Artículo 27.- Participación de los interesados <u>Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción.</u></i></p>	
--	--	--

	<p style="text-align: center;">(...)"</p> <p>Asimismo, el artículo 7⁷⁷ del Reglamento del OSIPTEL dispone que "<u>Las decisiones del OSIPTEL serán debidamente motivadas y los proyectos de decisiones normativas y/o regulatorias serán además previamente publicadas para recibir opiniones del público en general.</u> Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que, por su urgencia o necesidad, el Consejo Directivo determine que no queden sujetas al procedimiento de publicación previa"</p> <p>La publicación de los proyectos normativos de los Instructivos Técnicos señalados en el presente artículo, no solo es obligatoria sino también necesaria para que los administrados puedan realizar comentarios y trasladar a su Despacho la evaluación de la viabilidad técnica, económica, comercial, entre otras consideraciones a las propuestas que se realicen mediante los Instructivos, toda vez no es posible realizar dicho análisis en los comentarios al presente proyecto normativo, pues no se especifican cuales serán estas condiciones y especificaciones y que resulta importante que su Despacho considere en la evaluación integral del proyecto:</p> <p style="text-align: center;"><i>"Artículo 27.- Participación de los interesados Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción. (...)"</i></p> <p>Por ende, en caso su Despacho disponga continuar con la publicación de los Instructivos pese a no encontrarse conforme a Derecho, se debe observar la necesidad de publicar los mismos para comentarios a fin de que los administrados puedan trasladar los comentarios que consideren pertinentes y necesarios.</p>	
--	--	--

⁷⁷ "Artículo 7.- Principio de Transparencia

Toda decisión de cualquier órgano funcional del OSIPTEL deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones del OSIPTEL serán debidamente motivadas y los proyectos de decisiones normativas y/o regulatorias serán además previamente publicadas para recibir opiniones del público en general. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que, por su urgencia o necesidad, el Consejo Directivo determine que no queden sujetas al procedimiento de publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados" [énfasis agregado].

II. TEXTO NORMATIVO		
ARTÍCULO DEL PROYECTO A COMENTARIOS		VERSIÓN FINAL DEL ARTÍCULO
Disposiciones Complementarias Transitorias. –		Disposiciones Complementarias Transitorias. –
Cuarta. - Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades supervisoras, así como la definición de aquellas tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas.		Cuarta. - Mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades fiscalizadoras, así como la definición de aquellas tareas de fiscalización que realizarán tales empresas.
IV. COMENTARIOS DE LOS INTERESADOS		
NOMBRE DE QUIEN REALIZA EL COMENTARIO /SÍNTESIS DE LOS COMENTARIOS		POSICIÓN DEL OSIPTEL
VIETTEL PERÚ S.A.C.	Nos remitimos al comentario realizado para el artículo 2 del Proyecto de Reglamento de Supervisión.	Con relación al comentario considerar lo señalado en la posición del OSIPTEL a los comentarios al artículo 2°.