

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANTECEDENTES

En la actualidad, la limitación de los recursos humanos y logísticos no permiten incrementar la presencia fiscalizadora del OSIPTEL, pues el contar únicamente con el personal de planta del mismo regulador para efectuar las actividades de fiscalización, restringe en el caso en concreto, la realización de dichas actividades que podrían ser realizadas por las Entidades Fiscalizadoras a lo largo del país; es así que, en atención a ello, es necesario – para este organismo regulador – contar con una herramienta que permita ejecutar a la Dirección de Fiscalización e Instrucción (en adelante, DFI) la función supervisora por medio de la tercerización y, lograr que, de este modo, se incrementen las intervenciones para garantizar el cumplimiento de las normas de los servicios públicos de telecomunicaciones, en aras de elevar la calidad de dichos servicios en favor de los usuarios y el desarrollo del mercado.

Al respecto, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) prevé en el artículo 59¹ que todas las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, distintas a la emisión de actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse. Siendo esto así, a través del Oficio N° 0000960-2022-PCM-SGP², la Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) precisó que el artículo indicado del TUO de la LPAG corresponde a una norma auto aplicativa, es decir, que la sola entrada de vigencia de la misma es suficiente para producir efectos jurídicos; concluyéndose que no es necesaria la emisión de un Decreto Supremo refrendado por la PCM para que el OSIPTEL tercerice sus actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, sino que solo de considerarlo adecuado, esta podrá emitir disposiciones referentes a la materia.

En relación a lo anterior, mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 259-2021-CD/OSIPTEL se aprobaron las modificaciones al Reglamento General de Fiscalización, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, estableciéndose en su Tercera Disposición Complementaria Transitoria que mediante resolución de Consejo Directivo 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 se realizarán tales empresas, tal como se detalla a continuación:

“Tercera. - 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.”

Asimismo, entre las modificaciones introducidas por la Resolución de Consejo Directivo N° 259-2021-CD/OSIPTEL se definió que el “supervisor” puede ser una Entidad

¹ TUO de la LPAG

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.

² Recibido el 01 de agosto del 2022.



Fiscalizadora debidamente autorizada y acreditada por el OSIPTEL para realizar, en nombre de este, acciones de fiscalización en ejercicio de la facultad supervisora que lo asiste³; entendiéndose como Entidad Fiscalizadora a toda persona jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización.⁴

2. NECESIDAD Y VIABILIDAD DE LA PROPUESTA NORMATIVA

Uno de los objetivos del OSIPTEL es incrementar el número de intervenciones en centros poblados urbanos y rurales; y, de este modo, contar con mayores elementos para exigir a las empresas operadoras la adecuación de su conducta y/o imponer medidas administrativas, de ser el caso, en aras de mejorar la calidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en favor de los usuarios, lo cual se refleja lo acontecido en los últimos años, siendo que, de siete mil seiscientos cuarenta y un (7 641) localidades supervisadas en el año 2017, se prevé - para el presente año- se superen las quince mil (15 000) localidades⁵.

A su vez, la cantidad de materias objeto de fiscalización se ha ampliado respondiendo a normas promulgadas para el sector telecomunicaciones y con diversos fines específicos, como por ejemplo, la normativa referida al Registro Nacional de Equipos Terminales Móviles para la Seguridad orientado a la interdicción del comercio ilegal de equipos terminales móviles y al fortalecimiento de la seguridad ciudadana creado mediante Decreto Legislativo N° 1338⁶, además de la aprobación de normas complementarias para su implementación, aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2020-CD-OSIPTEL⁷; así como también la Norma Técnica relativa a la Implementación del Sistema de Medición Automatizado para la verificación del servicio de acceso a internet, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 0037-2021-CD/OSIPTEL⁸, la cual responde a la importancia del servicio de acceso a Internet, siendo este uno de los cuales se encuentra en constante demanda acentuándose aún más a causa de la reciente pandemia del COVID-19, entre otras normas aprobadas en los últimos años por este organismo.

En consecuencia, de lo expuesto anteriormente, se advierte que los expedientes de fiscalización que se inician respecto a la verificación de determinadas obligaciones, no necesariamente llegan a finalizarse en el plazo correspondiente, pues varios de ellos continúan en trámite, esto debiéndose tanto al incremento de las actividades de fiscalización como a la limitación de recursos logísticos y humanos descrita previamente.

En efecto, establecer el régimen propio del OSIPTEL que refiera específicamente a la tercerización de actividades vinculadas a las funciones de fiscalización permitirá dotar, tanto al regulador como a las demás partes intervinientes, del marco necesario para la aplicación de dicha figura y, por tanto, lograr la satisfacción de los usuarios de los servicios de las telecomunicaciones, a través del permanente escrutinio del desempeño de las empresas operadoras.

³ Artículo 2 literal d) del Reglamento General de Fiscalización modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 00259-2021-CD/OSIPTEL.

⁴ Artículo 2 literal f) del Reglamento General de Fiscalización modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 00259-2021-CD/OSIPTEL.

⁵ Fuente: Plan Operativo Institucional OSIPTEL, diversos años.

⁶ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 6 de enero de 2017.

⁷ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 20 de enero de 2020.

⁸ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 1 de agosto de 2021.



Respecto a la viabilidad de la propuesta, actualmente se tiene, por ejemplo, la experiencia de dos (2) organismos reguladores, tanto del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN) como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA).

Al respecto, OEFA aprobó el Reglamento para la Contratación de Terceros Evaluadores, Supervisores y Fiscalizadores del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 00011-2020-OEFA-CD; mientras que OSINERGMIN cuenta con la “Directiva para la Selección y Contratación de Empresas Supervisoras” mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 198-2020-OS/CD publicada el 17 de julio de 2020 en el diario oficial “El Peruano”.

Ambos documentos mencionados tienen por objetivo establecer criterios, calificación y clasificación de la contratación de las empresas tercerizadas que ejerzan las funciones de fiscalización a cargo de dicha entidad; haciendo referencia a la normativa de contrataciones con el Estado, así como al TUO de la LPAG.

En esta línea, el presente reglamento contiene disposiciones relativas a las actuaciones previas, calificación y clasificación de participantes, los procedimientos de selección y de ejecución contractual, así como el tratamiento de la confidencialidad de datos, responsabilidades del tercero contratante y ciertas pautas para su actuación.

3. ANÁLISIS DEL IMPACTO DE LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN NORMATIVA

Ahora bien, con la finalidad de implementar de manera efectiva la tercerización de la fiscalización ejecutada por la DFI, es necesario establecer obligaciones específicas, aplicables a los interesados en participar en los procedimientos de selección, así como también al personal encargado de la elaboración de los Términos de Referencia de cada contratación.

En efecto, el reglamento en cuestión plantea tanto responsabilidades para estos terceros como prohibiciones que, en concordancia con el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Supremo N° 082-2019-EF y sus modificatorias y, su Reglamento; permitirá brindar mayor seguridad jurídica tanto para la DFI como para las Entidades Fiscalizadas. En base a ello, el presente reglamento establece que no pueden ser participantes, postores y/o contratistas los que se encuentren impedidos de contratar con el Estado, según los supuestos detallados en el artículo 11° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado y sus modificatorias.

Asimismo, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 9° del mismo cuerpo normativo, las entidades de la administración pública son responsables de prevenir y solucionar de manera efectiva los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación; por lo que, este organismo regulador debe asegurarse que los participantes, postores y/o contratistas cumplan con lo siguiente:

- a) No sean los titulares de acciones o participaciones, directores, directivos, representantes legales y apoderados de la Entidad Fiscalizadora; así como su cónyuge o conviviente o quienes tengan relación de parentesco hasta el



segundo grado de consanguinidad o afinidad, incluso hasta doce (12) meses después a la conclusión de la relación con la Entidad Fiscalizada.

- b) No mantengan una relación contractual con los agentes fiscalizados materia del servicio de fiscalización o con empresas del mismo sector que pertenezcan a su grupo económico, excluyendo aquellas en que tengan la calidad de usuario.
- c) No hayan tenido una relación contractual con los agentes fiscalizados materia del servicio de fiscalización o con empresas del mismo sector que pertenezcan a su grupo económico, en los seis (6) meses previos a la convocatoria, excluyendo aquellas en que tengan la calidad de usuario.
- d) No tengan algún conflicto de interés respecto del agente fiscalizado materia del servicio de fiscalización.
- e) Que las personas naturales participantes no se encuentren incurso en alguno de los literales precedentes.

Lo anterior se establece en atención al numeral 1 del artículo 11° del TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, siendo que, los impedimentos para participar, ser postor o contratista del régimen general de contratación; resultan aplicables a todo régimen especial, como es el de la contratación de las empresas tercerizadas por parte de OSIPTEL.

A su vez, dado que el TUO de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que las entidades públicas son responsables de prevenir los conflictos de intereses que puedan surgir en la contratación⁹; el reglamento especifica aquellas condiciones que deberán de cumplir los participantes, postores y/o contratistas que formen parte del procedimiento de contratación; a fin de prevenir dicho conflicto y garantizar el cumplimiento de los principios que rigen las contrataciones; toda vez que, al considerar que una empresa que presta – o haya prestado en un periodo breve anterior- servicios de telecomunicaciones pueda fiscalizar a otra perteneciente al mismo sector o mismo grupo económico, podría colisionar con el ejercicio de las funciones contratadas o viciar la actuación de fiscalización en detrimento de la función de OSIPTEL.

En efecto, se debe tomar en cuenta que el sector de telecomunicaciones es de carácter especializado, por lo que este organismo regulador, en ejercicio de su función supervisora, maneja cierta información que podría comprender en su contenido estrategias comerciales, o secretos industriales de la empresa de manera que afecten las condiciones de competencia en el mercado, la sensibilidad de la información con respecto al mercado, entre otros.

En esa línea de ideas, los supuestos referidos a la prevención del conflicto de intereses responden a criterios de idoneidad que establece el OSIPTEL, con la finalidad de garantizar un servicio de calidad y considerando la importancia de las Entidades Fiscalizadoras cuyo servicio contribuirá al cumplimiento de la función fiscalizadora de este organismo regulador. En tal sentido, corresponde a este organismo prevenir

⁹ “**Artículo 9. Responsabilidades esenciales**

(...)

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



mecanismos de tal naturaleza, y evitar irregularidades en el desarrollo del proceso de contratación.

A su vez en el Reglamento, entre las responsabilidades de las empresas terceras contratadas se prevén las siguientes:

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

Es preciso señalar que estas responsabilidades se enmarcan en las diversas materias que la DFI ha identificado que pueden ser delegadas para acciones de terceros, pues se rigen con la confidencialidad que deberá ser suscrita mediante una declaración jurada al momento de la firma de contrato, con el objetivo de garantizar que la información a ser proporcionada para la ejecución de las prestaciones se mantenga en absoluta reserva y sea empleada solo para los fines que se establezcan en el contrato.



Así también, el Reglamento establece una lista de materias susceptibles a ser tercerizadas, a efectos que se tenga conocimiento previo de las materias que pueden ser materia de tercerización, siendo que, en caso, se requiera agregar otras materias, ello deba contar con la aprobación del Consejo Directivo. A continuación, se detalla las materias susceptibles de tercerización:

- a) Aquellas actividades en las que el personal de la Entidad Fiscalizadora asuma el rol de abonado o usuario sea en la contratación, en trámites relacionados con la prestación del servicio o su suspensión o baja; así como en la sustanciación de un reporte, reclamo, apelación o de una queja. Asimismo, aquellas relacionadas con el registro de hechos en centros de atención al cliente.
- b) Aquellas actividades que coadyuven a la verificación en campo de elementos de la red de acceso, transporte y conmutación e infraestructura propio o de terceros de soporte para prestar servicios públicos de telecomunicaciones, sean estos de alcance nacional, regional o local.
- c) Aquellas actividades que coadyuven a verificar el uso de infraestructura no autorizada.
- d) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización preventiva y las que coadyuven a la verificación del cumplimiento de alertas preventivas impuestas por el OSIPTEL.
- e) Aquellas actividades que coadyuven a verificar la adecuada liberación de interferencias en un proyecto de despliegue de infraestructura.
- f) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de servicios públicos de telecomunicaciones brindados por empresas comercializadoras.
- g) Aquellas actividades que coadyuven a verificar la implementación de adecuados mecanismos preventivos ante contingencias de sismo, desastre natural u otros que no permitan la prestación del servicio público de telecomunicaciones.
- h) Aquellas actividades que coadyuven a la verificación del cumplimiento de las obligaciones asumidas por las Entidades Fiscalizadas, a nivel de contratos de concesión, contratos de financiamiento de proyectos de telecomunicaciones, u otro tipo de contratos que deleguen las funciones de fiscalización al OSIPTEL, en el marco de sus funciones y facultades.
- i) Aquellas actividades vinculadas a la fiscalización de teléfonos públicos, se encuentren ubicados en zonas urbanas o rurales.
- j) Aquellas actividades de medición en campo de parámetros e indicadores vinculados a la calidad de servicio.
- k) Otras materias aprobadas por el Consejo Directivo, relacionadas a las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización.

Sin perjuicio de las materias consignadas, se debe precisar que el proyecto de reglamento fue publicado para comentarios considerando a las actividades de medición en campo referida a la cobertura del servicio como una materia de fiscalización susceptible de ser tercerizada; no obstante, la Resolución N° 151-2023-CD/OSIPTEL¹⁰

¹⁰ Publicada en el diario oficial "El Peruano" el 01 de junio del 2023.



derogó el Reglamento para la Supervisión de la Cobertura de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, por lo que no corresponde su inclusión en el presente Reglamento.

Asimismo, el citado reglamento establece las pautas de actuación que deben de considerar las empresas contratadas, el marco de la realización de las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización asignadas por el OSIPTEL, tal como se detalla:

- a) Realizar previamente a las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización asignadas, la revisión o evaluación exhaustiva de la documentación relacionada con la Entidad Fiscalizada, así como efectuar las coordinaciones necesarias para el desarrollo de la fiscalización.
- b) Redactar las actas de fiscalización, en presencia del personal de las Entidades Fiscalizadas, con quien se entienda la diligencia, respetando su derecho a consignar en dichas actas las observaciones que consideren pertinentes; y, de ser el caso, consignar en ellas la negativa a firmarla. Para esto, deberán aplicar lo dispuesto en el Reglamento General de Fiscalización.
- c) Los informes deben contener una descripción detallada de los hechos constatados, que evidencien el cumplimiento o acrediten el incumplimiento de la normativa o de las disposiciones contractuales materia de fiscalización, adjuntándose la documentación de sustento recibida, dejando en evidencia el cumplimiento de las metodologías de fiscalización definidas por el OSIPTEL que correspondan.

Cabe precisar que, conforme a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL y al Reglamento General de Fiscalización, los planes y métodos de trabajo serán establecidos por el OSIPTEL, en ejercicio de su función fiscalizadora.

A su vez, el OSIPTEL mantiene la competencia exclusiva de emitir actos administrativos que producirán efectos jurídicos sobre las Entidades Fiscalizadas y que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 24° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM y modificatoria, el Consejo Directivo del OSIPTEL es el órgano competente para ejercer de manera exclusiva la función normativa, razón por la cual dicho órgano podrá emitir documentos complementarios para el cumplimiento del reglamento en cuestión.

En tal sentido, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, la aprobación del Reglamento del OSIPTEL permitirá que se incremente el número de intervenciones en centros poblados urbanos y rurales; a través de las Entidades Fiscalizadoras; y, de este modo, este organismo regulador cuente con mayores elementos para exigir a las empresas operadoras la adecuación de su conducta y/o imponer medidas administrativas, de ser el caso, todo ello con el objetivo de mejorar la calidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones.

4. IMPACTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

La normativa propuesta se encuentra en línea con la legislación vigente, siendo que conforme se indicó previamente, a través del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS (TUO de la LPAG) se faculta al OSIPTEL- como entidad administrativa- a poder tercerizar las actividades vinculadas a las funciones de fiscalización, siendo esto acorde a lo



expresado por la Presidencia de Consejo de Ministros (PCM) mediante el Oficio N° Oficio N° 0000960-2022-PCM-SGP. Del mismo modo, el Reglamento General de Fiscalización, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL, dispone en su Tercera Disposición Complementaria Transitoria que mediante resolución de Consejo Directivo se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Entidades Fiscalizadoras. Por tanto, la norma propuesta se realiza en el marco de las citadas disposiciones vigentes.

