

A	:	LENNIN QUISO CORDOVA GERENTE GENERAL (E)
ASUNTO	:	PROYECTO DE NORMA QUE MODIFICA LAS DISPOSICIONES DEL REGLAMENTO GENERAL DE SUPERVISIÓN
REFERENCIA	:	Lineamientos de Calidad Regulatoria, aprobados por Resolución N° 069-2018-CD/OSIPTEL
FECHA	:	17 de diciembre de 2021

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR	SUB DIRECTORA DE INSTRUCCIÓN (E)	RITA AGUILAR RENDON
	COORDINADOR LEGAL	GUSTAVO TORRES LINARES
	SUPERVISOR ESPECIALISTA	GUSTAVO QUISPE RIVERA
	ABOGADO COORDINADOR	ROCIO ANDREA OBREGON ANGELES
REVISADO POR	DIRECTOR DE LA OFICINA DE ASESORIA JURÍDICA	ALBERTO AREQUIPEÑO TAMARA
APROBADO POR	DIRECTOR DE FISCALIZACIÓN E INSTRUCCIÓN	LUIS PACHECO ZEVALLOS



INDICE

I.	OBJETIVO	3
II.	DECLARACIÓN DE CALIDAD REGULATORIA	3
III.	ANTECEDENTES GENERALES	3
	3.1. Marco Normativo	3
	3.2. Antecedentes	3
IV.	REGULACION DE LAS ACCIONES DE FISCALIZACIÓN CON FINES PREVENTIVOS	7
	4.1. Planteamiento o identificación del problema	7
	4.2. Objetivo de la intervención y base legal.-	11
	4.2.1. Objetivo general de la intervención.	11
	4.2.2. Objetivos específicos.	11
	4.2.3. Base legal para la intervención.	11
	4.3. Propuesta normativa y aplicación de la solución seleccionada.-	15
V.	REGULACIÓN DE MECANISMOS Y HERRAMIENTAS APLICABLES AL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN SUPERVISORA DEL OSIPTEL	19
	5.1. Planteamiento o identificación del problema	19
	5.2. Objetivo de la intervención y base legal.-	25
	5.2.1. Objetivo general de la intervención.	25
	5.2.2. Objetivos específicos.	25
	5.2.3. Base legal para la intervención.	25
	5.3. Propuesta normativa y aplicación de la solución seleccionada	29
VI.	REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LA SUPERVISIÓN	31
	6.1. Planteamiento o identificación del problema.-	31
	6.2. Objetivo de la intervención y base legal.-	32
	6.2.1. Objetivo general de la intervención.	32
	6.2.2. Objetivos específicos.	32
	6.2.3. Base legal para la intervención.	32
	6.3. Propuesta normativa y aplicación de la solución seleccionada	39
VII.	DEFINICIONES CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DEL OSIPTEL	42
	7.1. Definiciones de supervisor y entidad supervisora	42
	7.2. Criterios para la determinación de muestras aplicables al ejercicio de la función supervisora	43
	7.3. Definición de Compromiso de Mejora	44
VIII.	DIFUSIÓN DE LA NORMATIVA	45
	8.1. Antes de la aprobación del proyecto la norma	45
	8.2. Después de la aprobación del proyecto de norma	46
IX.	CONCLUSIONES	46
X.	RECOMENDACIÓN	47
XI.	ANEXO I: NORMA QUE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE SUPERVISIÓN	48



I. OBJETIVO

La presente Declaración de Calidad Regulatoria tiene por objetivo, luego de los comentarios recibidos al proyecto de norma que modifica el Reglamento General de Supervisión del OSIPTEL¹, evaluar la pertinencia de realizar cambios normativos al referido Reglamento, a fin de atender distintos problemas evidenciados y relacionados a las actuaciones del OSIPTEL en el marco de su función supervisora, así como para fortalecer y hacer más eficiente la misma, en beneficio de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones y el mercado en general.

II. DECLARACIÓN DE CALIDAD REGULATORIA

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

III. ANTECEDENTES GENERALES**3.1. Marco Normativo**

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

3.2. Antecedentes

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de agosto de 2015, se aprobó el Reglamento General de Supervisión (en adelante, el Reglamento de Supervisión), que contiene las disposiciones normativas que regulan las actuaciones del OSIPTEL destinadas a verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia; además, de cualquier mandato o resolución emitida por el OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de dichas entidades fiscalizadas.

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

El Reglamento de Supervisión además se rige por los principios de transparencia, costo-eficiencia, veracidad, discrecionalidad y prevención. Desde el año 2015, en el que se publicó el Reglamento de Supervisión a la fecha, el OSIPTEL ha recogido diversa casuística propia del ejercicio de su función supervisora, a través de la ejecución de acciones de supervisión y monitoreo. De igual modo, considerando el tiempo transcurrido desde la aprobación del Reglamento de Supervisión, el OSIPTEL realizó una evaluación que le permitió identificar

¹ Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD/OSIPTEL.



diversos antecedentes normativos que resultan aplicables a las disposiciones contenidas en el referido reglamento. Estas disposiciones normativas son:

- El Decreto Legislativo N° 1272 publicado en el diario oficial El Peruano en el año 2016, el cual introdujo un capítulo dedicado a la actividad de fiscalización y cuyo objeto es simplificar, optimizar y eliminar procedimientos administrativos, así como fortalecer las acciones de fiscalización.
- El Decreto Supremo N° 006-2017-JUS que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, publicado en el diario oficial El Peruano en el año 2017.
- El Decreto Legislativo N° 1452, publicado en el diario oficial El Peruano en el 2018, que modificó la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.
- La Resolución de Consejo Directivo N° 255-2018-CD/OSIPTEL publicada en el diario oficial El Peruano en el 2018, mediante la cual se dispuso que se adopten las acciones necesarias para el fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL, a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, según las consideraciones expuestas en el Informe N° 00206-GPRC/2018.
- El Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, que aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante TUO de la LPAG), publicado en el diario oficial El Peruano en el 2019.

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

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.

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

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->.



En este sentido, se considera necesario actualizar la denominación del reglamento, por Reglamento General de Fiscalización, así como del término “supervisión” por “fiscalización” que este contiene, en concordancia con lo dispuesto en el TUO de la LPAG. Este cambio no afecta el reconocimiento al principio de prevención contenido en el Reglamento de Supervisión, así como, tampoco el nuevo enfoque de cumplimiento normativo, de prevención del riesgo, de gestión del riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos, incluido en el TUO de la LPAG.

Cabe precisar que, en términos jurídicos, no existe diferencia alguna entre las funciones de supervisión, fiscalización o inspección, debiendo precisar que todos ellos están referidos, en su fundamento, a aquella actividad material realizada por la autoridad administrativa con la finalidad de verificar el cumplimiento de deberes, prohibiciones y limitaciones que los particulares tienen a su cargo en virtud a las normas, contratos, actos y otras fuentes. 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:

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados (...)

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

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.

Por tanto, el empleo del término “fiscalización” en reemplazo del término “supervisión” no es ni involucra *per se* 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.

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):

“Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción

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



primera instancia administrativa. Depende jerárquicamente de la Gerencia General.” (Énfasis agregado)

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. 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:

“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 Expediente N° 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC (acumulados))”

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.

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 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.

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.

En cuanto a las propuestas de modificación normativas según el análisis efectuado están relacionadas con: i) la supervisión con fines preventivos, ii) los mecanismos y herramientas aplicables a la supervisión, iii) la aplicación de medidas cautelares y, iv) la inclusión de algunos conceptos en el Reglamento de Supervisión.

Teniendo en cuenta lo señalado, a través de la Resolución N° 096-2021-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo aprobó la publicación para comentarios de los interesados del proyecto de Norma que modifica el Reglamento General de Supervisión; el cual fue publicado en el diario oficial El Peruano 17 de junio de 2021.

Como consecuencia de ello, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN⁴, las empresas Telefónica del Perú S.A.A.⁵, América Móvil Perú S.A.C⁶., Entel Perú

⁴ Comunicación S/N, recibida con fecha 5 de julio de 2021.

⁵ Carta N° TDP-2388-AG-GER-21 recibida con fecha 27 de julio de 2021.

⁶ Carta N° DMR/CE/N° 1539/21 recibida con fecha 2 de julio de 2021



S.A.⁷, Viettel Perú S.A.C.⁸, Hughes de Perú S.R.L.⁹, Internexa Perú S.A.¹⁰, Gilat To Home Perú S.A.¹¹, Wi-Net Telecom Perú S.A.C.¹² y Luz del Sur S.A.A.¹³, remitieron sus comentarios al referido proyecto de Norma.

En este sentido, en el presente informe, se analizará la problemática presentada, las alternativas de solución y los comentarios presentados a la propuesta de solución para las mismas.

IV. REGULACION DE LAS ACCIONES DE FISCALIZACIÓN CON FINES PREVENTIVOS

4.1. Planteamiento o identificación del problema

En el marco de lo dispuesto actualmente por el artículo 6 del Reglamento de Supervisión¹⁴, el OSIPTEL realiza monitoreos de manera facultativa, con la finalidad de tomar conocimiento del desempeño de las entidades fiscalizadas en el mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. El empleo de los monitoreos fue introducido para complementar las labores de supervisión del OSIPTEL encaminadas a efectivizar el cumplimiento de las obligaciones a cargo de las entidades fiscalizadas.

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

De acuerdo con las Condiciones Generales descritas en el “Procedimiento de Monitoreo” (P-PSU-01), el monitoreo puede darse de dos formas. Por un lado, a través de los monitoreos planificados, de acuerdo con la normativa o reglamento a evaluar para tomar conocimiento del desempeño de las entidades monitoreadas; o, por el otro, a través de monitoreos reactivos, que se realizan al identificar potenciales incumplimientos normativos¹⁵. Conforme al Procedimiento de Monitoreo P-PSU-01, el resultado de un monitoreo puede consistir en¹⁶:

⁷ Cartas N° CGR-1741/2021 recibida con fecha 2 de julio de 2021 y N° CGR-1825/2021 recibida con fecha 12 de julio de 2021.

⁸ Carta N° 0566-2021/DL recibida con fecha 2 de julio de 2021.

⁹ Cartas S/N recibidas con fecha 12 y 19 de julio de 2021.

¹⁰ Carta S/N recibida con fecha 2 de julio de 2021.

¹¹ Carta N° GL-241-2021 recibida con fecha 2 de julio de 2021.

¹² Carta S/N recibida con fecha 13 de julio de 2021.

¹³ Comunicación S/N, recibida con fecha 2 de julio de 2021.

¹⁴ **Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL**

Artículo 6.- Monitoreo

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

¹⁵ **Procedimiento Monitoreo P-PSU-01**

8. Condiciones Generales:

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

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

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

¹⁶ **Procedimiento Monitoreo P-PSU-01**

8. Condiciones Generales:

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

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

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

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



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

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

Destaca también, con ocasión de la realización de monitoreos, el empleo de las denominadas Comunicaciones Preventivas. Así pues, con ocasión de los monitoreos realizados, la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL (en adelante DFI)¹⁷, puede advertir problemas en el cumplimiento de determinadas obligaciones y comunicar a la entidad supervisada correspondiente la ocurrencia de los mismos a efectos de que ésta tome las acciones correspondientes para su corrección. Esto se efectúa conforme a lo previsto en el artículo 7 del Reglamento de Supervisión¹⁸.

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

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

Fuente: DFI

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

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

En efecto, del desarrollo de los monitoreos que ha venido realizando la DFI, se han identificado diversos cuestionamientos por parte de las entidades fiscalizadas; respecto del alcance del monitoreo, las facultades del OSIPTEL para solicitar información en el marco de

¹⁷ Antes Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

¹⁸ **Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL**

Artículo 7.- Comunicación Preventiva

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



los monitoreos o del tipo de mecanismos utilizados para su ejecución. Estos cuestionamientos dotados de una connotación “contenciosa”, no solo afectan la conclusión expeditiva de los monitoreos, sino también la tutela de los bienes jurídicos a cargo de OSIPTEL.

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

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

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

DC = Días calendario

Fuente: DFI

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

DC = Días Calendario

Fuente: DFI

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

Como se indicó anteriormente, las entidades monitoreadas cuestionan los requerimientos de información formulados por el OSIPTEL, oponiéndose al alcance de estos¹⁹. De hecho, este

¹⁹ Actualmente, entre las acciones de monitoreo que pueden realizarse destacan las siguientes de forma enunciativa:

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



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

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

Así pues, en el caso de Telefónica del Perú S.A.A.²⁰ (en adelante Telefónica) y Viettel Perú S.A.C.²¹ (en adelante Bitel) han indicado que los requerimientos de información que realiza el OSIPTEL en el marco de los monitoreos, deben sustentarse en norma legal y en atención al Principio de Legalidad dispuesto en el TUO de la LPAG, y han cuestionado que dichos monitoreos puedan realizarse con la información requerida, dado que a su entender debieron realizarse con acciones de supervisión en campo. Es decir, que Telefónica y Bitel han cuestionado el mecanismo empleado por el Regulador para la realización del monitoreo.

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

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

Cabe recordar que los monitoreos no son una condición previa y necesaria para la supervisión por su carácter facultativo, pues su carácter es facultativo, pero, cuando tienen lugar, pueden concluir en la recomendación de iniciar una supervisión, con lo cual, si el monitoreo se retrasa, también se retrasa la supervisión²².

Dado que nos encontramos ante la regulación del ejercicio de competencias administrativas por parte del OSIPTEL, los problemas aquí identificados no son pasibles de ser solucionados

- Usar herramientas colaborativas, así como herramientas de usuario;
- Reuniones técnicas con personal de las empresas supervisadas, a efectos de exponer los indicios de incumplimientos o potenciales incumplimiento a fin de propender a su solución.

²⁰ Carta Nro. TDP-2822-AR-GGR-20.

²¹ Carta N° 02496-2020/DL.

²² En el mismo sentido lo indica el Procedimiento N° P-PSU-01 – “Monitoreos”, el cual señala que:

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

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



por el mismo mercado. Del mismo modo, la sola actuación de los agentes monitoreados no puede resolver por sí misma los problemas aquí evidenciados, porque involucran potestades enteramente públicas que no son conducidas a libertad de las entidades monitoreadas o los agentes materia de supervisión.

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

4.2. Objetivo de la intervención y base legal.-

4.2.1. Objetivo general de la intervención.

La intervención normativa tiene como objetivo general el fortalecimiento y mejora de la eficacia y eficiencia de la función supervisora del OSIPTEL, en beneficio de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones.

4.2.2. Objetivos específicos.

El objetivo general podrá alcanzarse mediante los siguientes objetivos específicos:

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

4.2.3. Base legal para la intervención.

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

“Artículo 3.- Funciones

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

(...)

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

Por su lado, la LDFP define y delimita las facultades del OSIPTEL, para supervisar a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a su competencia y el Reglamento de Supervisión, regula específicamente las actividades respecto a las cuales se han identificado los problemas descritos anteriormente e incluye entre los principios aplicables al ejercicio de la función supervisora al Principio de Prevención, en virtud del cual el accionar del OSIPTEL no debe enfocarse exclusivamente en la adopción de mecanismos correctivos o punitivos por incumplimiento de obligaciones



técnicas, contractuales o legales, sino también en prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones.

Asimismo, de conformidad con lo indicado en la Sección Primera del ROF del OSIPTTEL, la DFI es la responsable de promover, -con un enfoque de prevención-, y de supervisar el cumplimiento de las obligaciones por parte de las entidades fiscalizadas como se cita a continuación:

“Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción

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

En cuanto a las disposiciones comunes que prevé el TUO de la LPAG, se deben considerar los artículos contenidos en el Capítulo II del Título IV referidos a la regulación de la actividad administrativa de fiscalización, los cuales fueron incorporados en diciembre de 2016 mediante la reforma aprobada por el Decreto Legislativo N° 1272.

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

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

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

(...) (Énfasis agregado)”

“Artículo 245.- Conclusión de la actividad de fiscalización

(...)

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

Este enfoque preventivo propuesto en el TUO de la LPAG para el ejercicio de la actividad de fiscalización, debe ser considerado como parámetro normativo para reformar el actual ejercicio de actividades de monitoreo por parte del OSIPTTEL bajo el actual Reglamento de Supervisión. Estos parámetros justificarán la introducción de reformas al Reglamento de Supervisión sin descuidar el seguimiento de la actuación de las entidades fiscalizadas y, principalmente, procurando que estas últimas conozcan sus obligaciones y las cumplan considerando:

i. Procura del cumplimiento normativo. -



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

La finalidad del TUO de la LPAG no es sancionar las conductas infractoras, sino llegar a un estado de cumplimiento de las normas, 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. Como advierte la doctrina, la supervisión administrativa reviste una connotación educativa e informadora²³ que será empleada para, en primera instancia, informar al particular sobre las obligaciones a su cargo, los mecanismos a su alcance para su cumplimiento y la advertencia respecto a las consecuencias de mantenerse en un estado de incumplimiento. Solo de no lograrse los resultados esperados, en un segundo momento corresponderá evaluar las acciones a tomar en consideración o preparar los actuados para un eventual procedimiento sancionador.

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

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

Finalmente, destaca lo dispuesto en el numeral 245.2 del TUO de la LPAG, según el cual “las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión”. Estamos, por tanto, ante el reconocimiento expreso de que, en algunas ocasiones, la supervisión únicamente tendrá un propósito preventivo, educador o informativo, pues el objetivo no es imponer el castigo sino lograr el cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones administrativas.

ii. Prevención y gestión del riesgo:

La supervisión requiere encaminar los recursos públicos empleados en la fiscalización administrativa por aquellos cauces donde se advierta una mayor incidencia del incumplimiento y una mayor necesidad de prevención. En otras palabras, la supervisión debe

²³ Cfr. Morón Urbina, J.C. La nueva regulación común de la actividad administrativa de supervisión en el Derecho peruano. En: Moreno Molina, Á. y otros (Coord.) Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso. Madrid: Tirant lo Blanch. 2018. pp. 1549-1600; IZQUIERDO CARRASCO, Manuel. Fiscalización, supervisión e inspección administrativa: aproximación conceptual crítica y caracteres generales en el Derecho peruano. En: ZEGARRA, Diego (Coord.). La proyección del Derecho administrativo peruano. Lima: Palestra Editores. 2019. pp. 404-405; SÁNCHEZ POVIS, Lucio. El enfoque preventivo y la labor educadora de la fiscalización administrativa en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo. En: ZEGARRA, Diego (Coord.). La proyección del Derecho administrativo peruano. Lima: Palestra Editores. 2019. pp. 445-466.



focalizarse en aquellos ámbitos donde, de producirse el incumplimiento, se generarán los más graves perjuicios al bien e interés público tutelados.

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

iii. Tutela de los bienes jurídicos protegidos:

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

Estos elementos que definen el nuevo enfoque de fiscalización propuesto en el TUO de la LPAG se refieren a lo que se conoce como regulación responsiva o lo que otros denominan perspectiva de la luz verde²⁴. Es decir, la idea de que la regulación (intervención) debe responder a las circunstancias, al contexto, etc.²⁵., atendiendo a una serie de estrategias dependiendo del caso.

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

“Artículo 3.- Funciones

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

(...)

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

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

²⁴ MONTT, Santiago. Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurisdicadora del derecho administrativo y sus principios fundamentales. En: DE LA CUÉTARA, Juan y otros (Coord.). Derecho Administrativo y Regulación Económica. Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. Madrid. 2011, pp. 18-23.

²⁵ AYRES, Ian y BRAITHWAITE, John. Responsive regulation. Transcending the deregulation debate. Oxford: Oxford University Press. 1992. p. 5.



Finalmente, de acuerdo a lo dispuesto corresponde incluir en el Reglamento las modificaciones que desarrollen la ejecución de fiscalizaciones con fines preventivos por parte de los órganos competentes del OSIPTEL.

4.3. Propuesta normativa y aplicación de la solución seleccionada.-

Acorde al análisis realizado en el Informe N° 143-DFI/2021, luego de la evaluación de las alternativas disponibles considerando un Análisis Multicriterio (AMC), se definió como alternativa elegida la de aprobar disposiciones similares que viabilicen la ejecución de fiscalizaciones por parte de los órganos del OSIPTEL y que cumplan eficazmente con su rol preventivo e informador y, sobre todo, lo concreten en tiempos oportunos.

Tal como se indicó previamente si bien el monitoreo ha dado resultados a la función supervisora del OSIPTEL, con el desarrollo de este mecanismo a la fecha se ha revestido de un carácter “procedimental” que supone un agregar una etapa anterior a la ejecución de una “supervisión”, cuando en realidad se busca que sea una herramienta más, que está comprendida dentro de ella y que por tanto no debería, regularse de forma separada.

Es en ese sentido, considerando la experiencia recogida, así como el nuevo enfoque de la actividad de fiscalización contenida en el TUO de la LPAG, se regula la fiscalización con fines preventivos, cuya finalidad estaría principalmente orientada a cumplir adecuadamente los mismos objetivos para los cuales fueron reguladas, en su momento, las acciones de monitoreo; es decir, realizar un seguimiento oportuno, - sin mayores retrasos-, al cumplimiento de determinadas obligaciones a cargo de las entidades fiscalizadas, procurando su cumplimiento voluntario y, de ser el caso, requiriendo a dichas entidades información sobre las acciones a adoptar para adecuar su conducta a lo exigido por las normas vigentes y sin mayor implicancia punitiva (salvo en aquellos casos en los cuales se advierta la comisión de un presunta infracción).

Es así que, la regulación expresa de las fiscalizaciones preventivas, se enmarcan dentro del enfoque de cumplimiento normativo, de prevención y gestión del riesgo y tutela de bienes jurídicos protegidos, previsto en el artículo 239 del TUO LPAG. De igual modo, las fiscalizaciones preventivas están orientadas dentro lo dispuesto en el artículo 245.2 del TUO de la LPAG que señala que “las entidades procurarán realizar algunas fiscalizaciones únicamente con finalidad orientativa, esto es, de identificación de riesgos y notificación de alertas a los administrados con la finalidad de que mejoren su gestión”.

Esta propuesta de solución se fundamenta, también, en la experiencia de algunas entidades como el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental – OEFA²⁶, la Superintendencia

²⁶ Reglamento de Supervisión del OEFA - Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA-CD

“Artículo 13.- Supervisión Orientativa

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

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

13.3 Dicha supervisión concluye con la conformidad de la actividad desarrollada, la recomendación de implementar mejoras en la unidad fiscalizable, la identificación de riesgos y emisión de alertas para cumplir las obligaciones fiscalizables, o, excepcionalmente, la imposición de medidas administrativas que se consideren necesarias. (Énfasis agregado)”.



Nacional de Educación Superior Universitaria – SUNEDU²⁷, el Ministerio de Educación²⁸, la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – SUNASS²⁹ que tienen regulada la opción de realizar acciones de supervisión únicamente con propósitos preventivos (informadores o educativos), aunque bajo distintas denominaciones, que buscan el cumplimiento normativo por parte de los sujetos supervisados. Asimismo, se advierte que las entidades que emplean acciones de monitoreo, resaltan su carácter no controvertido o contradictorio de éste, que puede retardar esta labor, con la expresa alusión a que estas acciones de monitoreo no vinculan a futuras acciones de supervisión y sanción.

En cuanto al resultado de las fiscalizaciones preventivas, se ha considerado lo dispuesto en artículo 245 del TUO de la LPAG, que señala:

“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.**

²⁷ **Reglamento de Supervisión de la SUNEDU - Resolución de Consejo Directivo N° 006-2017- SUNEDU-CD**

“Artículo 21.- Conclusión de las acciones de supervisión

Las acciones de supervisión podrán concluir en:

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

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

21.3 La advertencia de la existencia de incumplimientos no susceptibles de ameritar la determinación de responsabilidades administrativas. (...)” (Énfasis agregado)

Resolución de Consejo Directivo N° 075-2017-SUNEDU-CD

“DISPOSICIONES FINALES

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

²⁸ **Decreto Supremo N° 007-2020-MINEDU, que aprobó el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1476:**

“Artículo 6. Supervisión

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

(...)

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

²⁹ **Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS - Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD**

“Artículo 6-A.- Acciones de monitoreo

La SUNASS, de oficio, de acuerdo a los recursos con los que cuente, podrá realizar acciones de monitoreo, incluyendo el establecimiento de líneas base, con la finalidad de conocer el desempeño de los administrados respecto de las actividades referidas a la prestación de los servicios de saneamiento.

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

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

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



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.”

Es así que la fiscalización preventiva permite a la administración constatar que la actividad que viene desarrollando la administrada se encuentra acorde con lo que exige la obligación verificada, o por el contrario encontrar hallazgos que podrían generar un riesgo de incumplimiento. De ahí que, en atención a la finalidad preventiva, corresponde que la administración emita una Alerta Preventiva poniendo en conocimiento dichos hallazgos a la administrada a fin que adecue voluntariamente su conducta para corregirlos y evitar que se produzca un incumplimiento.

Asimismo, es importante considerar que la actividad de fiscalización no solo tiene un fin preventivo sino también correctivo o de restitución de la legalidad, en salvaguarda de los derechos de los administrados y de los bienes jurídicos protegidos, de ahí la importancia 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. De este modo se busca alcanzar el fin preventivo y de ejecución de acciones de corrección voluntarias, por tanto, se prevé que la entrega de información requerida en la Alerta Preventiva sea obligatoria, ello con la finalidad de realizar un control posterior y evaluación de la efectividad de las referidas alertas. Al respecto, cabe citar a Morón, J.C. (2020)³⁰ que señala respecto a las alertas que emita la administración que, “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.”

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. De igual modo, la publicación del Registro de Alertas Preventivas en la web del regulador, 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.

Finalmente, considerando la inclusión de la fiscalización con fines preventivos, se considera necesario por carecer ya de utilidad, la eliminación de las “Medidas de Advertencia”, además debido a que han tenido una aplicación limitada dado que contiene supuestos de aplicación específicos que en la práctica no suelen ser recurrentes.

La adopción de esta alternativa ofrece diferentes ventajas:

- a) Solución normativa de los defectos advertidos en la ejecución de los monitoreos, como la generación de plazos excesivos cuando se ejecutan de manera posterior acciones de supervisión, mediante la derogación de los mismos.

³⁰ 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.

- b) Contar con un mecanismo de fiscalización con enfoque preventivo, que permitirá ejecutar acciones, - según la obligación fiscalizada-, con mayor flexibilidad y de un modo más expeditivo, mediante el uso de los diversos mecanismos y modalidades previstos en el reglamento.
- c) Incorporar un marco normativo para el desarrollo de fiscalizaciones preventivas que permitirá realizar un seguimiento oportuno del cumplimiento de determinadas obligaciones y, obtener de las entidades fiscalizadas, información sobre las acciones que puede adoptar voluntariamente su actividad al cumplimiento, en aras de salvaguardar el bien jurídico protegido por la fiscalización.

La propuesta es posible de acoger, ya que no solo resalta el carácter fundamental del ejercicio de la facultad de fiscalización para la concreción del cumplimiento de las obligaciones o de la observancia de las prohibiciones planteadas en el ordenamiento jurídico administrativo, sino contempla el enfoque de cumplimiento normativo contemplado en el TUO de la LPAG, que no busca sancionar las conductas infractoras, sino llegar a un estado de cumplimiento de las normas, mediante 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.

En ese sentido, se propone sustituir el artículo 30 e incluir el Capítulo VI en el Título III del Reglamento de Supervisión, conforme al siguiente texto:

“Artículo 30.- Alertas Preventivas

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.

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

- 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.*

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

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

“CAPITULO VI

FISCALIZACIONES PREVENTIVAS

Artículo 33.- Fiscalización preventiva

La fiscalización preventiva tiene por objetivo prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones por parte de las entidades 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.

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.

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.”*

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

5.1. Planteamiento o identificación del problema

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

En los últimos años, el OSIPTEL ha venido privilegiando el empleo de la tecnología, para las actividades de fiscalización, por ejemplo, mediante el uso de correos electrónicos, servidores o plataformas electrónicas administradas por la propia autoridad administrativa y, también a través del acceso y conexión remota a los sistemas informáticos y bases de datos pertenecientes a la entidad fiscalizada, que permite acceder inclusive a información en tiempo real.

La virtud de estas fiscalizaciones remotas es evidente: permite un acceso inmediato (en tiempo real) a la administración y facilita la advertencia oportuna de riesgos o la comisión de incumplimientos que le facultan a requerir expeditivamente su corrección a la entidad fiscalizada. Asimismo, reduce los tiempos de ejecución de las acciones de fiscalización que se generan ante el incumplimiento de plazo de entrega por parte de las entidades fiscalizadas de los requerimientos de información realizados por el regulador o por el envío de información incompleta o inexacta.

Es así que mediante la Resolución N° 255-2018-CD/OSIPTEL, el Consejo Directivo dispuso que se adopten las acciones necesarias para el fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL, a través del acceso remoto a los sistemas informáticos y las bases de datos de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, en atención a las facultades establecidas en la LDFF, que señala:



“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.

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.”

De igual modo, la LDFP señala lo siguiente respecto a la entrega de información mediante mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares:

“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

(...)

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)”

Es así que, a la fecha y con base en lo dispuesto en los artículos 12³¹, 13.2³², 15³³ y 16³⁴ de la Ley N° 27336, el OSIPTEL ha requerido válidamente a las empresas operadoras información para implementar este mecanismo de supervisión, tanto para el acceso mediante conexión remota a los sistemas informáticos y bases de datos, así como para la entrega de información a través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales fines.

En efecto, el OSIPTEL ya cuenta con experiencias de habilitación de conectividad remota y acceso a sus sistemas de gestión de red de modo gratuito por parte de las entidades fiscalizadas, quienes asumieron los costos de implementación. Dichas experiencias se detallan a continuación:

³¹ Ley N° 27336

Artículo 12.- Inicio de la acción de supervisión

(...)

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

³² Ley N° 27336

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

³³ Ley N° 27336

“Artículo 15.- Facultades de supervisión

En cualquier acción de supervisión, los funcionarios responsables de efectuarlas, las gerencias o las instancias competentes de

OSIPTEL, dentro de los límites establecidos en el Artículo 8 de la presente Ley, están facultados para:

(...)

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

³⁴ Ley N° 27336

“Artículo 16.- Obligaciones de las entidades supervisadas

Las entidades supervisadas se encuentran obligadas a:

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

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

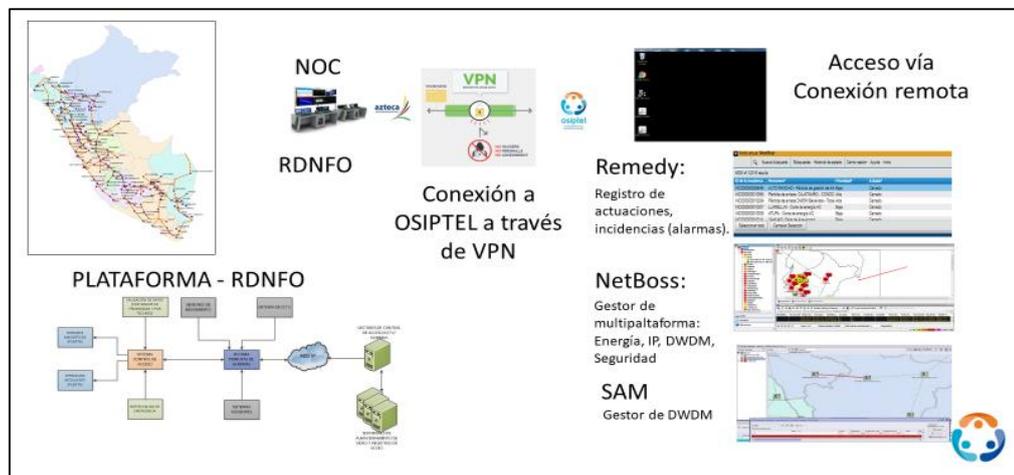


a) Acceso remoto a sistemas NMS del operador Azteca

En el marco de lo estipulado en el numeral 19.4³⁵ del contrato de concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica, el concesionario debe permitir al concedente y al OSIPTEL el acceso físico a su NOC, así como proporcionar terminales pasivos (“read only”) para el acceso al Network Monitor System (en adelante, NMS). En ese marco, en coordinación con el concesionario, el OSIPTEL cuentan con acceso remoto en la modalidad “Client to Site”³⁶, a través de VPNs, a los sistemas SAM 5620³⁷, NETBOSS³⁸ y Remedy³⁹ del operador Azteca⁴⁰ (Ver figura 1).

Figura 1

Acceso a sistemas de gestión de red del operador Azteca, a través de conexiones VPN



Nota: Elaboración DFI

b) Acceso remoto a sistemas OSS de los operadores adjudicatarios de la Banda 698-806 MHz a nivel nacional

³⁵ Cláusula 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) por éstos, acceder físicamente al NOC que deberá implementar; así como proporcionar terminales pasivos (“read-only”) 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.

³⁶ VPNs del tipo “Client to Site”

En este tipo de VPNs, un dispositivo se conecta a través de un software cliente VPN³⁶ a una red corporativa de manera remota, usualmente de manera temporal, utilizando para ello una conexión de Internet. De esta forma, por cada usuario que se quiera conectar a una red remota a través de dicha modalidad, se debe realizar la instalación o configuración del software cliente VPN para el establecimiento del túnel VPN.

³⁷ Sistema SAM 5620 del proveedor NOKIA (anteriormente, Alcatel-Lucent), utilizado para la gestión de los nodos DWDM.

³⁸ Gestor multiplataforma para el monitoreo de alarmas de nodos DWDM, IP, Energía, Seguridad, etc.

³⁹ Gestor para el registro y seguimiento de incidencias.

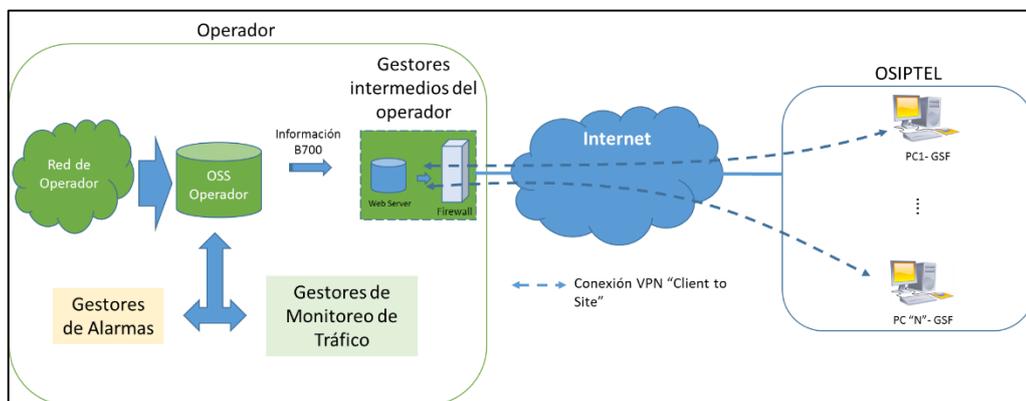
⁴⁰ Para dicha conexión, AZTECA brinda al OSIPTEL el software para el establecimiento de la VPN en las PCs designadas para el acceso remoto. Asimismo, el operador en coordinación con el OSIPTEL, configura el perfil de los accesos a los sistemas identificados y dispone de las licencias necesarias para acceder a los mismos, a través de un escritorio remoto.



En el marco del cumplimiento de lo establecido en el numeral 11.5⁴¹ del contrato de concesión y asignación de espectro en la Banda 698-806 MHz a nivel nacional (en adelante Banda 700 MHz) para la explotación de servicios móviles avanzados soportados en tecnologías 4G, el OSIPTEL solicitó a los concesionarios de dicha banda que implementen y brinden acceso a diversos indicadores de desempeño de su red, para lo cual en el año 2018, se culminó la implementación de los accesos remotos que permiten al OSIPTEL acceder a través de conexiones VPN⁴² del tipo “Client to Site” (Ver figura 2).

Figura 2

Implementación VPN “Client to Site” en el marco del contrato de la banda de 700 MHz



Nota: Elaboración DFI

c) Acceso remoto a los expedientes de reclamos

En el marco de lo estipulado en el artículo 11⁴³ de la Resolución de Consejo Directivo N° 047-2015-CD-OSIPTEL y sus modificatorias, se dispuso la obligación para que las

⁴¹ "11.5 Supervisión y 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 menor de sesenta (60) días hábiles antes de la Fecha de Inicio de Operaciones. El OSIPTEL se pronunciará en un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles contabilizados desde la fecha de su presentación.” (Subrayado propio).

⁴² Virtual Private Network.

⁴³ Resolución de Consejo Directivo N° 045-2015-CD/OSIPTEL

Artículo 11°.- Mecanismos adicionales de acceso e información del expediente

Adicionalmente a lo previsto en el artículo anterior, tanto el OSIPTEL como las empresas operadoras que cuenten con una cantidad mayor a 500,000 abonados a nivel nacional, según corresponda, deberán implementar mecanismos idóneos que permitan a los abonados y/o usuarios acceder al expediente asociado a su reclamo, en formato digital y con valor legal; así como conocer el estado de su tramitación y el plazo para obtener una respuesta al mismo, a través de:

1. Soportes o medios informáticos ubicados en las oficinas o centros de atención a usuarios de la empresa operadora y en las dependencias del OSIPTEL; y,
2. Mecanismos en línea en la página web de Internet de la empresa operadora y del OSIPTEL, mediante una cuenta o clave secreta que deberá ser proporcionada al usuario, cuando éste la solicite. En el caso de las empresas operadoras



empresas operadoras con más de 500,000 abonados a nivel nacional, implementen un sistema interconectado con el OSIPTEL de tal manera que el regulador tenga acceso permanente y directo a los expedientes de reclamos, así como a la información registrada sobre su estado.

De igual modo cabe indicar que este mecanismo de acceso remoto a información de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones mediante la conexión a sus sistemas o plataformas, no es ajeno al sector telecomunicaciones. El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante MTC), también viene solicitando a las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, el acceso remoto y gratuito a sus sistemas y los gestores de desempeño (OSS), como se detalla a continuación:

- **Reglamento de Reordenamiento de Bandas de Espectro**

De acuerdo con lo indicado en el literal i) del artículo 17.1 del Decreto Supremo N°016-2018-MTC⁴⁴, por el cual se aprueba el Reglamento Específico para el Reordenamiento de una banda de frecuencias, se exige a los operadores sujetos al Reordenamiento debe habilitar de manera gratuita un acceso en línea remoto y en tiempo real para que, desde la sede principal del MTC, se pueda visualizar los sistemas de gestión de operaciones (OSS).

- **Contratos de financiamiento de las Redes Regionales**

De acuerdo con lo indicado en el numeral 6.6 de las Especificaciones Técnicas de los Proyectos Regionales (Anexo 8-B de las Bases), se contempla la obligación a las empresas concesionarias de dichos proyectos, desarrollen e implementen aplicativos que le permitan al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL (hoy, Programa Nacional de Telecomunicaciones - PRONATEL) la monitorización y seguimiento de la red de acceso, a través de un subsistema de seguimiento en la etapa de operación de las redes regionales. Asimismo, se define que dicho subsistema de seguimiento deberá proporcionar un sistema de monitoreo en línea por internet, mediante web y/o cliente NMS, accesible en modo lectura desde las oficinas del PRONATEL, hacia todos los registros de alarmas, de parámetros adicionales, entre otros, señalados en el Apéndice 18 de las Especificaciones Técnicas.

Con relación a la experiencia de otros organismos reguladores de nuestro país cabe indicar que la SUNASS, según se dispone en su Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD y sus modificatorias, ha regulado en su Anexo 2, procedimiento de

dichos mecanismos se incluirán en el vínculo denominado "Información a Abonados y Usuarios" de su página web de Internet.

⁴⁴ Decreto Supremo N.º 016-2018-MTC que aprueba el Reglamento Específico para el Reordenamiento de una banda de frecuencias

Artículo 17.- Obligaciones de las operadoras

17.1 Las operadoras que: i) obtienen el derecho de uso por Concurso Público en la Banda y han manifestado su voluntad de ingresar al Reordenamiento y mi) son titulares de derechos de uso en la Banda obtenidos por cualquier mecanismo que no sea por concurso público, como consecuencia de la asignación resultante del Reordenamiento, deben:

(...)

i) La operadora sujeta al Reordenamiento debe habilitar de manera gratuita un acceso en línea remoto y en tiempo real para que, desde la sede principal del MTC, se puedan visualizar los sistemas de gestión de operaciones (OSS), para efectos de verificar las obligaciones de las operadoras con el MTC, de acuerdo a las condiciones y procedimiento de implementación que se detallan en el Anexo II.



“Transferencia de Información Periódica EPS - SUNASS”. En dicho anexo se indica que cita entre sus medios de reporte de la información a los archivos electrónicos de tipo de formato texto u otro a ser remitidos por medio electrónico. Mediante el Oficio Circular 001-2007-SUNASS-030 del 20 de marzo del 2007, se realice a través del software “Sistema de captura y transferencia de datos” (SICAP). El SICAP es una aplicación informática utilizada por las entidades prestadores de servicios de saneamiento para el proceso de recopilación y transferencia de los datos vía mecanismo FTTP a la SUNASS.

De otro lado, con relación a la experiencia internacional sobre conectividad a los sistemas OSS de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, es relevante mencionar el caso colombiano. En la Normativa 5078 de fecha 29 de diciembre de 2016, la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (en adelante, CRC), contempla en el numeral 5.1.3.6⁴⁵, la obligación de acceso a los gestores de desempeño (OOS) por parte de los operadores de telecomunicaciones al Ministerio de Tecnología de la información y las Comunicaciones. Asimismo, en el numeral 5.1.3.7, se indica que los operadores deberán habilitar los perfiles de usuario definidos por el Ministerio de TIC, brindando todo el soporte operacional (Red Privada Virtual, conexión remota, entre otros), debiendo estar habilitados ininterrumpidamente las 24 horas del día, todos los días del año.

Con relación al problema identificado, cabe señalar que muchas entidades fiscalizadas han cuestionado que, en ejercicio de las facultades del OSIPTEL, se les requiera información para implementar una conexión remota a sus sistemas informáticos y bases de datos, cuando esta solo debería ser presentada para efectos de una supervisión y únicamente en el marco del objeto de la misma. En estos casos, según argumentan que no se estaría supervisando propiamente, sino requiriendo únicamente información para permitir accesos a sistemas y bases de datos privadas sin amparo normativo⁴⁶ ni reglamentación expresa, lo que ha generado retrasos al regulador del proceso de implementación de los referidos mecanismos.

Al respecto, es importante indicar que la falta de desarrollo específico en el reglamento actual del mecanismo de acceso remoto a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades fiscalizadas, no impide que este se utilice actualmente en el marco de la normativa antes descrita, sin embargo, que, al igual que los otros mecanismos de la supervisión como los requerimientos de información, este pueda tener un desarrollo en el reglamento. Esto incluirá las condiciones bajo las cuales serán utilizados estos mecanismos con la delimitación de los aspectos técnicos, a efectos de brindar predictibilidad y seguridad jurídicas a las

⁴⁵ RESOLUCIÓN 5078 DE 2016

ARTÍCULO 5.1.3.6. OBLIGACIÓN DE ACCESO A LOS GESTORES DE DESEMPEÑO (OSS) Y/O HERRAMIENTAS DE LOS PRSTM. Los PRSTM deberán permitir al Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones el acceso directo a sus gestores de desempeño (Operación and Support Sistema -OSS) y/o herramientas que almacenan los contadores de red y/o alarmas de los diferentes proveedores de equipos, los cuales permitan descargar la información fuente requerida para el seguimiento y verificación de los indicadores de calidad definidos en el CAPÍTULO I del TÍTULO V. Además, deberán poner a disposición del Ministerio de TIC la documentación técnica generada por los fabricantes de equipos en donde se pueda detallar la operación del OSS frente a su módulo de reporte de información y/o la descripción y significado de los contadores de red.

El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones adoptará las acciones necesarias para garantizar la confidencialidad de la información obtenida a partir de esta medida, la cual deberá ser espejo de la que repose en el sistema de almacenamiento estadístico centralizado de cada uno de los proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones móviles.

⁴⁶ La posición de muchos agentes del sector puede resumirse en las siguientes comunicaciones:

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



entidades fiscalizadas y plazos de implementación para que puedan adecuar sus sistemas y bases de datos, que permitan a regulador ejercer correctamente estas atribuciones.

En consecuencia, corresponde que el OSIPTEL en ejercicio de sus potestades normativas, incorpore las modificaciones necesarias al Reglamento de Supervisión que contengan disposiciones expresas que desarrollen los mecanismos de conexión remota para el acceso a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades fiscalizadas, así como, los mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales, para la entrega de información.

5.2. Objetivo de la intervención y base legal.-

5.2.1. Objetivo general de la intervención.

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

5.2.2. Objetivos específicos.

El objetivo general podrá alcanzarse mediante los siguientes objetivos específicos:

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

5.2.3. Base legal para la intervención.

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

En el caso particular del OSIPTEL, en la LDFF se indica lo siguiente:

“Artículo 2.- Definiciones

*Para efectos de la presente norma, se entiende por:
(...)*

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

Es así que en la LDFF reconoce el ejercicio de la facultad de supervisión de forma amplia, y sin limitar taxativamente el universo de técnicas o herramientas que para tal fin pueden emplearse, ni tendría por qué hacerlo. Esto es claro cuando se aprecia, también, la definición que este cuerpo normativo ofrece respecto a las acciones de supervisión, refiriéndose a



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

“Artículo 2.- Definiciones

Para efectos de la presente norma, se entiende por:

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

Más clara es aún la LDFF, la cual prevé en su artículo 15 que señala lo siguiente:

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

(...)

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

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

“Los supervisores están plenamente facultados para realizar lo siguiente:

(...)

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

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

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

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

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

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización



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

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

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

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

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

Destaca, en el mismo sentido, lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 240.2 antes citado, pues precisamente esta disposición reconoce que las leyes especiales pueden prever el empleo de otras acciones de supervisión. Conforme con esto, la Ley N° 27336 incluye acciones de supervisión distintas a las que enuncia el TUO de la LPAG. Esto no vulnera en modo alguno la condición de garantía mínima que recoge el artículo II del TUO de la LPAG⁴⁷,

⁴⁷ TUO de la Ley N° 27444



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.

Ahora bien, dentro de la amplitud de acciones descritas en el TUO de la LPAG, es posible identificar algunas que justifican ahora el empleo de modalidades remotas para la ejecución de acciones de fiscalización:

- (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 acceder directamente al sistema informático y a la base de datos del administrado objeto de la fiscalización.
- (ii) La segunda de ellas se ubica en el punto 3 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG, el cual faculta a “realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales y/o bienes de las personas naturales o jurídicas objeto de las acciones de fiscalización (...)”. Contrariamente a lo que algunos agentes argumentan⁴⁸, las inspecciones no se realizan únicamente de forma presencial y no tienen lugar solo en los locales de las entidades fiscalizadas. La inspección puede realizarse también directamente sobre los “bienes” de la entidad fiscalizada y esto puede incluir, desde luego, el acceso a documentación, a sistemas informáticos y bases de datos. Consecuentemente, el punto 3 aludido no está previsto solo para “visitas inspectivas” o “visitas in situ”, y puede entenderse válidamente como una base normativa legislativa y común para la ejecución de acciones de ese tipo.

- (iii) Una tercera base normativa de reconocimiento a este tipo de acciones de fiscalización remotas se encuentra también, de modo general, prevista en el punto 4 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG, el cual permite “tomar copia de los archivos físicos, ópticos, electrónicos u otros, así como tomar fotografías, realizar impresiones, grabaciones de audio o en video con conocimiento previo del administrado y, en general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de fiscalización”. Esta facultad no se restringe exclusivamente a la recopilación de información física, sino también electrónica y, como tal, no se limita a que se realice mediante visitas presenciales, sino a través de canales remotos, uno de los cuales podría ser perfectamente el contar con conexiones a la red virtual privada de la entidad fiscalizada. A esta conclusión se llega, asimismo, cuando el punto 4 en cuestión reconoce

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)

⁴⁸ Es el caso de lo expresado por VIETTEL PERÚ S.A.C. en su carta N° 02199-2020/DL del 17 de junio de 2020.



la posibilidad de que la autoridad supervisora emplee “los medios necesarios” para su labor.

- (iv) Finalmente, la última base normativa reconoce la posibilidad de realizar acciones de fiscalización vía conexión o acceso remotos se advierte en el punto 6 del numeral 240.2 del artículo 240 del TUO de la LPAG, el cual faculta a la autoridad administrativa a “Utilizar en las acciones y diligencias de fiscalización equipos que consideren necesarios”. Nuevamente se repite la regulación amplia de las herramientas que pueden utilizarse, facultándose a la administración a utilizar los equipos que consideren necesarios para el cumplimiento efectivo de esta función. Una de estas herramientas efectivamente puede ser las conexiones remotas a los sistemas informáticos y a la base de datos de las entidades fiscalizadas.

En este sentido, la inclusión en el reglamento de disposiciones que desarrollen la utilización de las conexiones remotas y mecanismos de transmisión de información mediante el uso de servidores o plataformas electrónicas virtuales, fortalecerán el uso de los mismos, como mecanismo para la ejecución de actividades de fiscalización por parte del regulador.

5.3. Propuesta normativa y aplicación de la solución seleccionada

Acorde al análisis realizado en el Informe N° 143-DFI/2021, luego de la evaluación de las alternativas disponibles considerando un Análisis Multicriterio (AMC), se definió como alternativa elegida la de incorporar disposiciones que regulen de forma expresa los mecanismos de fiscalización consistentes en la implementación conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades fiscalizadas y, mecanismos de transmisión o similares y servidores o plataformas electrónicas virtuales (espacios de almacenamiento electrónico).

Como se señaló previamente existe sustento normativo suficiente tanto en la LDFF y el TUO de LPAG, que habilita el uso de los mecanismos de conexiones remotas a los sistemas informáticos y las bases de datos de las entidades fiscalizadas y, mecanismos de transmisión o similares y servidores o plataformas electrónicas virtuales (espacios de almacenamiento electrónico).

Si bien la literalidad del TUO de la LPAG no haya dedicado disposiciones expresas referidas al empleo de supervisiones remotas, lo cierto es que la lectura finalista de estas disposiciones (que priorizan la efectividad de la fiscalización administrativa), permiten el empleo de las herramientas o modalidades que se crean convenientes para velar por los propósitos a su cargo, siempre, desde luego, se observen las garantías y derechos que el TUO de la LPAG.

Es así que, el reconocimiento expreso a nivel de las normas reglamentarias del OSIPTEL permitiría que este regulador, implemente regulaciones adicionales a las reconocidas en la LDFF y el TUO de la LPAG, a fin de efectivizar el empleo de esta modalidad en función a la naturaleza de algunas obligaciones fiscalizables o para determinadas actividades dentro del conjunto de actividades que son competencia del OSIPTEL.

Esto ayudaría a aterrizar estas herramientas concretamente en cada ámbito y otorgaría seguridad jurídica a las entidades fiscalizadas respecto a los alcances en el empleo de esta modalidad, en reconocimiento a los derechos que están contenidos en el TUO de la LPAG.

La adopción de esta alternativa ofrece diferentes ventajas:



- a) Brinda un reconocimiento y desarrollo reglamentario al empleo de nuevos mecanismos efectivos de fiscalización, legitimando su uso.
- b) Otorga seguridad jurídica a las entidades fiscalizadas, respecto al reconocimiento normativo para el uso de este nuevo mecanismo de fiscalización remota y el empleo de espacios de almacenamiento electrónico de información.
- c) Brinda herramientas que garantizan la oportunidad y eficiencia de la ejecución de las actividades de fiscalización por parte del OSIPTEL.

En ese sentido, se propone modificar los artículos 22 y 23 e incluir el artículo 25-A en el Reglamento de Supervisión, conforme al siguiente texto:

“Artículo 22.- Mecanismos de las Acciones de Fiscalización

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

“Artículo 23.- Requerimientos de información

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

El OSIPTEL establecerá los plazos, condiciones y formas para la entrega de la información requerida, atendiendo a su naturaleza, disponibilidad y volumen, los cuales serán de cumplimiento obligatorio. **Se podrá disponer la entrega de información a través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares, así como por medio de servidores o plataformas electrónicas virtuales implementados para tales fines.**

La obligación de entregar información incluye aquella producida con el objeto de preservar aspectos de estrategia comercial o secretos industriales de las entidades **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**.

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

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

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

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 (VPN) 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.



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**.

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.”

VI. REGULACIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES APLICABLES A LA SUPERVISIÓN

6.1. Planteamiento o identificación del problema.-

En el ejercicio de actividades de fiscalización, la autoridad administrativa puede verificar graves o potenciales riesgos a los bienes jurídicos tutelados que exigen su actuación oportuna para corregir las desviaciones o inconductas de las entidades fiscalizadas, de modo que el incumplimiento no perdure en el tiempo o el daño que produzca no pueda ser reparado si se espera al inicio de un procedimiento sancionador o hasta la emisión de un acto expreso de sanción y orden de cese de la conducta. Una de estas medidas que puede adoptar toda autoridad administrativa son aquellas de carácter cautelar.

De manera previa a las reformas introducidas en el año 2016 en el marco general del TUE de la LPAG, el empleo de las medidas cautelares se encontraba regulado en el artículo 146 de la Ley N° 27444, bajo una disposición que limitaba su empleo, en su literalidad, al marco de un procedimiento administrativo, sin considerar la posibilidad de aplicarlas de forma adelantada al mismo. Según se afirmaba respecto a esta disposición, “en el campo del procedimiento, si todavía no se ha incoado éste, no cabe anticipar en el tiempo la adopción de medidas que, rodeadas de garantías, duplicarían el procedimiento y ajenas a todo procedimiento, podrían vaciar en gran medida el espíritu garantista de éste”⁴⁹.

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

En este contexto y ya en el ámbito de la actividad de 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 TUE 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:

“Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas

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

⁴⁹ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. Edición 14ª. Tomo 2. 2019. p. 733.

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, debiendo, por tanto, ejecutarse sin conocimiento del administrado, esto es, se debe materializar inaudita parte.

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

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

6.2. Objetivo de la intervención y base legal.-

6.2.1. Objetivo general de la intervención.

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

6.2.2. Objetivos específicos.

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

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

6.2.3. Base legal para la intervención.

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

“1.10. Principio de eficacia. - Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en



la decisión final, **no disminuyan las garantías del procedimiento**, ni causen indefensión a los administrados. (Énfasis agregado)”.

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

“...se refiere a la obtención de los objetivos previamente programados por las autoridades competentes a través de la normativa aprobada y a la prestación de los servicios a cargo de la Administración dentro de los estándares de calidad establecidos. Como valor, la eficacia tiene una pluralidad de efectos sobre la gestión: es un principio informador de la actividad, es una obligación de cada autoridad al realizar sus actividades, es un parámetro para supervisar y controlar la gestión pública⁵⁰”.

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

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

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

En materia de transportes, la Ley N° 27181 -Ley General de Transportes- dispone que la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Carga y Mercancías – SUTRAN, realiza labores de fiscalización para tutelar la observancia de las normas de transporte, carga, entre otros, y para tales efectos, se encuentra habilitada a adoptar “medidas preventivas”, incluso, de forma previa al procedimiento administrativo sancionador⁵¹, disponiendo un plazo

⁵⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica. Edición 14ª. Tomo 1. 2019. p. 115.

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

- Retención de la licencia de conducir;
 - retención del vehículo;
 - internamiento del vehículo;
 - remoción del vehículo;
 - clausura temporal del local;
 - suspensión precautoria de la autorización;
 - suspensión de la habilitación vehicular;
 - interrupción del viaje;
 - paralización de la actividad.
- j) Impedimento del administrado de solicitar la cancelación del título habilitante que se le otorgó, durante el tiempo que dure el procedimiento administrativo sancionador.



máximo de tiempo para el inicio del procedimiento administrativo sancionador y el sometimiento expreso a las reglas de las medidas cautelares y provisionales a las que se refieren los artículos 157 y 256 del TUO de la LPAG, respectivamente.

Por su parte, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (en adelante OEFA), también cuenta con facultades para imponer medidas cautelares en el marco de las supervisiones que realiza, conforme le reconoce la Ley N° 29325 –Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental⁵². La Ley del Sistema Nacional de Evaluación y

- k) Suspensión del postulante para iniciar el proceso de tramitación de la licencia de conducir en el Sistema Nacional de Conductores.
- l) Suspensión de la inscripción del recurso humano de la entidad complementaria en el registro respectivo.

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

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

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

⁵² "Artículo 11.- Funciones generales

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

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

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

DISPOSICIÓN DE MEDIDAS ADMINISTRATIVAS

Artículo 21.- Medidas cautelares

- 21.1 **Antes de iniciarse un procedimiento sancionador** o en cualquier etapa del procedimiento se podrán ordenar medidas cautelares previamente a la determinación de la responsabilidad de los administrados, cuando ello resulte **necesario para prevenir un daño irreparable** al ambiente, los recursos naturales o la salud de las personas.
- 21.2 Las autoridades competentes podrán ordenar medidas cautelares genéricas o específicas tales como:

- a) Decomiso temporal de los objetos, instrumentos, artefactos o sustancias empleados para la comisión de la infracción.
- b) Paralización o restricción de la actividad causante de la infracción.
- c) Cierre temporal, parcial o total, del local o establecimiento donde se lleve a cabo la actividad que ha generado la presunta infracción.
- d) Otras que sean necesarias para evitar un daño irreparable al ambiente, los recursos naturales, o la salud de las personas.

21.3 Las mismas deben ser adoptadas teniendo en consideración el Principio de Razonabilidad, y deben ser debidamente fundamentadas. La presente norma se rige bajo lo dispuesto por el artículo 146 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

- 21.4 En cualquier etapa del procedimiento se podrá suspender, modificar o revocar la medida cautelar, de considerarse pertinente.



Fiscalización Ambiental -SINEFA, tipifica como infracción la inobservancia de estas medidas cautelares, lo que introduce una herramienta adicional para que el supervisado cumpla con las mismas, como se cita a continuación:

“Artículo 17.- Infracciones administrativas y potestad sancionadora

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

(...)

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

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

“Artículo 37.- Medidas Cautelares

37.1 **Las medidas cautelares se emiten, dentro o fuera del procedimiento administrativo sancionador, cuando exista la posibilidad que sin su adopción se ponga en peligro la eficacia de la resolución a emitir o en tanto estén dirigidas a evitar que un daño se torne en irreparable, siempre que exista verosimilitud del carácter ilegal de la causa de dicho daño.**

37.2 **Las medidas cautelares caducan de pleno derecho cuando se emita la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento sancionador. Asimismo, de tratarse de medidas cautelares fuera del procedimiento sancionador, éstas caducan si dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de efectuada su notificación no se hubiesen efectuado acciones conducentes al inicio del procedimiento sancionador.**

37.3 **En cualquier momento, las medidas cautelares pueden ser suspendidas, modificadas o levantadas por el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas o consideradas en el momento de su adopción.”**

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

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

“De las Medidas Cautelares

Artículo 23.- Medidas cautelares

21.5 **El incumplimiento de una medida cautelar por parte de los administrados acarrea la imposición de una multa coercitiva no menor a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT) ni mayor a cien (100) UIT. (Énfasis agregado)”.**



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

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

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

En el caso del OSIPTEL, la Ley N° 27332 cumple el rol de norma delegante que ha permitido a los organismos reguladores a que, directamente mediante el ejercicio de su potestad normativa, puedan aprobar disposiciones que regulen toda cuestión referida al desempeño de los roles que se les ha encomendado. En tal sentido, la Ley N° 27332 sería la norma



habilitadora para que, en el marco de lo dispuesto en el artículo 246 del TUO LPAG, se puedan introducir disposiciones que regulen expresamente la aplicación de medidas cautelares durante el ejercicio de funciones de supervisión por parte del OSIPTEL.

De igual modo, el artículo 23 de la LDFE otorga facultad al OSIPTEL a través de sus “instancias competentes”, entre ellas la Dirección de Fiscalización e Instrucción, para dictar medidas cautelares para evitar que un daño se torne irreparable, para asegurar el cumplimiento de sus futuras resoluciones o para corregir una conducta infractora:

“Artículo 23.- Medidas específicas

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

A ello se le suma la facultad expresamente otorgada a la DFI, a través del artículo 46 de la Sección Primera del ROF del OSIPTEL, para imponer medidas cautelares, no existiendo colisión alguna con el TUO LPAG.

“Artículo 46.- Funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción

Son funciones de la Dirección de Fiscalización e Instrucción las siguientes:
(...)

c) Emitir las **medidas cautelares o correctivas** en ejercicio de la función supervisora, de conformidad con las facultades establecidas en la normativa vigente”. (Énfasis agregado)

Igualmente, en el artículo 79⁵³ del ROF del OSIPTEL se precisa que corresponde a la Subdirección de Fiscalización que depende de la Dirección de Fiscalización e Instrucción del OSIPTEL entre otras funciones, la de formular y proponer la emisión de medidas cautelares y las demás que correspondan ser impuestas durante la supervisión.

Es decir, la imposición de cautelares no es una labor que corresponda ser ejercida de forma exclusiva por los órganos sancionadores o resolutores, sino a quien supervisa o, instruye un procedimiento sancionador. Esto, porque a través de la imposición de una medida cautelar, el órgano instructor no ejerce facultades resolutorias ni adelanta una posición que solo le competará, en su momento, a la Gerencia General. Lo único que se pretenderá, con base en estas normas, será proteger el bien jurídico que por el transcurso del tiempo pueda sufrir un daño irreparable, no evidenciándose con ello una afectación al principio de imparcialidad

Lo anterior se enmarca también en las exigencias realizadas por el artículo 246 del TUO LPAG, el cual señala:

“Artículo 246.- Medidas cautelares y correctivas

⁵³ Artículo 80.- Funciones de la Subdirección de Fiscalización

Son funciones de la Subdirección de Fiscalización las siguientes:

a) Desarrollar e implementar acciones de prevención y monitoreo destinadas a promover el cumplimiento de las normas técnicas, legales y contractuales, por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia. b) Formular y proponer la emisión de medidas de advertencia, medidas cautelares y las demás que correspondan ser impuestas durante el proceso de supervisión. (...).”



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.”

Es decir, la imposición de cautelares no es una labor que corresponda ser ejercida de forma exclusiva por los órganos sancionadores o resolutores, sino a quien supervisa o, incluso, instruye un procedimiento sancionador. Esto, porque a través de la imposición de una medida cautelar, el órgano instructor no ejerce facultades resolutorias o adelantando una posición que solo le competirá, en su momento, a la Gerencia General. Lo único que se pretenderá, con base en estas normas, será proteger el bien jurídico que por el transcurso del tiempo pueda sufrir un daño irreparable, no evidenciándose con ello una afectación al principio de imparcialidad

Por ello, las reformas normativas incorporan el empleo de medidas cautelares fuera de un procedimiento sancionador y durante el ejercicio de la actividad de fiscalización solo requieren que el OSIPTEL ejerza las funciones normativas que le atribuye la Ley N° 27332, considerando lo dispuesto en el artículo 246 del TUO de la LPAG.

Es así que, conforme a esta norma el OSIPTEL se encuentra facultado para dictar, en el ámbito de su competencia, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular, referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios⁵⁴. La Ley N° 27332 cumple el rol de norma delegante que ha permitido a los organismos reguladores a que, directamente mediante el ejercicio de su potestad normativa, puedan aprobar disposiciones que regulen toda cuestión referida al desempeño de los roles que se les ha encomendado

Finalmente, como ya se ha señalado, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y en el artículo 2 del Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM⁵⁵, el Consejo Directivo del OSIPTEL es el órgano competente para ejercer de manera exclusiva la función normativa. En tal sentido, se propone la incorporación en el reglamento de las disposiciones que desarrollen la adopción de las medidas cautelares en el ejercicio de la actividad de fiscalización.

⁵⁴ **Artículo 3.- Funciones**

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

(...)

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

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

⁵⁵ **Reglamento de la Ley N° 27332, aprobado por Decreto Supremo N° 042-2005-PCM**

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

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



6.3. Propuesta normativa y aplicación de la solución seleccionada

Acorde al análisis realizado en el Informe N° 143-DFI/2021, luego de la evaluación de las alternativas disponibles considerando un Análisis Multicriterio (AMC), se definió como alternativa elegida la de incorporar disposiciones que regulen de forma expresa la emisión de medidas cautelares durante la etapa de fiscalización.

Tal como se indicó anteriormente, el reglamento vigente no se indican específicamente las condiciones para el dictado de medidas cautelares en la etapa de fiscalización; por ello, la alternativa a desarrollar demandaría precisar las condiciones para su dictado por el órgano competente del OSIPTEL.

Considerando lo anterior, se cumpliría adecuadamente y sin mayores retrasos la finalidad del regulador de emitir medidas que le permitan asegurar el cumplimiento de obligaciones, la eficacia posterior de una decisión administrativa, el desarrollo de una investigación o la no producción de nuevas lesiones al interés público protegido, acorde con lo dispuesto en el artículo 246 del TUO del LPAG que reconoce que la imposición de medidas cautelares es admitida tanto durante una fiscalización administrativa como en el marco de un procedimiento. Por esta razón, las condiciones que se observan para su imposición no varían por el hecho de ser dictadas fuera o dentro de un procedimiento administrativo.

Las medidas cautelares, en estos casos, se caracterizan por observar las siguientes condiciones⁵⁶:

- a) Deben existir, al menos, indicios de peligro para la eficacia de una decisión administrativa o para la preservación de los bienes jurídicos protegidos o para la investigación. No se requiere de prueba plena para imponer estas medidas.
- b) Pueden adoptarse sin dar audiencia previa ni otras posibilidades de defensa previa. El principio de no indefensión se cumple posibilitando la impugnación inmediata de la medida adoptada *inaudita parte*. “La posibilidad de articular medios de prueba, se debe analizar en función de cada caso concreto, puesto que la naturaleza y finalidad de la medida (...) exige por su propia eficacia y es legalmente procedente, en determinados casos, su adopción *inaudita parte*, sin que con ello se vulnere (...) el derecho de defensa”⁵⁷.
- c) Debe ser una medida proporcional. La norma no especifica las medidas que pueden adoptarse, pues ellas se adecuan al caso en concreto y a criterio de la autoridad, pero esta discrecionalidad queda reducida por el principio de proporcionalidad.
- d) Su adopción debe ser motivada y no es contraria a la presunción de inocencia. No califican ni tienen naturaleza sancionatoria, por lo que no implica un prejuzgamiento de la responsabilidad del administrado.
- e) No deben causar perjuicios de difícil o imposible reparación.

⁵⁶ En el mismo sentido lo enumeran: GOMEZ TOMILLO, Manuel e Íñigo SANZ RUBIALES. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi. 3ra Edición. pp. 713-722; y, REBOLLO PUIG, Manuel y otros. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova. 2010. pp. 529-540.

⁵⁷ Cfr. REBOLLO PUIG, Manuel y otros. *Derecho Administrativo Sancionador*. Valladolid: Lex Nova. 2010. p. 532, citando la STSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 de marzo de 2003 (rec. 50/2001), también aplicable al caso peruano.



f) Son susceptibles de ser cuestionados a través de recurso impugnativo.

Es así que la propuesta normativa reconoce las condiciones antes enumeradas para garantizar la legalidad de la medida cautelar que se imponga en cada caso, siendo que el momento en que se imponga dependerá de la oportunidad en la detección del riesgo o peligro por parte de la administración.

De requerirse una decisión urgente, podrá adoptarse la medida cautelar antes de que formalmente concluya la fiscalización, como también podrá advertirse ésta con la elaboración del informe que se emita. En ninguno de estos casos se vulnera derecho alguno por parte de la entidad fiscalizada, pues ésta siempre tendrá la posibilidad de impugnar la medida cuando no esté conforme con ésta⁵⁸.

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.

Si bien el TUO LPAG en su artículo 256 regula las medidas provisionales, aunque aplicado solo al procedimiento sancionador, cuando señala:

“Artículo 256.- Medidas de carácter provisional

256.1 La autoridad que tramita el procedimiento puede disponer, en cualquier momento, la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, con sujeción a lo previsto por el **artículo 157**.

(...)

256.4 Las medidas de carácter provisional **no pueden extenderse más allá de lo que resulte indispensable** para cumplir los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto.

256.5 Durante la tramitación, **la autoridad competente que hubiese ordenado las medidas de carácter provisional las revoca, de oficio o a instancia de parte, cuando compruebe que ya no son indispensables para cumplir los objetivos cautelares concurrentes en el caso concreto**.

(...)

256.8 Las medidas de carácter provisional se extinguen por las siguientes causas:

1. Por la resolución que pone fin al procedimiento en que se hubiesen ordenado. La autoridad competente para resolver el recurso administrativo de que se trate puede, motivadamente, mantener las medidas acordadas o adoptar otras hasta que dicte el acto de resolución del recurso.

2. Por la caducidad del procedimiento sancionador.” (Énfasis agregado)

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

⁵⁸ La misma posición se sostiene en MORÓN URBINA. Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica: Lima. 14va Edición. 2019. p. 734.



Con este desarrollo de las medidas cautelares se reconoce la facultad del OSIPTEL, para que disponga la adopción de medidas cautelares, -tal como en la actualidad se realiza en la etapa de instrucción o en el dictado de medidas correctivas-, en la etapa de fiscalización estableciendo para tales efectos, aquella que considere conveniente para asegurar el cumplimiento y/o la eficacia de sus futuras resoluciones, a fin de evitar que se produzca un daño o que éste se torne irreparable.

Ahora bien, en cuanto a la gravedad del incumplimiento de la medida cautelar, dado que pueden adoptarse antes o durante el procedimiento administrativo sancionador, y tienen como finalidad asegurar la eficacia de la resolución final y evitar daños ambientales irreparables, se considera que debe ser muy grave.

En este sentido, cabe indicar que, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional⁵⁹, es posible establecer medidas cautelares (también denominadas precautorias o de carácter provisional), a fin de que el procedimiento de fiscalización sea efectivo y cumpla con el objeto de desincentivar las conductas infractoras que atenten contra el interés público. De allí se desprende que el establecimiento de medidas cautelares tiene por finalidad no solamente asegurar la eficacia de la resolución que sea dictada como consecuencia del procedimiento administrativo sancionador, sino, además buscan evitar la perpetuación de los efectos de la conducta antijurídica reprobada, de ahí la importancia que las entidades fiscalizadas den estricto cumplimiento a lo ordenado en la medida cautelar a fin de evitar que estos efectos se produzcan.

Cabe indicar que igual tratamiento a la gravedad por incumplir una medida correctiva se reconoce en el artículo 25 del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, siendo que, en este caso, la finalidad no necesariamente es evitar daños ni evitar la perpetuación de los efectos de la conducta antijurídica reprobada, sino más bien es restaurar, reparar, rehabilitar o compensar los bienes jurídicos protegidos que ya han sido afectados por la conducta infractora.

La adopción de esta alternativa ofrece diferentes ventajas:

- Brinda un reconocimiento y desarrollo reglamentario para la adopción por parte de los órganos competentes del OSIPTEL de las medidas cautelares durante el desarrollo de las actividades de fiscalización.
- Otorga seguridad jurídica a las entidades fiscalizadas, respecto al reconocimiento normativo para la adopción de las medidas cautelares en la etapa de fiscalización.
- Favorece el dictado de las medidas que el OSIPTEL considere convenientes 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.

En ese sentido, se propone incluir el Capítulos V en el Título III del Reglamento General de Supervisión, conforme al siguiente texto:

“CAPÍTULO V

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de agosto de 2009, recaída en el Expediente N° 04883-2007-PA/TC. Ver en dirección URL: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/04883-2007-AA%20Resolucion.pdf>

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.”

VII. DEFINICIONES CONTENIDAS EN EL REGLAMENTO DE SUPERVISIÓN DEL OSIPTEL**7.1. Definiciones de supervisor y entidad fiscalizadora**

En el ejercicio de la facultad de fiscalización, es posible que las entidades recurran a terceros para la ejecución de algunas actividades, considerando que, desde la modificación de la Ley N° 27444 mediante el Decreto Legislativo N° 1272, se incorporó la figura de la tercerización⁶⁰ con la finalidad de facilitar el cumplimiento de las funciones de las entidades con el apoyo de terceros y lograr – de ese modo- que sean rápidas y eficientes.

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

“Artículo 59.- Tercerización de actividades

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

En este sentido, corresponde incluir dicho concepto en el Reglamento de Supervisión de modo que, pueda utilizarse como una herramienta adicional que podría coadyuvar en la mejora de la eficacia y eficiencia en la ejecución de actividades de fiscalización. Es importante señalar que en caso el OSIPTEL recurra a terceros para la ejecución de

⁶⁰ **Artículo 57.- Tercerización de actividades**

Todas las actividades vinculadas a los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad distintas a la emisión de los actos administrativos o cualquier resolución pueden tercerizarse salvo disposición distinta de la Ley.



actividades de fiscalización, el regulador mantendría la competencia exclusiva de emitir actos administrativos que producirán efectos jurídicos sobre las entidades fiscalizadas.

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 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, se contempla que mediante Resolución de Consejo Directivo del OSIPTTEL se establezcan los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las entidades fiscalizadoras, además de aspectos relacionados con las materias fiscalizables, las garantías, los requisitos, las políticas de confidencialidad, el acceso a información sensible, entre otros aspectos a efectos de tener una delimitación clara en las actividades y competencias.

En ese sentido, se propone modificar el literal b) del artículo 2 e incluir el literal f) en el mismo artículo del Reglamento General de Supervisión, conforme al siguiente texto:

“Artículo 2.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, entiéndase por:

(...)

d) Supervisor: Personal del OSIPTTEL o de una Entidad Fiscalizadora debidamente autorizado y acreditado por el OSIPTTEL para realizar, en 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 OSIPTTEL para ejercer funciones específicas de fiscalización.”

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

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

Sin embargo, cabe indicar que según lo dispuesto en la Sección Primera del ROF del OSIPTTEL, respecto a las funciones que cumple la DFI se señala:

“Artículo 45.- Dirección de Fiscalización e Instrucción

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



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

En efecto, la DFI en su calidad de órgano responsable de ejecutar las acciones de fiscalización, puede definir los criterios para la determinación, análisis y selección de la muestra correspondiente aplicables a dichas acciones. Cabe indicar que, a la fecha la DFI ya ha venido haciendo uso de muestras para ejecutar acciones de supervisión, por ejemplo, en el marco de las disposiciones contenidas en el Reglamento General de Calidad del OSIPTEL, aprobado mediante la Resolución N° 123-2014-CD/OSIPTEL y modificatorias (en adelante el Reglamento de Calidad).

Asimismo, cabe indicar que la 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:

“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. (...)”

En ese sentido, se propone modificar el artículo 16 del Reglamento General de Supervisión, conforme al siguiente texto:

“Artículo 16.- Muestreo

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

7.3. Definición de Compromiso de Mejora

El Reglamento de Calidad, contiene en su artículo 13 la definición del Compromiso de Mejora, el cual se solicita únicamente ante el incumplimiento de los indicadores de calidad: i) Calidad de Cobertura de Servicio (CCS), ii) Calidad de Voz (CV) y iii) Tiempo de Entrega de Mensajes de Texto (TEMT), cuyas respectivas definiciones están en el artículo 5 del referido reglamento.

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

Con relación a la efectividad de los compromisos de mejora, se ha evidenciado hasta un 79% de efectividad en la implementación de los mismos al 2019, en zonas con mayor población, casi seis (6) millones en total, como se muestra en la siguiente tabla:



Período de Supervisión	Cantidad de Centros Poblados Supervisados	Cantidad de Compromisos de Mejora solicitados	Cantidad de Compromisos de Mejora Implementados (verificado posteriormente)	Efectividad en el compromiso de mejora	Población Beneficiada con la Implementación	Población Beneficiada Promedio por Compromiso de Mejora
2015-1	210	70	68	100%	632 441	9301
2015-2	266	133	106	84%	3 128 671	29516
2016-1	259	172	99	58%	4 994 040	50445
2016-2	289	155	100	65%	1 875 990	18760
2017-1	321	234	121	52%	1 964 297	16234
2017-2	300	284	185	65%	4 127 393	22310
2018-1	323	192	138	74%	3 603 474	26112
2018-2	310	88	49	67%	558 494	11398
2019-1	281	130	103	79%	-	-
2019-2	237	105	79	75%	2 601 132	32 926
2020-1	8	4	3	75%	166 338	55 446
2020-2	217	92	En curso	En curso	En curso	En curso
2021-1	335	193	En curso	En curso	En curso	En curso
2021-2	En curso	En curso	En curso	En curso	En curso	En curso

Fuente: DFI

CM: Compromiso de Mejora

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

Las circunstancias de habilitación de la solicitud de compromiso de mejora, las condiciones para su presentación, así como las consecuencias de su incumplimiento, - como en el caso del Reglamento de Calidad y los indicadores CCS, CV y TEMT-, corresponde que sean desarrollados en cada Reglamento específico que regula la obligación, cuyo incumplimiento sería objeto del referido compromiso. Ello considerando que las circunstancias, condiciones y plazos para ejecución dependerán del tipo de obligación y los bienes jurídicos que la administración deba salvaguardar.

En ese sentido, se propone incluir el artículo 35 en el Capítulo VI del Reglamento General de Supervisión, conforme al siguiente texto:

“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.

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.”

DIFUSIÓN DE LA NORMATIVA

8.1. Antes de la aprobación del proyecto la norma

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 7 y 27 del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y en concordancia con las reglas establecidas por el Decreto Supremo N° 001-2009-JUS para la publicación de los



proyectos de normas legales de carácter general y por temas de transparencia, el proyecto de norma fue publicado para comentarios. De esta manera, las empresas operadoras y/o agentes del mercado interesados tuvieron un plazo de quince (15) días calendario para emitir sus comentarios al proyecto, el cual fue ampliado en diez (10) días calendario. Adicionalmente, la Resolución de Consejo Directivo que establece el plazo para comentarios, así como el análisis realizado en el Informe N° 143-DFI/2021, fueron publicados en el diario oficial El Peruano y en la página web institucional.

8.2. Después de la aprobación del proyecto de norma

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 096-2021-CD/OSIPTEL, en el diario oficial El Peruano con fecha 17 de junio de 2021, se aprobó la publicación para comentarios de los interesados, del proyecto de Norma que modifica el Reglamento de General de Supervisión.

Posteriormente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 115-2021-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 10 de julio de 2021, se amplió el plazo establecido en el Artículo Tercero de la Resolución de Consejo Directivo N° 096-2021-CD/OSIPTEL, en diez (10) días calendario adicionales, para la recepción de comentarios y sugerencias de los interesados respecto al Proyecto de Norma que modifica el Reglamento General de Supervisión.

Sobre el particular, la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN⁶¹, las empresas Telefónica del Perú S.A.A.⁶², América Móvil Perú S.A.C⁶³., Entel Perú S.A.⁶⁴., Viettel Perú S.A.C⁶⁵., Hughes de Perú S.R.L.⁶⁶, Internexa Perú S.A.⁶⁷, Gilat To Home Perú S.A.⁶⁸, Wi-Net Telecom Perú S.A.C.⁶⁹ y Luz del Sur S.A.A.⁷⁰, remitieron sus comentarios al referido proyecto de Norma que modifica el Reglamento General de Supervisión.

Los referidos comentarios han sido evaluados en la correspondiente Matriz de Comentarios.

CONCLUSIONES

En atención a lo expuesto en el presente informe, se concluye en la necesidad de incorporar modificaciones al Reglamento General de Supervisión, con la finalidad de plantear mecanismos que permitan:

- 9.1. Reforzar el enfoque preventivo de la actividad de fiscalización a desarrollarse por los órganos competentes del OSIPTEL, con el fin de procurar el mejor cumplimiento voluntario de las regulaciones vigentes por parte de las entidades fiscalizadas. Este tipo de fiscalizaciones también permitirá ejecutar acciones, con mayor flexibilidad y de un modo más expeditivo, mediante el uso de los diversos mecanismos y modalidades previstos en el reglamento, así como realizar un seguimiento oportuno

⁶¹ Comunicación S/N, recibida con fecha 5 de julio de 2021.

⁶² Carta N° TDP-2388-AG-GER-21 recibida con fecha 27 de julio de 2021.

⁶³ Carta N° DMR/CE/N° 1539/21 recibida con fecha 2 de julio de 2021

⁶⁴ Cartas N° CGR-1741/2021 recibida con fecha 2 de julio de 2021 y N° CGR-1825/2021 recibida con fecha 12 de julio de 2021.

⁶⁵ Carta N° 0566-2021/DL recibida con fecha 2 de julio de 2021.

⁶⁶ Cartas S/N recibidas con fecha 12 y 19 de julio de 2021.

⁶⁷ Carta S/N recibida con fecha 2 de julio de 2021.

⁶⁸ Carta N° GL-241-2021 recibida con fecha 2 de julio de 2021.

⁶⁹ Carta S/N recibida con fecha 13 de julio de 2021.

⁷⁰ Comunicación S/N, recibida con fecha 2 de julio de 2021.



del cumplimiento de determinadas obligaciones y obtener de las entidades fiscalizadas, información sobre las acciones que puede adoptar voluntariamente para adecuar su actividad al cumplimiento de las obligaciones fiscalizadas.

- 9.2. Dotar de reconocimiento normativo y desarrollo de las condiciones para la utilización de nuevos mecanismos de fiscalización, mediante el uso de conexiones remotas a los sistemas informáticos y bases de datos de las entidades fiscalizadas, así como para la entrega de información a través de mecanismos informáticos o de transmisión de datos en línea o similares. Estas herramientas permitirán que los órganos competentes del OSIPTEL puedan ejecutar en la oportunidad y con la eficiencia necesarias las actividades de fiscalización, así como evitar demoras en dicha ejecución por la falta de entrega o entrega de información inexacta o incompleta por parte de las entidades fiscalizadas.
- 9.3. Favorecer el dictado de las medidas cautelares que el OSIPTEL considere convenientes 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. Ello a su vez, permite otorgar seguridad jurídica a las entidades fiscalizadas, respecto a las condiciones para la adopción de las medidas cautelares en la etapa de fiscalización.

X. RECOMENDACIÓN

De acuerdo con los fundamentos expuestos, se recomienda elevar al Consejo Directivo la propuesta de modificación del Reglamento General de Supervisión, a fin que, de considerarlo pertinente, apruebe la norma final.

Atentamente,



ANEXO I

NORMA QUE MODIFICA EL REGLAMENTO GENERAL DE SUPERVISIÓN

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:

Reglamento General de Fiscalización

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”.

Artículo Tercero. - Modificar los artículos 2 (literal d), 16, 22 y 23 del Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, por el siguiente texto:

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 nombre de éste, acciones de fiscalización en ejercicio de la facultad fiscalizadora que lo asiste.

(...)

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 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.

Artículo 23.- Requerimientos de información

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

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



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

La obligación de entregar información incluye aquella producida con el objeto de preservar aspectos de estrategia comercial o secretos industriales de las entidades 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.

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

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

Artículo Cuarto. - Sustituir el artículo 30 del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, conforme al siguiente texto:

Artículo 30.- Alertas Preventivas

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.

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

- El nombre de la entidad fiscalizada;
- La obligación cuyo riesgo de incumplimiento ha sido informado a la entidad fiscalizada;
- El número, fecha y descripción del documento que comunica la alerta preventiva;
- La fecha en que se comunicó la alerta preventiva a la entidad fiscalizada;
- Indicación si la entidad fiscalizada cumplió con dar respuesta a la alerta preventiva emitida y;
- El número de expediente de fiscalización.

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.

Artículo Quinto. - Incluir los artículos 2 (literal F), 25-A, Capítulos V y VI en el Título III del Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, conforme al siguiente texto:



Artículo 2.- Definiciones

Para efectos del presente Reglamento, entiéndase por:

(...)

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

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

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.

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.

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.

CAPÍTULO V

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.

CAPITULO VI FISCALIZACIONES PREVENTIVAS

Artículo 33.- Fiscalización preventiva

La fiscalización preventiva tiene por objetivo prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones por parte de las entidades 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.

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.

Artículo 34.- Formas de conclusión de las fiscalizaciones preventivas

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

- 4) Con la conformidad que la entidad fiscalizada se encuentra efectuando acciones orientadas al cumplimiento oportuno de las obligaciones técnicas, legales o contractuales fiscalizadas.
- 5) Con la emisión de una Alerta Preventiva.
- 6) 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 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.

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.

Artículo Sexto. - Incluir la Primera, Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Disposición Complementaria Transitoria y la Única Disposición Complementaria Final al Reglamento General de Supervisión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, de acuerdo con el siguiente texto:



DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Primera. - 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.

Segunda. - 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.

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.

Cuarta. - Entiéndase que las referencias al Reglamento General de Supervisión aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 090-2015-CD-OSIPTEL, en la presente norma y en otros textos normativos se refieren al Reglamento General de Fiscalización.

Quinta. - La calificación de infracciones señalada en la presente resolución solo será aplicable hasta que entre en vigencia la Resolución N° 118-2021-CD/OSIPTEL, la misma que aprueba un nuevo régimen de calificación de infracciones para el OSIPTEL.

DISPOSICION COMPLEMENTARIA FINAL

Única. - 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 fiscalizaciones en curso, salvo en lo que resulten más favorables.

