



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

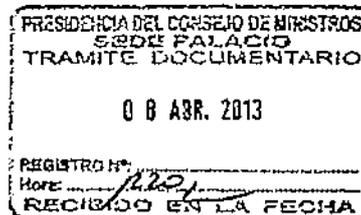
CARGO

3990.2011

Lima, 08 de abril de 2013

C. 096 -PD.GAL/2013

Señor
JUAN JIMÉNEZ MAYOR
PRESIDENTE DEL CONSEJO DE MINISTROS
PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS
Jr. Carabaya, cuadra 1 s/n.
Lima.-



Atención: Manuel Angel Clausen Olivares
Secretario General

Ref.: Oficio N° 818-2013-PCM/SG, recibido el 22 de febrero de 2013.

De mi consideración:

Es grato dirigirme a usted, en representación del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, para remitirle adjunto el Informe N° 064-GAL-GPRC-ST-GFS-GPSU/2013 correspondiente a la propuesta de modificación de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, así como el respectivo proyecto normativo y su exposición de motivos, los mismos que recogen las opiniones y sugerencias vertidas en la sesión del 5 de abril de 2013, de la Comisión de Coordinación Viceministerial; con la finalidad que se le dé el trámite correspondiente ante el Consejo de Ministros.

Me valgo de esta oportunidad para manifestarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal, quedando a su disposición para absolver cualquier consulta que surja relacionada con el presente documento.

Atentamente,

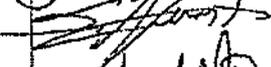
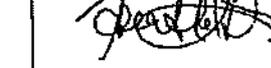
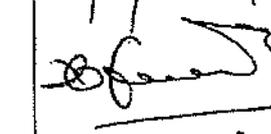


GONZALO MARTÍN RUIZ DÍAZ
PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO

INCL: Lo indicado.

INFORME N° 064-GAL.GPRC.ST.GFS.GPSU/2013

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	Proyecto de Ley de Modificación de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.
FECHA	:	8 de abril de 2013

	Cargo	Nombre	Firma
APROBADO POR	Gerente de Asesoría Legal	L. Alberto Arequipaño T.	
	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia	Sergio Cifuentes C.	
	Secretaria Técnica de Órganos Colegiados (e)	A. Gabriela Lau D.	
	Gerente de Fiscalización y Supervisión	Santiago Rojas T.	
	Gerente de Protección y Servicio al Usuario	Humberto Sheput S.	

I. OBJETO

Elevar el presente informe a la Gerencia General para que, –de considerarlo pertinente– lo someta a aprobación de la Presidencia del Consejo Directivo, el cual contiene el sustento de la propuesta de modificación de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (en adelante, LDFF); el mismo que recoge las opiniones y sugerencias vertidas en la sesión del 5 de abril de 2013, por la Comisión de Coordinación Viceministerial.

II. ANTECEDENTES

- Mediante carta C. 600-GG.GL/2008 del 27 de octubre de 2008, la Gerencia General del OSIPTEL remitió al Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) un proyecto de modificación de la LDFF, conjuntamente con su exposición de motivos.
- Por carta C.050-GG.GL/2009 del 28 de enero de 2009, la Gerencia General del OSIPTEL reiteró ante el Secretario General de la PCM la presentación de la carta referida en el párrafo precedente.

3. Con Oficio N° 1122-2009-PCM/SG del 27 de febrero de 2009, el Secretario General de la PCM remitió el Memorandum N° 385-2009-PCM/OGAJ y los Informes N° 043-2009-PCM/OGAJ/NRCR y 003-2009-PCM-SGP.L.MA con la opinión de la Oficina General de Asesoría Jurídica de la PCM.
4. En el Informe N° 043-2009-PCM/OGAJ/NRCR referido en el acápite anterior, se plasmaron diversas observaciones sobre aspectos formales del proyecto de modificación de la LDFF, las que fueron tomadas en cuenta. Adicionalmente, en el citado informe se solicitó precisar si la necesidad de contratación de empresas supervisoras propuesta se concretaría mediante la aplicación de las normas de contrataciones y adquisiciones del Estado y si dicha contratación se realizaría bajo la modalidad de encargo de gestión, prevista en el inciso 71.4 del artículo 71° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo (en adelante, LPAG).
5. Igualmente, en los Informes N° 043-2009-PCM/OGAJ/NRCR y 003-2009-PCM-SGP.L.MA, se solicitó medir el efecto que podría generar el traslado de los importes de las multas al OSIPTEL, las que actualmente son destinadas al FITELE y, un análisis costo beneficio sobre las razones por las cuáles se considera más viable contratar empresas supervisoras antes que contratar personal, a fin que el OSIPTEL cumpla con sus funciones de supervisión; aspectos que han sido incorporados en la exposición de motivos del proyecto de Ley adjunto.
6. Según consta en Memorando N° 91-GFS/2009 del 27 de marzo de 2009, la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL remitió información sobre el análisis costo beneficio a que se refiere el acápite anterior.
7. Mediante Carta N° 594-GG.GL/2009, recibida el 16 de setiembre de 2009, y luego que el nuevo proyecto fuera sometido a la conformidad del Consejo Directivo del OSIPTEL, fue remitido a la PCM un nuevo proyecto de modificación de la LDFF.
8. Mediante Oficio N° 4970-2009-PCM/SG de fecha 28 de setiembre de 2009, la PCM alcanzó el Informe N° 264-2009-PCM/OGAJ/NRCR mediante el cual solicitó algunos informes de sustento, formula algunas observaciones de forma y señala que dado que no tiene observaciones de fondo, corresponde a la Alta Dirección de la PCM programar la inclusión del proyecto de Ley en la agenda del CCV o del Consejo de Ministros.
9. Con carta N° 659-GG-GL/2009 de fecha 12 de octubre de 2009, el OSIPTEL remitió el nuevo proyecto con las modificaciones de forma sugeridos por la PCM y alcanza los Informes N° 152-GL/2009, 168-GL/2009 y 172-GG/2009.
10. Mediante Oficio N° 6338-2009-PCM/SG, recibido el 9 de diciembre de 2009, la PCM alcanzó el Informe N° 037-2009-PCM.SGP.JCA en el que recomienda lo siguiente:
 - *"Definir hasta qué nivel se faculta a las Empresas Supervisoras, la función de supervisión a las empresas operadoras y/o particulares prestadoras de los servicios de telecomunicaciones.*
 - *Informe favorable del FITELE, sobre la modificación de la administración y destino de los recursos económicos provenientes de las multas por infracciones.*
 - *Análisis comparativo de las escalas de multas en base a la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), que vienen aplicando los organismos reguladores, como las SUNASS, OSITRAN, OSINERGMIN.*
 - *Análisis técnico sobre el impacto de la modificación de las escalas de infracciones y multas que pretende el proyecto normativo".*
11. El día 12 de febrero de 2010, en tanto se obtuviera la opinión favorable del FITELE sobre el destino de las multas, se envió, mediante correo electrónico dirigido a la señorita Jennifer Contreras y al señor Javier Carmelo, funcionarios de la PCM, el Informe N° 065-GFS/2010 que contiene la definición sobre el nivel de delegación de las actividades de supervisión a las empresas supervisoras, un análisis comparativo de las escalas de multas en base la



UIT que vienen aplicando los organismos reguladores y, un análisis técnico sobre el impacto de la modificación de las escalas de multas que se pretende con el proyecto.

12. Mediante carta N° 082-PD/OSIPTEL de fecha 9 de abril de 2010, el OSIPTEL solicitó al FITEL un informe sobre el impacto o afectación que podría genera a dicho fondo la modificación del destino de las multas y a su vez colocarlo como tema de agenda para el siguiente Directorio.
13. Con Oficio N° 703-2010-MTC/24, recibido el 22 de abril de 2010, el FITEL informó al OSIPTEL que el tema sería incluido en la agenda del próximo directorio.
14. En atención al Memorando N 294-GG/2012 del 14 de agosto de 2012 se conformó un Grupo de Trabajo para ampliar la propuesta que fuera enviada a la Presidencia del Consejo de Ministros en su oportunidad.
15. Mediante Informe N° 175-GAL/2012 del 21 de setiembre de 2012, se presentó a la Gerencia General un nuevo proyecto de modificación de la LDFF.
16. En la sesión de fecha 23 de octubre de 2012, mediante Acuerdo N° 480/2012, el Consejo Directivo acordó proponer la modificación de la LDFF, remitiéndose el correspondiente proyecto a la PCM, a través de la carta N° 270-PD-GAL/2012, del 26 de octubre de 2012.
17. Mediante Oficio N° 818-2013-PCM/SG, recibido el 22 de febrero de 2013, la PCM ha remitido el Informe N° 060-2013-PCM/OGAJ-JSB de la Oficina General de Asesoría Jurídica, en el cual opina que el proyecto de Ley adolece de imprecisiones subsanables o que requieren el sustento técnico correspondiente y, que se requiere el informe técnico legal, de conformidad con el numeral 19.2 del artículo 19° del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros.
18. El 12 de marzo de 2013, mediante Carta N° 069-PD.GAL/2013, se remitió el Informe N° 041-GAL.GPRC.ST.GFS.GPSU/2013 en atención a lo solicitado mediante el Oficio antes mencionado.
19. El 5 de abril de 2013, en la sesión de la Comisión de Coordinación Viceministerial el proyecto en mención fue aprobado con algunas modificaciones resultantes de las opiniones y sugerencias vertidas por los sectores.

III. ANALISIS



La industria de telecomunicaciones del Perú, al igual que la de otros países, se viene desarrollando con mayor dinamismo en los últimos años y la importancia del sector radica en el impacto de las telecomunicaciones en el desarrollo económico de un país. Así, se evidencia un mayor acceso y una mayor cobertura geográfica de los servicios, lo cual lleva a la creación de externalidades (de red o de llamada) así como mejoras en la calidad de vida de la población (sociedad de la información).



La capacidad de supervisión del regulador debe ajustarse a la forma en que ha evolucionado el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, desincentivando la realización de conductas infractoras a todas las empresas en el mercado, por lo que dicho sistema debe responder a las diferencias de tamaño relativo que existen entre las empresas del sector. Por otro lado, debido a la dispersión en la ubicación geográfica de las empresas, se requiere que el OSIPTEL cuente con una capacidad de supervisión efectiva de las distintas empresas que operan en diversos puntos del país.



El constante dinamismo que caracteriza al sector telecomunicaciones hace imperativo que el OSIPTEL pueda contar con mayores y mejores herramientas de supervisión en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras. Dentro de esta lógica, es importante que las facultades del OSIPTEL en materia de supervisión le puedan facilitar la obtención de medios probatorios idóneos, destinados a acreditar las supuestas



conductas infractoras, sin que estén sometidas a exigencias formales de las que se puede dispensar en atención a la naturaleza de la supervisión a ser realizada.

III.1. TERCERIZACION DE LAS TAREAS DE SUPERVISION

Una de las principales razones que sustentan la propuesta de modificación de la Ley N° 27336 es la búsqueda de celeridad y el incremento de la capacidad de respuesta de este Organismo en relación a la supervisión del marco normativo vigente, propiciando la participación de empresas especializadas en relación a los incumplimientos que sean posibles de ser detectados en cualquier lugar del territorio nacional.

De conformidad con lo establecido en la vigente Ley N° 27336, las acciones de supervisión son efectuadas por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de este Organismo. En tal sentido, a la fecha, únicamente los funcionarios del OSIPTEL se encuentran habilitados para apoyar en la realización de dichas actividades, facultad que como consecuencia de dicho mandato legal, no podría ser extendida a personal que no se encuentre considerado en el Cuadro de Asignación de Personal y esté fuera de los alcances de lo dispuesto en la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175 y lo dispuesto en el propio Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

Uno de los mecanismos que permitirá conseguir dicha finalidad es la habilitación legal para contratar a terceros especializados que coadyuven a la función que realiza el personal de planta del regulador, los que el proyecto considera denominar como Empresas Supervisoras.

De acuerdo a la propuesta, las empresas supervisoras serán contratadas por el OSIPTEL y mediante resolución del Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las empresas supervisoras, así como para la designación y ejecución de las tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas.



III.2. PRECISIONES A LA METODOLOGÍA DE SUPERVISIÓN

De manera adicional a lo señalado en los acápites precedentes se ha considerado conveniente precisar que cuando las acciones de supervisión sean registradas a través de mecanismos de audio y/o video, así como mediante la utilización de herramientas informáticas u otras análogas que registren la conducta investigada, no será necesario que el supervisor proceda a levantar un acta.



En cuanto a ello, es oportuno señalar que la evolución de la tecnología viene permitiendo que cada vez con más frecuencia se puedan utilizar diversos equipos que registran y almacenan los medios probatorios necesarios para acreditar el grado de cumplimiento de las empresas operadoras respecto a la normativa vigente, pasando desde las grabaciones de audio y/o video, las mediciones con equipos de calidad, las capturas de pantalla de la información consignada en la página web de las empresas operadoras, entre otras formas de obtener medios probatorios que constituyen pruebas fehacientes respecto a la ocurrencia de los hechos que se evidencian en ellas.

En tal virtud, se pretende dotar de una mayor precisión a la posibilidad que siempre otorgó el literal "f" del artículo 15° de la presente Ley, en cuanto facultó a los funcionarios del OSIPTEL a utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de los hechos materia de supervisión.



Dentro de ese marco, los registros que requiere utilizar el OSIPTEL se encuentran vinculados con las grabaciones de video, en las cuales el supervisor da cuenta de la fecha de realización de la acción de supervisión con la filmación de la fecha del periódico del día (preferentemente, la edición del diario oficial, El Peruano); asimismo, se registra la hora de la llamada, no solamente en el equipo de grabación, sino, además, en los relojes y/o servicios móviles de los supervisores. Las mencionadas filmaciones de video quedan registradas en un medio magnético (CD o DVD) y almacenadas en el expediente de supervisión correspondiente, al cual las empresas operadoras tienen pleno acceso en aras de garantizar su derecho a la defensa y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21° de la LDFF que establece que las grabaciones sean transcritas, que los interesados pueden solicitar el cotejo de la transcripción con la versión grabada y, que las grabaciones deben encontrarse a disposición de las entidades supervisadas involucradas. Asimismo, es importante destacar que al ser registradas las acciones de supervisión en grabaciones de video, en caso existan comentarios de las empresas operadoras estos también quedarán registrados en dicho mecanismo.

En ese mismo sentido, se ha considerado pertinente precisar, en el artículo 14° de la Ley, que la obligación del supervisor de identificarse ante la empresa operadora supervisada, sólo será necesaria para el caso de que se trate de una acción de supervisión que requiera el levantamiento de un acta de supervisión; es decir, para el caso de una acción de supervisión que no sea registrada a través de mecanismos de audio y/o video, o a través de herramientas informáticas u otras similares.

De otro lado, se ha considerado importante señalar, de manera expresa en la Ley, que el OSIPTEL cuenta con las facultades necesarias para poder ampliar o variar el objeto de una acción de supervisión, a efectos de aumentar las posibilidades de detección y actuación probatoria, respecto de presuntas conductas infractoras que se puedan evidenciar de manera adicional al comportamiento que es materia de la investigación original; lo cual resulta concordante con el Principio de Celeridad, destinado a dotar a los procedimientos de la máxima dinámica posible, con plena observancia del debido procedimiento, en cuanto a que se evita dilatar innecesariamente el inicio de la actividad supervisora del OSIPTEL, con el propósito de garantizar la cautela de los bienes jurídicos que protege.



III.3. FACULTAD SANCIONADORA

PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE NO TENGAN LA CALIDAD DE EMPRESAS OPERADORAS

El proyecto de norma, propone la incorporación del siguiente numeral, en atención a que OSIPTEL cuenta con facultades para sancionar a personas naturales o jurídicas aunque no tengan la condición de empresas operadoras:

"24.3 OSIPTEL podrá sancionar a personas naturales o jurídicas aunque no tengan la condición de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones por incumplimientos a la normativa del sector, conforme se disponga en ella."

En efecto, de conformidad con el Reglamento de la Ley N° 28295, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, "OSIPTEL es competente para imponer las sanciones a las personas naturales o jurídicas que tengan o no la condición de empresas operadoras de servicios públicos, por los actos u omisiones que impliquen un incumplimiento de la Ley, su Reglamento y normas reglamentarias".

Asimismo, la misma LDFF establece para temas de libre y leal competencia lo siguiente:

"26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas



de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente.*

De otro lado, como consecuencia del sistema de portabilidad numérica, previsto en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, D.S. N° 020-2007-MTC, OSIPTEL emitió el Reglamento de Portabilidad Numérica de los Servicios Públicos Móviles, aprobado mediante Resolución N° 044-2008-CD/OSIPTEL, en el cual se establecen una serie de obligaciones al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal¹. La necesidad de esta entidad se desprende de la elección efectuada por los concesionarios móviles de la solución técnica para la portabilidad, aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante Resolución Ministerial N° 378-2008-MTC/03, en cuyo artículo 2° se dispuso que la base de datos centralizada principal debía ser administrada por una entidad independiente de los concesionarios móviles, bajo la conformidad y supervisión del OSIPTEL. Es por ello que se justifica contar con facultades sancionadoras como incentivo necesario para que el referido Administrador de la Base de Datos cumpla con cada una de las obligaciones² que garantizarán el funcionamiento adecuado del sistema de portabilidad.

Por otra parte, de conformidad con el artículo 104° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante D.S. N° 008-2001-PCM, "Quien a sabiendas de lo falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada".

Teniendo en cuenta que, de conformidad con la normativa vigente todo administrado está facultado para formular denuncias³, de presentarse la figura tipificada en el artículo antes citado, sin necesidad de ostentar la calidad de empresa operadora de telecomunicaciones, debería ser sancionado.

En tal sentido, en concordancia con lo establecido en las normas antes señaladas se ha propuesto que se establezca expresamente en la LDFF del OSIPTEL la referida facultad, conforme se disponga en la normativa del sector, tal como se ha señalado en el texto resaltado.

ESCALA DE MULTAS

¹ Entidad independiente contratada por los concesionarios del servicio público móvil que canaliza todos los procesos administrativos y almacena toda la información referente a la portabilidad en los servicios públicos móviles.

² Artículo 28°.- Obligaciones mínimas

Las obligaciones mínimas del Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal son:

- (i) Servicios relacionados con el propio proceso de portabilidad:
 - Verificar la información registrada en el Registro de Solicitud de Portabilidad por el Concesionario Receptor e indicar si la misma procede o se rechaza.
 - De ser objetada la solicitud de portabilidad por el Concesionario Cedente, verificar si procede el rechazo.
 - De corresponder, tramitar la solicitud de portabilidad.
- (ii) Servicios relacionados con la descarga de información de la base de datos:
 - Permitir el acceso remoto de los concesionarios móviles a la Base de Datos Centralizada Principal para la actualización de sus Bases de Datos Locales.
 - Permitir el acceso remoto de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones diferentes a los concesionarios móviles para la actualización de sus Bases de Datos Locales.
 - Permitir el acceso remoto del OSIPTEL a efectos de verificar que efectivamente se viene cumpliendo con el marco normativo y las condiciones establecidas para la portabilidad
- (iii) Generar un archivo con la información diaria de los números a portarse y ponerlo a disposición de todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones para su acceso remoto y descarga vía electrónica. Esta información deberá estar disponible un (01) día hábil antes de la fecha de ejecución de la portabilidad.
- (iv) Mantener la confidencialidad de la información correspondiente a los procedimientos de portabilidad. Dicha información sólo podrá ser utilizada para los fines establecidos en el marco normativo. El Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal no deberá divulgar la información, ni compartirla, ni utilizarla para otros fines.

³ Artículo 105° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.



El ejercicio de la función supervisora en sí misma no constituye un elemento disuasivo suficiente para que las empresas operadoras adecuen su comportamiento a la normativa vigente, requiriéndose también del ejercicio de la potestad sancionadora como una herramienta que resulte en principio más intensa. No obstante, los niveles de ingresos del sector telecomunicaciones han ocasionado que la escala de multas establecida hace más de una década, se encuentre completamente desactualizada y no resulte apropiada para los fines que persigue.

Sobre el particular, es preciso recordar que el esquema vigente de multas que contempla tres rangos de multas: leve (0,5 a 50 UIT), grave (51 a 150 UIT) y muy grave (151 a 350 UIT), no resulta adecuado a la evolución de la industria, ni suficientemente disuasivo para las empresas operadoras.

Al existir estos tres rangos de multas pre establecidos, se reducen las posibilidades del regulador para graduar la sanción a imponer en caso de multas graves o muy graves para empresas con menores ingresos. De esta forma, existe el riesgo de no poder graduar la sanción teniendo en cuenta el tamaño y la capacidad económica del sancionado, así como el impacto de la conducta ilícita en el mercado.

De otro lado, existen empresas con niveles muy superiores de ingresos, en cuyo caso la posible imposición de una multa muy grave (hasta 350 UIT) ante algún incumplimiento al marco regulatorio, no resulta un desincentivo suficiente de la comisión de ilícitos, precisamente por su alto nivel de ingresos.

Por las razones expresadas, se plantea una modificación en la escala de multas que permita dotar al OSIPTEL de parámetros más flexibles que permitan un ejercicio razonable de la potestad sancionadora, tal como se propone en la presente modificatoria.

LÍMITES DE LAS MULTAS A IMPONER



Se considera necesario hacer referencia a los "ingresos brutos" de las empresas como un porcentaje de ellos, al límite de las multas que se impongan, tal como, por ejemplo, se ha utilizado en el fórmula legal del Decreto Legislativo N° 1044, "Ley de Represión de la Competencia Desleal"⁴



Asimismo, se considera conveniente que la referencia al ejercicio inmediato anterior sea considerada respecto de la expedición de la resolución que impone una sanción y no respecto al ejercicio inmediato anterior de la comisión de la infracción.

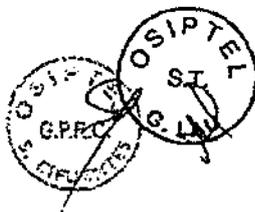
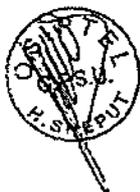
En cuanto a ello, es preciso señalar que resulta mucho más realista aplicar dicho concepto debido a que de tratarse de hechos muy alejados a la fecha de la comisión de la infracción (dado que algunas infracciones son de difícil detección y obtención de medios probatorios en la investigación preliminar, sumándose a ello el transcurrir de los procedimientos de supervisión y sanción), la situación de las empresas operadoras podría haber variado de manera tal que sus ingresos actuales no le permitan asumir una multa basada en información histórica.

⁴ Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

(...)

b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;



CRITERIOS DE GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES

Se han señalado en la propuesta los criterios a analizar para la determinación del monto de las multas, como parte del análisis de razonabilidad que debe hacerse en cada caso, considerando criterios importantes que actualmente se encuentran recogidos también en otras normas de estrecha vinculación y que resulta necesario explicitarlos en la Ley que desarrolla las facultades del OSIPTEL.

Así, cabe señalar que el beneficio, el daño y la repetición, aunque con un texto distinto, son criterios consignados en el vigente artículo 30° de la Ley N° 27336 y, adicionalmente, se encuentran presentes en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), en el Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 (en adelante, CPDC) y, en los Decretos Legislativos N° 1034 y 1044, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y Ley de Represión de la Competencia Desleal respectivamente.

Adicionalmente, se ha consignado la probabilidad de detección, como un criterio a analizar al momento de determinar la sanción a imponer. Este criterio está consignado en el CPDC, así como también en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

De otro lado, las circunstancias agravantes no son otras que las ya establecidas en la LDFF, en la LPAG o en el CPDC: la repetición y/o continuidad, la intencionalidad y el comportamiento del infractor cuando contraviene la conducta procedimental.

Como atenuantes, se ha mencionado la subsanción, figura actualmente regulada en la LDFF que establece un régimen de beneficios por subsanción. Este criterio es también expresamente establecido por la LPAG y recogido ampliamente en el CPDC.

Racionalidad de la Inclusión del Beneficio Esperado y Daño Potencial

En general, una vez que se ha fijado un estándar regulatorio, como por ejemplo una norma de calidad de servicio, el problema que enfrenta el regulador es el de diseñar un esquema basado en supervisión y sanciones que brinde incentivos para que las empresas bajo su ámbito destinen recursos a prevenir y controlar posibles fallas. No obstante, dado que los esquemas mencionados anteriormente son costosos, el mecanismo óptimo de disuasión podría ser aquél en el que ex post el regulador no observe todas las infracciones (lo cual generaría incentivos para que algunas empresas no inviertan en mejorar la calidad del servicio brindado), pero en el que ex ante la empresa elija la acción sugerida por el regulador basada en la probabilidad subjetiva de ser detectado (Cohen, 1987)⁵.

La teoría estándar sobre análisis de sanciones establece que todos los actos ilícitos que los individuos cometen resultan en externalidades negativas. Sin embargo, en muchas ocasiones, los actos ilícitos generan daños a terceros con una probabilidad menor al 100%. Por ejemplo, considérese el caso en el que un conductor va a exceso de velocidad. El hecho de que dicho conductor cometa esa infracción no siempre genera un accidente. Para el caso del sector telecomunicaciones, el hecho que un operador no tenga un sistema de respaldo ante una interrupción del servicio en el caso de desastres naturales no causa externalidades a terceros hasta que se llegue a producir una interrupción debido a esa causa, cosa que no siempre ocurre.

Por lo tanto, en escenarios como el descrito en el párrafo anterior, se puede imponer una sanción por el daño efectivamente cometido (lo cual haría que la sanción que se imponga sea

⁵ Cohen, M. (1987). "Optimal Enforcement Strategy to Prevent Oil Spills: An Application of a Principal-Agent Model with Moral Hazard" Journal of Law and Economics 30(1): 23-51.



ex post), o también podría imponerse una sanción a la conducta que genera un daño potencial e incrementa la probabilidad de ocurrencia de un daño a terceros. Este último escenario permite imponer sanciones *ex ante* (Polinsky y Shavell, 2002)⁶.

Es importante señalar que, como parte de los instrumentos de fiscalización y sanción que poseen los reguladores, es preciso contar con ambos tipos de sanciones. En particular, los conceptos de "daño potencial" y "beneficio esperado" se refieren a casos en los que la empresa supervisada ha incurrido en una infracción pero cuyos efectos no son manifiestos. De otra parte, los conceptos de "daño real" y "beneficio obtenido" se refieren a situaciones en los que la infracción cometida ha generado una externalidad negativa detectada y cuantificable. Si existiera la posibilidad de emitir sanciones únicamente cuando se han producido afectaciones a terceros, la capacidad de sanción del regulador se vería bastante reducida. Dependiendo de la estrategia de monitoreo y supervisión que tenga la institución, así como de la disponibilidad de información, ésta podrá seguir uno u otro enfoque.

Desde el punto de vista práctico, la elección entre la imposición de ambos tipos de multa depende de una serie de factores. En primer lugar, las sanciones *ex ante* no requieren ser tan elevadas para poder ser disuasivas, lo cual representa una ventaja sobre las multas *ex post*. En segundo lugar, dado que las multas *ex ante* suelen ser más bajas, podrían ser menos susceptibles de ser apeladas o judicializadas para aquellos operadores que son adversos al riesgo⁷. En tercer lugar, la imposición de multas *ex ante* puede ser más sencilla de tramitar (por ejemplo, es más sencillo determinar si la empresa tiene o no un sistema de respaldo que el determinar los daños causados por una interrupción).

Por último, es cierto que el cálculo del beneficio esperado y daño potencial puede ser difícil de estimar y se encuentra sujeto a una serie de supuestos, cosa que podría no ocurrir cuando se calcula el daño efectivo (Shavell, 1993)⁸. No obstante, es preciso señalar que en realidades como la peruana, la falta de información disponible hace imperioso utilizar supuestos en ambos casos. Sin embargo, de no contar con información suficiente para ello, dichos criterios no serán tomados en cuenta al momento de realizar el cálculo respectivo, no obstante, resulta importante que la LDFF recoja expresamente los criterios en mención.

En este sentido, según la teoría económica de sanciones, una multa óptima debería considerar estos dos escenarios posibles. El primero de ellos es aquél en el cual se ha detectado una infracción y no se han generado externalidades negativas hacia terceros, mientras que el segundo escenario es aquél en el que ya se han generado daños a terceros. Será entonces labor del regulador el determinar en qué casos puede ser aplicable una u otra sanción.

La inclusión del beneficio esperado o daño potencial como criterios para el cálculo de multas tiene un historial bastante amplio, no solo en el caso internacional, sino también en el peruano. Internacionalmente, la Federal Trade Commission (FTC) o la Environmental Protection Agency (EPA) de los Estados Unidos emplean dicho criterio como factor al momento de realizar el cálculo de multas, siendo las estimaciones aceptadas como evidencia en procesos judiciales. A nivel nacional, otras entidades como OSINERGMIN, la OEFA y el INDECOPÍ incluyen el concepto de daño potencial en sus procedimientos de cálculos de sanciones. Al respecto, recientemente INDECOPÍ ha publicado un documento de trabajo sobre el cálculo de multas⁹, en el que propone la aplicación uniforme, por parte de todos los órganos resolutivos de dicha

⁶ Polinsky, M. y S. Shavell (2000). "The Economic Theory of Public Enforcement of Law" *Journal of Economic Literature* 38(1): 45-76.

⁷ Cuando los individuos presentan aversión al riesgo, éstos tienden a sobre invertir en medidas para cumplir con la normatividad, lo cual podría no ser óptimo desde el punto de vista de la empresa. Si el monto de la sanción es menor, como lo es con las multas *ex ante*, el monto de sobreinversión será menor.

⁸ Shavell, S. (1993). "The Optimal Structure of Law Enforcement" *Journal of Law and Economics* 36(1): 255-287.

⁹ Véase <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioops/0/0/fer/docstrabajo/DocTrabN01-2012.pdf>



Institución, de una metodología para la determinación de multas que considera entre otros, precisamente el beneficio y daño potencial.

Como se observa, los criterios establecidos en el proyecto no constituyen una innovación en materia sancionadora sino por el contrario, están en concordancia con lo expresamente establecido en otros dispositivos legales que guardan relación directa con el marco normativo del OSIPTEL, resultando necesario consignar dichos criterios expresamente en esta LDFF para garantizar la transparencia y predictibilidad, así como para asegurar la legalidad en su aplicación.

La aplicación de los referidos criterios se determinará de conformidad con la naturaleza del caso concreto.

RECURSOS IMPUGNATIVOS

Con la finalidad de lograr la celeridad en los procedimientos administrativos sancionadoras en la propuesta se señala que no cabe recurso de reconsideración contra las resoluciones de las instancias competentes del OSIPTEL que impongan sanciones en primera instancia administrativa; sin por ello dejar de garantizar la doble instancia.

PRESCRIPCIÓN DE LA FACULTAD SANCIONADORA

En materia de prescripción y pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, la propuesta hace una remisión a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de modo tal que el tratamiento en dicho aspecto será uniforme y sin establecer plazos diferentes como en el caso de infracciones distintas.

III.4. INSTANCIAS COMPETENTES

CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES

De acuerdo al marco normativo vigente, determinados procedimientos administrativos sancionadores están a cargo de la Gerencia General y del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) en primera instancia administrativa. La segunda instancia administrativa de dichos procedimientos actualmente es el Consejo Directivo.

A fin de optimizar la tramitación de los procedimientos sancionadores antes mencionados, se ha visto conveniente asignar a la Gerencia General, el rol de primera instancia administrativa a cargo de dichos procedimientos, salvo para las infracciones al procedimiento de reclamos de usuarios, en cuyo caso el TRASU conserva la competencia.

Esta propuesta generaría importantes beneficios respecto de la unificación y centralización de la potestad sancionadora, tales como: (i) reducción del riesgo de disparidad de criterios; (ii) reducción de costos de coordinación; y (iii) mayor predictibilidad y oportunidad de la emisión de los pronunciamientos sancionadores.

De otro lado, se ha considerado conveniente crear el Tribunal de Apelaciones encargado de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de la Gerencia General y del TRASU, en procedimientos administrativos sancionadores y de imposición de medidas correctivas. Esta propuesta obedece al gran incremento en la carga administrativa de este tipo de procedimientos el cual se ha experimentado en los últimos años, proyectándose un mayor incremento producto del crecimiento del mercado y del fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL.

Así, de un total de 21 multas impuestas el año 2011, ascendentes a aproximadamente cinco millones y medio de nuevos soles (S/. 5'500,000); en el año 2012 se impusieron 69 multas,



ascendentes a aproximadamente dieciséis millones seiscientos mil nuevos soles (S/. 16'600,000). Estas cifras, aun sin considerar las sanciones no pecuniarias ni las medidas correctivas, que se han impuesto, reflejan el gran incremento en la carga administrativa.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que el Consejo Directivo es el órgano máximo del OSIPTEL que tiene a su cargo, fundamentalmente, el establecimiento de las políticas y la dirección del organismo y se reúne ordinariamente dos veces al mes. Sin embargo, actualmente es competente también para resolver las apelaciones formuladas contra las sanciones y medidas correctivas, impuestas por la Gerencia General y el TRASU y, esto ha implicado un incremento en la carga que, solo en términos cuantitativos –cuestión aparte es la complejidad en las materias–, representa casi el 80% del año 2011 (48 recursos de apelación) al año 2012 (86 recursos de apelación).

Cabe señalar que actualmente, para hacer frente a la carga que se viene presentando, el Consejo Directivo del OSIPTEL se ve en la necesidad de reunirse más de dos veces al mes, pese a que sólo son remuneradas dos sesiones como máximo. Adicionalmente, de seguir incrementándose la carga, como se prevé, se corre el riesgo que los recursos impugnativos no puedan ser resueltos dentro del plazo establecido por la normativa, treinta días hábiles.

De ahí que se proponga la creación de un Tribunal de Apelaciones similar al que tiene OSINERGMIN como parte de su estructura orgánica. La creación de este Tribunal traerá beneficios de eficiencia y eficacia, ya que, por un lado, el Consejo Directivo se abocará a las funciones propias de un órgano máximo de un organismo regulador y, por otro lado, un Tribunal de Apelaciones ad hoc podrá hacer frente de manera oportuna y con una mayor especialización a los recursos impugnativos que conozca, teniendo, además, la posibilidad de emitir precedentes de observancia obligatoria y lineamientos resolutivos de ser el caso.

CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE TELECOMUNICACIONES DEL OSIPTEL Y ELIMINACIÓN DE LOS CUERPOS COLEGIADOS

Teniendo en cuenta la relevancia de las infracciones a la libre y leal competencia en los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones, se ha estimado conveniente crear la Comisión de Defensa de la Competencia de Telecomunicaciones del OSIPTEL, la cual cumplirá la función de ejercer un control ex post de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044, así como de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas en el mercado de los servicios públicos, actuando como primera instancia administrativa en los procedimientos que inicie de oficio o a pedido de parte, por presuntos incumplimientos a las normas comprendidas en las mencionadas Leyes y sancionando las conductas infractoras detectadas, siendo sus resoluciones apelables ante el Tribunal de Solución de Controversias.

Asimismo, dicha Comisión resolverá en primera instancia las demás controversias que se presenten respecto de cualquier otra materia que sea competencia del OSIPTEL, asumiendo, en tal sentido, las funciones que hasta la fecha ha venido desempeñando los Cuerpos Colegiados.

De otro lado, dicha Comisión tendrá a su cargo evaluar los efectos de las transferencias de Concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y emitir opinión al respecto, a solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Especialidad.-

Conforme a su función de solución de controversias, el OSIPTEL es competente para conocer las controversias que versen sobre las siguientes materias:



- El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.
- La Interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones que las empresas se paguen derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.
- El derecho de acceso a red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.
- Tarifas y cargos diferentes a los de interconexión.
- Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.
- Acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones¹⁰.

A lo largo de los años, el OSIPTEL se ha especializado en el análisis del mercado de las telecomunicaciones; así como en la investigación, evaluación y sanción de las prácticas que afecten el proceso competitivo en un sector tan dinámico y complejo como el de las telecomunicaciones, caracterizado por la rapidez de los cambios y por la convergencia tecnológica.

Actualmente, el Órgano encargado de resolver controversias de primera instancia está conformado por Cuerpos Colegiados, esto es, profesionales designados, para cada caso en particular, de una lista de candidatos previamente aprobada por el propio Consejo Directivo del OSIPTEL, los mismos que una vez cumplido el encargo encomendado cesan en sus funciones. En tal sentido la creación de una Comisión permanente, generaría una mayor especialización a cargo de los miembros que la constituyan en la medida que podrían conocer y evaluar todas las materias que son competencia de la agencia de competencia del OSIPTEL.

Asimismo, la propuesta de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL, es acorde con la función ejercida, en segunda y última instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversias, el cual es un órgano independiente, técnico y de carácter permanente.

Predictibilidad.-

La creación de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL pretende reducir el riesgo de disparidad de criterios que pudieren existir, si son diversas personas las encargadas de evaluar las controversias. De este modo, un órgano permanente podría generar mayor predictibilidad en sus pronunciamientos para las empresas operadoras y para el mercado en general, con relación a los principales criterios asumidos en el tratamiento e investigación de las materias que pueden ser evaluadas en las controversias.

Adicionalmente, es preciso señalar que en el OSIPTEL confluyen, entre otras labores de suma importancia, la función reguladora, la normativa y la de solución de controversias. Al respecto, existe una retroalimentación constante entre las labores de regulación (función normativa y reguladora) y la función de solución de controversias. En tal sentido, una mayor predictibilidad en los pronunciamientos generada por la creación de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones repercutiría de manera positiva en las labores de regulación (normativa y reguladora) del OSIPTEL, y por tanto, mejoraría las condiciones competitivas del sector de telecomunicaciones, cuyo propósito final es el de incrementar el bienestar de los consumidores.

ELIMINACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

¹⁰ Artículo 53° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

Mediante el literal e) del artículo 8° de la Ley N° 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, se estableció como una función del OSIPTEL actuar como Institución organizadora de los arbitrajes que se instauren para resolver las controversias de las empresas prestadoras de servicios entre sí, cuando este tipo de arbitraje haya sido pactado en los respectivos contratos de concesión. Asimismo, mediante el literal f) del referido artículo se dispuso que OSIPTEL debía establecer la relación de árbitros independientes a los que se someterán las empresas concesionarias y el Estado para resolver las discrepancias sobre el contrato de concesión, cuando el arbitraje para estos casos se encuentre pactado en dicho contrato.

Sin embargo, estas disposiciones, en la práctica, no han tenido aplicación efectiva, siendo que desde el inicio de sus funciones únicamente se ha presentado y resuelto ante el Centro de Arbitraje del OSIPTEL una controversia, lo que ocurrió en el año 2001. Cabe mencionar que, regularmente, cuando se incluyen cláusulas arbitrales para controversias entre el Estado y la empresa concesionaria, precisan el sometimiento a un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

En tal sentido, se ha considerado conveniente eliminar la referencia al Tribunal Arbitral como una Instancia más del OSIPTEL.

III.5. IMPORTES POR COBROS INDEBIDOS O EN EXCESO

La norma prevé que el OSIPTEL queda facultado para emitir disposiciones reglamentarias con relación a la devolución de montos cobrados indebidamente por las Entidades Supervisadas y con relación a la disposición de los mismos, en razón que en ocasiones las empresas operadoras se ven imposibilitadas de realizar la devolución de los importes cobrados indebidamente o en exceso.

En efecto, si las empresas operadoras no pueden devolver lo indebidamente cobrado a los usuarios, ya sea porque ya no existan o sean inubicables y el tiempo transcurre, esta obligación de devolución podría prescribir, pasando a formar parte de los ingresos de las empresas dicho dinero.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que a la fecha se encuentra pendiente de devolución cerca de cuatro millones de nuevos soles y dos millones de dólares americanos, de conformidad con el detalle siguiente:

EMPRESA	SOLES		DÓLARES	
	MONTO	ASIGNADOS	MONTO	ASIGNADOS
AMERICATEL PERÚ S.A.	S/ 9,356.53	6,079.00	\$ 698.03	1,396.00
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	S/ 629,302.63	182,809.00	\$ -	0.00
CONVERGIA PERÚ S.A.	S/ 148.79	1,035.00	\$ -	0.00
DIGITAL WAY S.A.	S/ 27.07	15.00	\$ -	0.00
NEXTEL DEL PERÚ S.A.	S/ -	0.00	\$ 1,819,140.39	166,600.00
STAR GLOBAL COM S.A.C.	S/ -	0.00	\$ 6.73	26.00
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	S/ 2,051,080.86	49,683.00	\$ -	0.00
TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.	S/ 72,618.86	25,070.00	\$ 92,743.75	29,392.00
TELMEX PERÚ S.A.	S/ 6,212.52	194.00	\$ 1,532.19	77.00
TELEFÓNICA MÓVILES S.A.	S/ -	0.00	\$ 554.50	4,564.00
TERRA NETWORKS PERÚ S.A.	S/ 1,226,711.05	63,945.00	\$ 440.41	1,411.00
TOTAL	S/ 3,995,458.31	328,232.00	\$ 3,415,116.07	209,468.00



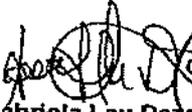
IV. RECOMENDACIÓN

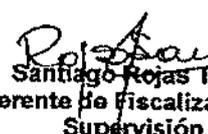
De conformidad con lo requerido por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio N° 818-2013-PCM/SG y, atendiendo las opiniones y sugerencias vertidas por los sectores, en la sesión de la Comisión de Coordinación Viceministerial, del 5 de abril de 2013; se ha elaborado el presente informe, al que se adjunta el Proyecto de Ley para la modificación de la Ley N° 27336 y su exposición de motivos. Por tanto, recomendamos someterlo a aprobación de la Presidencia del Consejo Directivo para su trámite respectivo.

Atentamente,


Luis Alberto Arequipa Támara
Gerente de Asesoría Legal


Sergio Fuentes Castañeda
Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia


Ady Gabriela Lau Deza
Secretaria Técnica de los Órganos Colegiados (e)


Santiago Rojas Tuya
Gerente de Fiscalización y Supervisión


Humberto Sheput Stucchi
Gerente de Protección y Servicio al Usuario

**LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS
FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN
PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL**

Artículo 1.- Objeto de la Ley.-

Modifíquense los artículos 1°, 2°, 10°, 13°, 14°, 15°, 20°, 24°, 25°, 26°, 30°, 31°, 33° y 36° de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, de acuerdo a los siguientes textos:

"Artículo 1°.- Objetivo de la norma

Es objeto de la presente Ley:

a) *Definir y delimitar las facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), para supervisar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a su competencia así como a las personas naturales y jurídicas que no tengan la condición de empresas de servicios públicos de telecomunicaciones, que se encuentran dentro de los alcances de la presente norma y a quienes se les aplica las disposiciones establecidas para las entidades supervisadas.*

b) *Establecer las instancias competentes para los respectivos procedimientos administrativos.*

Las disposiciones contenidas en la presente Ley también son aplicables a los requerimientos de información que formulen las gerencias o instancias competentes de OSIPTEL para el ejercicio de sus funciones."

"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.*

Empresa Supervisora.- *A toda persona natural o jurídica contratada por el OSIPTEL para ejercer funciones específicas de supervisión. El OSIPTEL reglamentará los aspectos referidos a su calificación, clasificación, incompatibilidades y registro, designación y ejecución de las tareas de supervisión que realizarán tales empresas, debiendo ser contratadas respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia.*

Entidades Supervisadas.- *A todas las personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos de telecomunicaciones y terceros que se encuentran dentro de los alcances de la presente norma y a quienes se les aplica las disposiciones establecidas para las entidades supervisadas.*

Instancias Competentes de OSIPTEL.-

a. *Al Consejo Directivo, la Presidencia y la Gerencia General de OSIPTEL;*



b. A la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones de OSIPTEL;

c. Al Tribunal Administrativo de Solución de Controversias (TSC);

d. Al Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU); y

e. Al Tribunal de Apelaciones, encargado de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de la Gerencia General y del TRASU, en procedimientos administrativos sancionadores y de imposición de medidas correctivas.

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.

Supervisor.- Funcionario del OSIPTEL o de una Empresa Supervisora debidamente autorizado y acreditado por el OSIPTEL para llevar adelante, en nombre de éste, acciones de supervisión en ejercicio de la facultad supervisora que le asiste.

Terceros.- Personas naturales y jurídicas que no tengan la condición de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, que se encuentran dentro de los alcances de la presente norma y a quienes se les aplica las disposiciones establecidas para las entidades supervisadas.

UIT.- A la Unidad Impositiva Tributaria."

"Artículo 10º.- Acción de supervisión y funcionarios autorizados

10.1 La acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo.

Asimismo, la acción de supervisión podrá ser efectuada por las Empresas Supervisoras debidamente calificadas y seleccionadas que sean contratadas para realizar dicha función.

10.2 Para realizar una acción de supervisión, los supervisores presentarán la identificación que los acredite como tales, salvo que se trate de un requerimiento de información formulado por una gerencia o instancia competente de OSIPTEL, de los casos previstos en el Artículo 14 de la presente Ley, o que por la naturaleza de la acción de supervisión no se requiera la identificación del supervisor."

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

13.1 OSIPTEL establecerá los plazos, condiciones y formas para la entrega de información, los cuales deberán ser obligatoriamente observados



por la empresa supervisada para la entrega de la información requerida, atendiendo a su tipo, disponibilidad y volumen. Ello incluye la posibilidad de OSIPTEL para presentar formularios o formatos a ser llenados por la empresa supervisada.

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

13.3 El plazo otorgado por OSIPTEL para la entrega de información no podrá ser inferior a 2 (dos) días hábiles, salvo casos excepcionales debidamente justificados. Este plazo no será aplicable si la acción de supervisión se realiza en las instalaciones de la entidad supervisada y los documentos, archivos o equipos se encuentran disponibles en las mismas."

"Artículo 14º.- Acción de supervisión sin previo aviso

El supervisor o los especialistas instruidos para efectos de realizar una acción de supervisión pueden comportarse como usuarios, potenciales clientes o terceros, entre otros, a fin de lograr el cumplimiento del objeto de la acción supervisora, dentro de los límites establecidos en el Artículo 4 de la presente Ley. En tales casos su acción no tiene que restringirse al trato o información que se les brinda a ellos directamente, sino que puede incluir información respecto del trato e información que se brinda a otras personas.

Cuando estas acciones de supervisión requieran del levantamiento de un acta de supervisión para dejar constancia de los hechos observados, el supervisor una vez culminada su atención deberá identificarse como tal y comunicar a la empresa operadora el objeto de la supervisión."

"Artículo 15º.- 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:

a) Exigir a las entidades supervisadas la exhibición o presentación de todo tipo de documentos, expedientes, archivos y otros datos, incluyendo planos, libros contables, comprobantes de pago, correspondencia comercial, registros magnéticos y, de ser el caso, todos los programas e instrumentos que fueran necesarios para su lectura.

b) Exigir a las entidades supervisadas que presente información relacionada con facturación, tasación, lugar y fecha de instalación de líneas o circuitos, tráfico entrante y saliente, y otras que establezca el Reglamento, con el detalle, forma y condiciones que dicho organismo establezca para cada situación.

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

d) Tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como tomar las fotografías, realizar impresiones, grabaciones magnetofónicas o en video y, en



general, utilizar los medios necesarios para generar un registro completo y fidedigno de su acción de supervisión.

e) Realizar exámenes sobre aspectos técnicos o tecnológicos, para lo cual pueden efectuar pruebas, analizar las características de los equipos, revisar instalaciones y, en general, llevar a cabo cualquier diligencia conducente al cumplimiento del objeto de la acción de supervisión.

f) Citar o formular preguntas tanto a funcionarios de la empresa como a terceros, cuyos testimonios puedan resultar útiles para el esclarecimiento de los hechos a que se refiere la acción de supervisión y utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o en vídeo.

g) Ampliar y/o variar los alcances del objeto de la supervisión en caso se detectaran incumplimientos adicionales a los expresados en el referido objeto. Tal situación no enerva el ejercicio de la función supervisora, fiscalizadora o sancionadora por parte del OSIPTEL siempre que tales hechos se verifiquen de la supervisión y se haya garantizado el derecho al debido procedimiento de las entidades supervisadas."

"Artículo 20º.- Acta

20.1 Llevada a cabo una acción de supervisión fuera de las instalaciones de OSIPTEL, se procederá a dejar constancia de las incidencias observadas en un acta que será levantada exclusivamente por el o los funcionarios autorizados, en el mismo acto y lugar en que fuera realizada la acción. Una copia de esta acta deberá ser entregada a un representante de la entidad supervisada, quien podrá dejar constancia en la misma acta de comentarios referidos a la acción de supervisión.

Quando estas acciones de supervisión sean registradas a través de mecanismos de audio y/o vídeo, así como mediante la utilización de herramientas informáticas u otras similares que registren la conducta investigada, no será necesario el levantamiento de un acta de supervisión.

20.2 El acta, debidamente suscrita por el funcionario autorizado responsable de la acción constituye instrumento público."

"Artículo 24º.- Facultad sancionadora y de tipificación

24.1 OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley.

24.2 La imposición de una sanción no exime del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la entidad sancionada. Para dichos efectos, la notificación de la sanción contendrá la intimación al cumplimiento de la obligación, dentro del plazo fijado, y bajo apercibimiento de la aplicación de nuevas sanciones. El incumplimiento de dicha intimación se considerará, como agravante de la infracción, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 34 de la presente Ley o de las disposiciones que sobre el particular emita OSIPTEL.



24.3 OSIPTEL podrá sancionar a personas naturales o jurídicas aunque no tengan la condición de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones por incumplimientos a la normativa del sector, conforme se disponga en ella.

24.4 No cabe recurso de reconsideración contra las resoluciones de las instancias competentes del OSIPTEL que impongan sanciones en primera instancia administrativa.

24.5 OSIPTEL se encuentra facultado para disponer la difusión de información vinculada a los procedimientos que inicie en ejercicio de su potestad sancionadora, siempre que lo considere pertinente en atención a los intereses de los consumidores afectados y no constituya violación de secretos comerciales o industriales."

"Artículo 25°.- Calificación de infracciones y niveles de multa

25.1 Las infracciones administrativas serán calificadas como leves, graves y muy graves, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que OSIPTEL haya emitido o emita. Los límites máximos de las multas son los siguientes:

a) Si la infracción fuera calificada como leve, se podrá imponer una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución que impone la sanción.

b) Si la infracción fuera calificada como grave, se podrá imponer una multa de hasta mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución que impone la sanción.

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, se podrá imponer una multa incluso superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la expedición de la resolución que impone la sanción.

25.2 En caso de infracciones leves puede sancionarse con amonestación escrita, de acuerdo a los criterios contenidos en las normas sobre infracciones y sanciones que el OSIPTEL haya emitido o emita.

25.3 La multa que se imponga será rebajada en un treinta y cinco por ciento (35%) cuando el infractor cancele el monto de la misma con anterioridad a la culminación del término para apelar la resolución que la impuso en primera instancia administrativa, y en tanto no interponga recurso impugnativo alguno contra dicha resolución."

"Artículo 26°.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales



26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la libre o leal competencia, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 1034, el Decreto Legislativo N° 1044 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.

26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente.

26.3 Asimismo, serán aplicables los Artículos 26 y 43 del Decreto Legislativo N° 1034, en lo referido a la participación y sanciones a los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas o entidades sancionadas. Estas disposiciones no sólo serán aplicables cuando se trate de infracciones relacionadas con la libre competencia, sino también con la interconexión y con negativas directas o indirectas, para acceder a información."

"Artículo 30°.- Gradación de la multa

Para determinar la calificación de la infracción y la sanción a imponer, se tendrá en consideración, entre otros, los siguientes criterios:

- El beneficio ilícito esperado y obtenido por la realización de la infracción.
- El daño real y potencial producto de la infracción.
- La probabilidad de detección de la infracción.

Se considerarán circunstancias agravantes especiales, las siguientes:

- La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción.
- La existencia de intencionalidad en la conducta del infractor.
- La conducta del infractor a lo largo del procedimiento que contravenga el principio de conducta procedimental.

Se considerará como circunstancia atenuante, la conducta del infractor destinada a subsanar, mitigar, o corregir los hechos constitutivos de la infracción."

"Artículo 31°.- Prescripción

La facultad del OSIPTEL para la determinación de infracciones e imposición de sanciones administrativas, así como su cobro o ejecución, se rige por lo dispuesto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General."

"Artículo 33°.- Publicación

Las resoluciones que impongan sanciones por la comisión de infracciones serán publicadas en la página web del OSIPTEL, cuando hayan quedado firmes, o se haya causado estado en el procedimiento administrativo."



"Artículo 36°.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa

Son competentes para resolver controversias:

a) En primera instancia: la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL, de acuerdo con la normativa aplicable.

b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo de Solución de Controversias, de acuerdo a la legislación aplicable.

Además de las controversias señaladas en el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y en la Ley N° 26285, Ley que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, y demás que se deriven de otras leyes, OSIPTEL es competente para conocer de toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque sólo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios."

Artículo 2°.- Incorporación de Disposiciones Finales

Incorpórese a la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, las siguientes disposiciones finales:

"TERCERA.- Del Registro de Supervisores o Empresas Supervisoras

EL OSIPTEL podrá emitir disposiciones reglamentarias a fin de establecer un registro de los supervisores o empresas supervisoras facultadas para efectuar acciones de supervisión."

"CUARTA.- Importes por Cobros Indebidos o en Exceso

EL OSIPTEL queda facultado para emitir normas reglamentarias con relación a la devolución de montos cobrados indebidamente o en exceso por las Entidades Supervisadas, así como con relación a la disposición de los mismos, cuando no sea posible la devolución en el plazo de un año, montos que deberán ser destinados a los abonados del servicio afectado, conforme a los criterios o mecanismos que determine el organismo regulador."

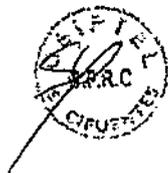
"QUINTA.- De la mención a los funcionarios autorizados y empresas supervisadas

Toda mención que se haga al funcionario o funcionarios autorizados para las acciones de supervisión en la presente Ley y demás normas relacionadas; deberá entenderse hecha al supervisor o supervisores.

Toda mención a empresa supervisada debe entenderse referida a entidad supervisada."

"SEXTA.- De la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones

La Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL, es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado de velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1034, la Ley de Represión de la Competencia Desleal,



aprobada por el Decreto Legislativo Nº 1044 y de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y las leyes respectivas. Asimismo, es el órgano encargado de resolver todas las controversias en primera instancia administrativa, tanto las que versan sobre libre y leal competencia, como aquellas que versen sobre materias regulatorias.

"SÉTIMA.- De la Conformación de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones y el Tribunal de Apelaciones

La Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL y el Tribunal de Apelaciones interpuestas contra las resoluciones de la Gerencia General y del TRASU, en procedimientos administrativos sancionadores y de imposición de medidas correctivas; estarán conformados por cinco (5) miembros, designados por Resolución del Consejo Directivo, por un periodo de tres (3) años, pudiendo ser renovado por un periodo adicional"

Disposiciones Transitorias

Primera.- En un plazo no mayor de ciento veinte (120) días calendario, computados a partir de la vigencia de la presente Ley, el OSIPTEL emitirá las normas complementarias que resulten necesarias para su debida implementación.

Segunda.- Lo dispuesto en el numeral 25.1 del artículo 25° entrará en vigencia a los ciento veinte (120) días hábiles siguientes a la publicación de la presente Ley en el diario oficial El Peruano.

Tercera.- En tanto la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL no se encuentre debidamente instalada e inicie funciones, los Cuerpos Colegiados mantienen la competencia para iniciar, de oficio o a solicitud de parte, conocer y resolver todas las controversias entre empresas que pudieran suscitarse, así como imponer las sanciones correspondientes.

Una vez iniciada una controversia, la competencia del Cuerpo Colegiado designado se mantendrá hasta su conclusión con la emisión de resolución final que cause estado en la vía administrativa, así como para efectos de la ejecución de la misma y de los procedimientos sancionadores que pudieran derivarse de infracciones cometidas en cualquiera de las etapas de los procedimientos a su cargo, aún cuando, en el transcurso de los mismos, la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones hubiera entrado en funciones.

Cuarta.- En tanto no se encuentre debidamente instalado e inicie funciones el Tribunal de Apelaciones interpuestas contra las resoluciones de la Gerencia General y del TRASU, en procedimientos administrativos sancionadores y de imposición de medidas correctivas; el Consejo Directivo del OSIPTEL seguirá resolviéndolas en segunda y última instancia administrativa.

Quinta.- A efectos de adecuar su estructura organizativa a las disposiciones de la presente Ley, exonerése por única vez a OSIPTEL de la prohibición establecida en el numeral 8.1 del artículo 8° de la Ley Nº 29951, Ley de Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2013, siendo requisito para efectos de la presente exoneración, que las plazas a ocupar se encuentren aprobadas en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP), y registradas en el Aplicativo Informático para el Registro Centralizado de



Planillas y de Datos de los Recursos Humanos del Sector Público a cargo de la Dirección General de Gestión de Recursos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas, y que cuenten con la respectiva certificación del crédito presupuestario.

Sexta.- La implementación de lo dispuesto en la presente Ley se financia con cargo a recursos directamente recaudados del presupuesto institucional de OSIPTEL, sin demandar recursos adicionales al Tesoro Público.



Disposición Derogatoria

Única.- Deróguese las disposiciones contenidas en los incisos e. y f. del artículo 8º de la Ley Nº 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS
LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS
FUNCIONES Y FACULTADES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN
PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL

1. LAS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN, FISCALIZACIÓN Y SANCIÓN A CARGO DEL OSIPTEL

Las reformas estructurales en el sector telecomunicaciones generaron la creación del OSIPTEL, organismo público con autonomía técnica, económica, financiera, funcional y administrativa, según lo establecido en la Ley de Telecomunicaciones y la Ley N° 26285, Ley que dispuso la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia.

De acuerdo a la Ley de Telecomunicaciones, el OSIPTEL se encarga de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas¹.

Entre los principales objetivos por los que fue creado el OSIPTEL se encuentran el hacer cumplir los compromisos contractuales del operador establecido respecto a las tarifas, la calidad del servicio y expansión de la red, así como promover el acceso del mayor número de hogares a los servicios públicos de telecomunicaciones, con niveles adecuados de calidad y eficiencia. Otras competencias específicas del regulador son las de establecer la política de protección de los usuarios, fijar los cargos de interconexión, regular el comportamiento de las empresas operadoras para evitar y sancionar comportamientos no competitivos, expedir las normas técnicas y legales de interconexión, establecer las normas referidas a la calidad en la prestación del servicio, entre otros².

En la Ley de Telecomunicaciones y en la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, se establecieron las funciones del OSIPTEL a fin de cumplir los objetivos de su creación.

En tal sentido, las funciones asignadas al OSIPTEL son las siguientes: (i) normativa, (ii) reguladora, (iii) supervisora, (iv) fiscalizadora y sancionadora, (v) solución de controversias y solución de los reclamos de los usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones³.

Al respecto, cabe precisar que en el año 2000 se promulgó la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, cuyo objetivo era definir y delimitar las facultades del OSIPTEL para supervisar y sancionar a las personas

¹ Artículo 76° del Decreto Supremo N° 013-93-TCC publicado el 6 de mayo de 1993.

² Artículos 18° y 19° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 2 de febrero de 2001.

³ Artículo 3° de la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos.



naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a su competencia⁴.

En virtud de su **Función Supervisora**, el OSIPTEL verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales y técnicas por parte de las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia.

Asimismo, la función supervisora permite verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el OSIPTEL o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad supervisada.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10° y el artículo 11.3 de la Ley N° 27336⁵, la función de supervisión debe ser efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, sea que pertenezcan a gerencias o instancias competentes.

Por su parte, en mérito de su **Función Fiscalizadora y Sancionadora**, el OSIPTEL impone sanciones a las empresas operadoras y demás empresas o personas que realizan actividades sujetas a su competencia por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión⁶. Asimismo, en virtud de dicha función, el OSIPTEL tipifica infracciones en materias de su competencia y determina las sanciones correspondientes dentro de la escala de multas establecida en la Ley N° 27336.

En tal sentido, la escala de sanciones administrativas actualmente aplicable, se encuentra establecida en el artículo 25.1 de la Ley N° 27336 y está sujeta a los siguientes límites mínimos y máximos:

<u>Infracción</u>	<u>Multa mínima</u>	<u>Multa máxima</u>
Leve	0.5 UIT	50 UIT
Grave	51 UIT	150 UIT
Muy grave	151 UIT	350 UIT

Conforme a lo expuesto, es claro que la función supervisora está destinada a verificar la correspondencia entre la actividad supervisada y lo establecido por el ordenamiento jurídico. Asimismo, en ejercicio de dicha función, la Administración puede determinar qué conductas no estarían arregladas a ley y frente a ello, adoptar aquellas medidas

⁴ LEY N° 27336.- LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTEL, Artículo 1°.- Objetivo de la norma
Es objeto de la presente Ley:

a) Definir y delimitar las facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), para supervisar y sancionar a las personas naturales o jurídicas que prestan servicios públicos de telecomunicaciones, en lo que respecta a su competencia.

⁵ Artículo 10°.- Titular de la supervisión y funcionarios autorizados

10.1. La acción de supervisión será efectuada por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de dicho organismo.

10.2. Para realizar una acción de supervisión, los funcionarios presentarán la identificación que los acredite como tales, salvo que se trate de una solicitud de información formulada por una gerencia o instancia competente del OSIPTEL, o de los casos previstos en el artículo 14°.

⁶ LEY N° 27336, LEY DE DESARROLLO DE LAS FUNCIONES Y FACULTADES DEL OSIPTEL, ARTÍCULO 24°.- Facultad sancionadora y de tipificación

24.1. El OSIPTEL se encuentra facultado a tipificar los hechos u omisiones que configuran infracciones administrativas y a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia y con las limitaciones contenidas en esta Ley.



necesarias para reprimirlas y reponer la situación al estado anterior de la trasgresión a fin de evitar que, como consecuencia de una actividad ilícita, se generen daños contra aquellos bienes jurídicos o sujetos que dicho ordenamiento protege, entre los cuales se encuentran, de acuerdo con la Constitución Política del Perú, la protección al consumidor o usuario y el correcto funcionamiento del mercado⁷.

Por esta razón, la función supervisora se constituye en una función garantista de la vigencia del ordenamiento jurídico, es decir, un mecanismo de control de la legalidad. En dicha medida, resulta tan importante el diseño de un marco regulatorio a través de la emisión de normas, como la verificación de que éstas sean cumplidas de manera efectiva y la posibilidad de imponer sanciones proporcionales ante los incumplimientos al marco regulatorio.

Es evidente que existe una estrecha relación entre las funciones supervisora y fiscalizadora y sancionadora.

En efecto, un sistema eficiente de supervisión y fiscalización sólo podrá ser eficaz en la medida que tanto éste como el sistema de determinación de sanciones sean lo suficientemente disuasivos de las conductas ilícitas. En este sentido, es necesaria una consistencia entre ambos sistemas a nivel de su aspecto disuasivo de la comisión de infracciones.

De esta forma, debe existir una correspondencia en las herramientas del sistema de supervisión planteado en función de los objetivos generales de la estrategia de regulación del mercado, y el sistema de imposición de sanciones.

En este sentido, a fin de mantener el correcto desenvolvimiento del mercado de telecomunicaciones, resulta imperativo contar con instrumentos normativos adecuados que permitan actuar al OSIPTEL de manera eficiente y eficaz en el ejercicio de las funciones supervisora y de fiscalización y sanción.

Atendiendo a estas premisas, se ha examinado la evolución del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y se ha establecido que es necesario introducir modificaciones dentro del sistema de supervisión y del esquema de sanciones a fin de contar con los mecanismos adecuados para que el OSIPTEL realice eficientemente sus labores de supervisión y, de ser el caso, imponga las sanciones respectivas. A continuación, se describe dicho análisis.

2. EVOLUCIÓN DEL MERCADO DEL SERVICIO PÚBLICO DE TELECOMUNICACIONES

La importancia del sector de las telecomunicaciones radica en el impacto de las telecomunicaciones en el desarrollo económico de un país. La industria de telecomunicaciones del Perú, al igual que la de otros países, se viene desarrollando con mayor dinamismo en los últimos años. Se puede evidenciar, de un lado, un mayor acceso y una mayor cobertura geográfica de los servicios, lo cual genera la creación

⁷ La iniciativa privada garantizada por la Constitución Política es libre y se ejerce en una economía social de mercado, conforme a la cual, y sobre la base de los artículos 58° y 65° de la Constitución, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de servicios públicos e infraestructura – a través de la concesión al sector privado de los servicios públicos, protegiendo intensamente el interés de los consumidores y usuarios – cuya protección se manifiesta con la actuación de organismos públicos especializados.

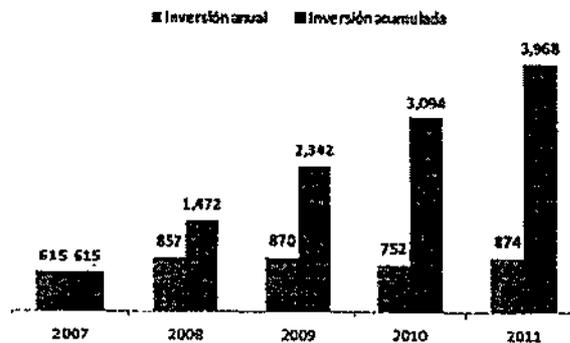


de externalidades (de red o de llamada) así como mejoras en la calidad de vida de la población (sociedad de la información). De otro lado, la adopción de las innovaciones tecnológicas determina que las empresas sujetas a políticas con adecuados esquemas de incentivos puedan mejorar la gama de servicios a través de una adecuada tasa de innovación, desarrollar mayores opciones de consumo y disminuir los precios a través de menores costos de equipos, mejoras en la productividad de factores o un mayor esfuerzo en la reducción de costos.

En ese sentido, el sector de telecomunicaciones es uno de los más intensivos en requerimientos de inversiones de capital debido a la necesidad de ampliar su capacidad, producto de la expansión geográfica de sus servicios y, naturalmente, de más acceso de la población a una mayor gama de servicios públicos de telecomunicaciones. De esta forma, las empresas requerirán realizar importantes desembolsos para adquirir equipos de telecomunicaciones y tecnologías de la información y para desplegar redes de comunicaciones alámbricas o inalámbricas.

En efecto, y como se puede apreciar en el siguiente gráfico, en los últimos 5 años el sector acumuló alrededor de US\$ 4,000 millones de inversiones, de los cuales las empresas móviles invirtieron el 58% en ese período. Asimismo, en el 2011 el sector se recuperó de la caída de la inversión del 2010 y registró un aumento de 16% alcanzando US\$ 874 millones de inversión, un valor similar a la inversión del 2009.

**Gráfico N° 1: Inversión en el sector de las Telecomunicaciones*
(en millones de dólares americanos)**

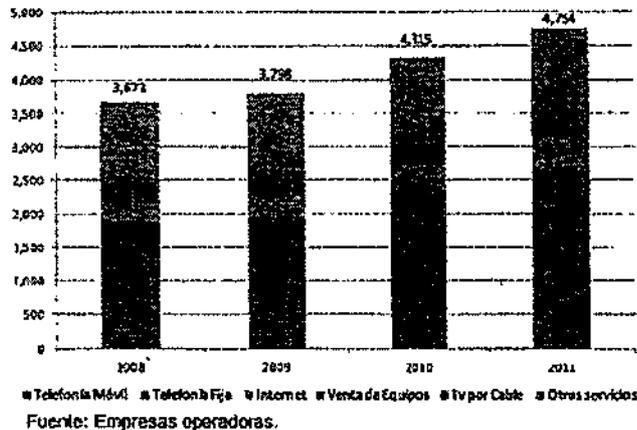


(*) No se incluye el rubro de compra de inversiones.
Fuente: Empresas operadoras.

En cuanto a las ventas de los bienes y servicios producidos por el sector, estas han ido en aumento anualmente en la medida que ha ido dinamizándose el sector. Por ejemplo, en 1994 se registraron US\$ 709 millones de ventas, en el 2001, US\$ 1,575 millones y en el 2011 el sector consolidado alcanzó US\$ 4,754 millones, que representa un crecimiento de 12% respecto de los ingresos operativos del sector consolidado del 2010.

Asimismo, dado que las empresas móviles son las que en mayor medida han dinamizado el mercado, y, por lo tanto, son las que han propiciado el crecimiento de la industria de las telecomunicaciones, tal situación se ha visto reflejada en los ingresos por servicios. Por ejemplo, en el 2008 los ingresos por servicios móviles representaron 40% de los ingresos operativos consolidados del sector y en el 2011 representaron el 45% (ver gráfico N° 2).

Gráfico N° 2: Evolución de los Ingresos Operativos del Sector Consolidado (en millones de dólares americanos)



No obstante el crecimiento observado en la industria en general, existe una importante dispersión geográfica y de nivel de ingresos entre las empresas que operan en el mercado peruano de telecomunicaciones. Es decir, si bien participan diversas empresas en el mercado, el tamaño relativo de sus operaciones es aún reducido en comparación con el Grupo Telefónica.

En efecto, de acuerdo a la información financiera del 2011 provista por las empresas operadoras, los ingresos operativos se concentran principalmente en las empresas del Grupo Telefónica que ostentan una cuota por servicio por encima del 70%, excepto la cuota por los ingresos del servicio móvil donde la empresa Telefónica Móviles representa el 44% de dichos ingresos.



En el caso del servicio de telefonía fija, los ingresos operativos se distribuyen en 15 empresas, pero como se mencionó, el Grupo Telefónica ostenta el 74% de los ingresos por dicho servicio. Hay más de 5 empresas operadoras que tienen una cuota individual menor al 1.0%.



En el caso del servicio de transmisión de datos y tecnologías de la información, los ingresos operativos se distribuyen en más de 10 empresas y el Grupo Telefónica ostenta el 81% de los ingresos por dicho servicio. Hay más de 5 empresas operadoras que tienen una cuota individual menor al 1.0%.



En cuanto al servicio de acceso a Internet, las empresas del Grupo Telefónica obtienen el 71% de los ingresos totales por dicho servicio, seguida por Claro y Telmex que conjuntamente obtienen una cuota de 27% de los ingresos. Rezagadamente hay otras pocas empresas que no superan el 1.0% de cuota de ingresos.

Finalmente, en algunos servicios públicos de telecomunicaciones, una alta dispersión de ingresos también viene acompañada de una amplia dispersión geográfica de los operadores, principalmente las empresas que operan brindando el servicio de televisión de paga. En primer lugar, se evidencia una alta fragmentación de las empresas operadoras de televisión por cable que operan en una localidad o un distrito (que agrupa una o más localidades). En segundo lugar, las pequeñas empresas representan a la mayoría de empresas de ese segmento de negocio que cuentan con una pequeña escala de operación con una media de 500 a 2,500 abonados (para



empresas que están en el rango de 1 a 1,000 y 1,000 a 5,000 abonados, respectivamente). En tercer lugar, es el servicio con mayor cantidad de concesiones otorgadas (más de 300 concesiones del servicio y concesiones únicas).

Tabla N° 1: Dispersión de Ingresos del 2011 de las Empresas Operadoras por Rubro de Mercado *

Telefonía Fija		Transmisión de Datos y TI	
Telefónica del Perú	69.3%	Telefónica del Perú	44.6%
América Móvil	17.0%	Telefónica Móviles	34.2%
Telmex	5.2%	Telmex	11.6%
Telefónica Móviles	4.9%	Global Crossing / Level 3	6.3%
Global Crossing / Level 3	1.4%	Internexa	1.1%
Americatel	1.2%	BT Latam	0.9%
Galat to Home	1.1%	Galat to Home	0.8%
Rural Telecom	0.1%	Americatel	0.5%
Introducidos y Telecomunic.	0.1%	Introducidos y Telecomunic.	0.4%
Perusat	0.1%	Optical IP	0.3%
Valtron	0.02%	Terra Networks	0.2%
Comercipia	n.d.	Digital Way	0.1%
Nextel	n.d.	Red Privada Virtual	0.03%
Amitel	n.d.		
Telefónica Multimedia	n.d.		

Servicios Móviles		Internet	
Telefónica Móviles	44.2%	Telefónica del Perú	70.3%
América Móvil	41.5%	América Móvil	19.1%
Nextel	14.2%	Telmex	8.1%
TE.S.A.M.	0.1%	Terra Networks	3.1%
		Global Crossing / Level 3	0.8%
		Galat to Home	0.4%
		Optical IP	0.3%
		Star Global Com	0.01%

(*) Información elaborada sobre la base de los Ingresos operativos individuales del 2011. En algunos casos se ha tomado la información financiera del 2010
Fuente: Empresas operadoras.

Tomando en cuenta lo anterior, resulta evidente que la capacidad de supervisión del regulador debe ajustarse a la forma en que ha evolucionado el mercado, desincentivando la realización de conductas infractoras a todas las empresas en el mercado, por lo que dicho sistema debe responder a las diferencias de tamaño relativo que existen entre las empresas del sector. Por otro lado, debido a la dispersión en la ubicación geográfica de las empresas, se requiere que el OSIPTEL cuente con una capacidad de supervisión efectiva a las distintas empresas que operan en diversos puntos del país.



3. NECESIDAD DE FORTALECER LOS MECANISMOS DE SUPERVISION Y LA FUNCIÓN FISCALIZADORA Y SANCIONADORA

El constante dinamismo que caracteriza al sector telecomunicaciones hace imperativo que el OSIPTEL pueda contar con mayores y mejores herramientas de supervisión en aras de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas operadoras. Dentro de esta lógica, es importante que las facultades del OSIPTEL en materia de supervisión le puedan facilitar la obtención de medios probatorios idóneos, destinados a acreditar las supuestas conductas infractoras, sin que estén sometidas a exigencias formales de las que se puede dispensar en atención a la naturaleza de la supervisión a ser realizada.

Es importante señalar que las labores de supervisión implican la estricta vigilancia de las actividades de las empresas operadoras, teniendo como objetivo lograr que tales empresas puedan dar cumplimiento al marco legal vigente, garantizando, por ejemplo, óptimos niveles de calidad en la prestación del servicio, así como una adecuada protección de los derechos del consumidor.

TERCERIZACION DE LAS TAREAS DE SUPERVISION

La situación descrita en el acápite precedente requiere de un organismo regulador que cuente con mecanismos que le permitan responder adecuadamente a las necesidades y demandas de un sector en evolución y crecimiento. Uno de los mecanismos que permitirá conseguir dicha finalidad es la habilitación legal para contratar a terceros especializados que coadyuven a la función que realiza el personal de planta del regulador, los que el proyecto considera denominar como Empresas Supervisoras.

De acuerdo a la propuesta, las Empresas Supervisoras serán contratadas por el OSIPTEL. La contratación de las mismas se realizará respetando los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia. Mediante resolución del Consejo Directivo del OSIPTEL se establecerán los criterios y procedimientos específicos para la calificación y clasificación de las Empresas Supervisoras, así como la contratación, designación y ejecución de las tareas de supervisión y fiscalización que realizarán tales empresas.

Cabe resaltar que otros organismos reguladores ya cuentan con dicha posibilidad de tercerizar las labores de supervisión, como es el caso de SUNASS⁸, OSINERGMIN⁹ y

⁸ El Reglamento General de Supervisión, Fiscalización y Sanción de las EPS, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 003-2007-SUNASS-CD, señala en el Artículo 8°:

Artículo 8.- Organismos competentes para el ejercicio de la función supervisora.

8.1. La función supervisora es ejercida por la Gerencia General de la SUNASS.

8.2. Para el desarrollo de sus funciones, la Gerencia General de la SUNASS contará con el apoyo de la GSF o la que haga sus veces, que estará a cargo de las acciones de investigación y análisis del caso. Asimismo, con autorización de la Gerencia General, la GSF podrá disponer mediante Resolución, la realización de acciones de supervisión en cualquiera de sus modalidades, por personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que demuestren su autonomía e idoneidad técnica, o por las oficinas de la SUNASS en provincias, dependiendo de la complejidad de los aspectos involucrados, la disponibilidad de recursos y la eventual concurrencia de otras acciones de supervisión en curso, entre otras consideraciones. (subrayado nuestro).

⁹ El Reglamento de Supervisión de las Actividades Energéticas y Mineras de OSINERGMIN, Resolución N° 324-2007-OS-CD contiene diversas disposiciones referidas a la naturaleza, ámbito de aplicación, características del contrato de supervisión, confidencialidad de la información, así como la conformación de un Registro de Empresas Supervisoras. Al respecto, el artículo 8° del referido Reglamento, señala:



OSITRAN¹⁰. Se advierte que la contratación de entidades externas para efectos de la realización de labores de supervisión no resulta ser una facultad ajena a los organismos reguladores.

Sobre el particular, debemos indicar que una de las principales razones que sustentan la propuesta de modificación de la Ley N° 27336 es la búsqueda de celeridad y el incremento de la capacidad de respuesta de este Organismo en relación a la supervisión del marco normativo vigente, propiciando la participación de empresas especializadas en relación a los incumplimientos que sean pasibles de ser detectados en cualquier lugar del territorio nacional.

En efecto, la tercerización de este tipo de actividades mediante la contratación de empresas supervisoras, tiene una incidencia directa en el cumplimiento del marco normativo por parte de las empresas operadoras, dado que al incrementarse la capacidad de detección de las conductas pasibles de constituir infracción administrativa, la aversión al riesgo de estas últimas se incrementa, trayendo como consecuencia un desincentivo respecto a la realización de estas conductas, a la par de una mayor efectividad en el cumplimiento del marco normativo.

La participación de terceras empresas en la supervisión genera, al mismo tiempo, un ahorro en los costos que involucra la movilización de los funcionarios del OSIPTEL hacia lugares alejados del país, ello aunado al ahorro de los costos de capacitación, dado que se trataría de empresas supervisoras especializadas en la materia. Precisamente con relación a este último punto, la mayor especialización de las referidas empresas supervisoras, propicia un diseño en el que estos realicen sus actividades bajo esquemas que promuevan el cumplimiento de metas u objetivos, así como la creación de incentivos que reduzcan el tiempo promedio de trabajo, sin que dicha situación signifique una disminución en la calidad y efectividad del servicio brindado.

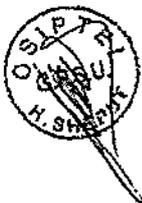
Es importante tener en consideración que, la tercerización de las actividades de supervisión contenida en la propuesta de modificación de la Ley N° 27336, representa para el OSIPTEL un considerable ahorro de costos administrativos, en razón que la contratación de las referidas empresas supervisoras dará lugar a que sean éstas las que den cumplimiento a las obligaciones laborales de su personal; en función a las necesidades del OSIPTEL, para el debido cumplimiento de sus funciones, sin encontrarse con limitaciones en materia de dichas contrataciones de personal. La situación antes descrita representa una ventaja, si se tuviera por objetivo cubrir esta necesidad mediante la contratación de personal bajo el régimen de Contratación Administrativa de Servicios (CAS), aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1057 y su Reglamento, dado que ello implicaría incurrir en costos similares a los anteriormente referidos.

Artículo 8.- Supervisoras

OSINERGMIN realizará las acciones de supervisión a través de Supervisores que podrán ser personal propio o de Empresas Supervisoras, contratados al amparo de la Ley de Creación de OSINERGMIN - Ley N° 26734, la Ley de Fortalecimiento Institucional de OSINERGMIN - Ley N° 27699, el Reglamento General de OSINERGMIN y la Ley N° 28964. (subrayado nuestro)

También se incluye disposiciones acerca de las facultades, obligaciones e incompatibilidades de las empresas supervisoras.

¹⁰ El Reglamento General de Supervisión de OSITRAN, Resolución N° 024-2011-CD-OSITRAN establece, en el capítulo 5, entre otros aspectos, las obligaciones de las empresas supervisoras.



A lo señalado debe agregarse que, de conformidad con lo establecido en la vigente Ley N° 27336, las acciones de supervisión son efectuadas por los funcionarios del OSIPTEL, ya sea por las gerencias o por las instancias competentes de este Organismo. En tal sentido, a la fecha, únicamente los funcionarios del OSIPTEL se encuentran habilitados para apoyar en la realización de dichas actividades, facultad que como consecuencia de dicho mandato legal, no podría ser extendida a personal que no se encuentre considerado en el Cuadro de Asignación de Personal y esté fuera de los alcances de lo dispuesto en la Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175 y lo dispuesto en el propio Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

En ese orden de ideas, debe advertirse que el número de funcionarios encargado de realizar actividades de supervisión con que cuenta el OSIPTEL actualmente, que cumple con los requisitos y características que imponen la Ley N° 27336¹¹, no se ha incrementado de manera proporcional a los índices de desarrollo del sector, lo cual podría significar que en la práctica existan sectores en los que los índices de cumplimiento del marco normativo vigente sea exiguo y en algunos casos, casi inexistente. Para tales efectos, resulta necesario que el OSIPTEL se encuentre en la capacidad no solo de tercerizar sus actividades de supervisión, sino que las empresas supervisoras contratadas cuenten con facultades de supervisión, tal y como se ha dispuesto de modo expreso en la propuesta de modificación de la Ley N° 27336.

Finalmente, se debe hacer notar que la tercerización de las actividades de supervisión representa un incremento de la percepción de imparcialidad para el tratamiento de las infracciones en el sector. Sobre este aspecto, téngase en consideración que se trata de empresas supervisoras que no se encontrarán directamente vinculadas con el OSIPTEL bajo ningún tipo de subordinación laboral; las mismas que serán escogidas sobre la base de criterios de especialización y con el respeto de los principios de igualdad, no discriminación y libre competencia.

En suma, se propone un esquema flexible y dinámico, a fin de contar con un Organismo Supervisor con mayor presencia a nivel nacional, capaz de responder oportunamente frente a los posibles incumplimientos de las empresas supervisadas y cuyo recurso humano pueda aumentar o disminuir en función a las necesidades del mercado.

En este sentido, la iniciativa legal tiene por objeto que el OSIPTEL, a su vez, se rija por sus propias normas para efectos de la contratación de empresas supervisoras dentro del marco y la modalidad del encargo de gestión, prevista en el inciso 71.4 del artículo 71° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo, por tratarse de la traslación operativa de competencias materiales y no de actuaciones decisorias, dando lugar a que la responsabilidad y titularidad de la competencia se mantenga en el órgano encargante.

En 1994 los servicios de telecomunicaciones eran brindados en aproximadamente 984 Centros Poblados del país, entre urbanos y rurales. A raíz de las obligaciones del contrato de Telefónica del Perú S.A.A. en el año 1997 el número de centros poblados con servicio se incrementó en 1700. Es decir, un total de alrededor de 2700 centros poblados contaban con algún tipo de servicio, alrededor de 600 centros poblados

¹¹ A la fecha la Gerencia de Fiscalización del OSIPTEL cuenta con veintiséis (26) funcionarios que realizan actividades de supervisión.



urbanos con telefonía fija de abonados y 2100 centros poblados rurales sólo contaban con un teléfono de uso público. Por medio del financiamiento del FIDEL a partir del 1999 y hasta el 2003 se instaló el servicio de telefonía de uso público (TUP) en alrededor de 5,500 centros poblados rurales, totalizando para esa fecha 7,800 centros poblados rurales con servicio de TUP. Para el año 2007, el FIDEL aprobó nuevos proyectos y el número de centros poblados rurales con servicio se incrementó a 10,000.

Sin embargo, el servicio que ha incrementado su cobertura de una manera exponencial es el de telefonía móvil que, de ser casi inexistente en 1994, de acuerdo a los reportes de las empresas operadoras, pasó a cubrir alrededor de 35,000 centros poblados en el año 2011; de los cuales menos de 1000 son urbanos y el resto son rurales. A diciembre del año 2011, aproximadamente el 50% de los centros poblados rurales que cuentan con servicio de TUP tienen ya cobertura de telefonía móvil, por lo que el total de centros poblados rurales que el OSIPTEL debe supervisar es de alrededor de 39,000. Es de señalar que la mayoría de ellos se ubican en zonas alejadas y de difícil acceso en la sierra y de la selva.

En general, tanto la instalación como la operación y sobretodo el mantenimiento, en los centros poblados rurales tienen un alto costo, de allí que existan incentivos para la empresa de ahorrar costos descuidando un poco el mantenimiento y la atención al cliente en los centros poblados que se encuentran en estado de indefensión porque el estado está ausente, de allí que sea una necesidad impostergable incrementar también la cobertura de la supervisión y llegar por lo menos una vez al año a estos pueblos olvidados. De allí que se requiera contar con la posibilidad de tercerizar parte de esta actividad contratando personas naturales o jurídicas específicamente para este fin porque de lo contrario se excedería la capacidad de la actual planta de recursos humanos.

Al permitirse la participación de supervisores y empresas supervisoras independientes, se ha considerado establecer la potestad para que el OSIPTEL dicte normas reglamentarias para el establecimiento de un registro de entidades facultadas realizar acciones de supervisión. Así, dicho registro deberá contener la relación de personas naturales y jurídicas que previa postulación, de acuerdo a un procedimiento aprobado, han sido evaluadas para comprobar que cumplen con los requisitos necesarios para realizar las funciones requeridas. El registro involucra una clasificación del tipo y nivel de supervisión que puede realizarse y también almacenará el historial de las supervisiones ya realizadas y una evaluación de los resultados obtenidos.

PRECISIONES A LA METODOLOGÍA DE SUPERVISIÓN

Se ha considerado conveniente precisar que cuando las acciones de supervisión sean registradas a través de mecanismos de audio y/o video, así como mediante la utilización de herramientas informáticas u otras análogas que registren la conducta investigada, no será necesario que el supervisor proceda a levantar un acta.

En cuanto a ello, es oportuno señalar que la evolución de la tecnología viene permitiendo que cada vez con más frecuencia se puedan utilizar diversos equipos que registran y almacenan los medios probatorios necesarios para acreditar el grado de cumplimiento de las empresas operadoras respecto a la normativa vigente, pasando desde las grabaciones de audio y/o video, las mediciones con equipos de calidad, las capturas de pantalla de la información consignada en la página web de las empresas operadoras, entre otras formas de obtener medios probatorios que constituyen



pruebas fehacientes respecto a la ocurrencia de los hechos que se evidencian en ellas.

En tal virtud, se pretende dotar de una mayor precisión a la posibilidad que siempre otorgó el literal "f" del artículo 15° de la presente Ley N° 27336, en cuanto facultó a los funcionarios del OSIPTEL a utilizar los medios técnicos que se consideren necesarios para generar un registro completo y fidedigno de los hechos materia de supervisión.

Dentro de ese marco, los registros que requiere utilizar el OSIPTEL se encuentran vinculados con las grabaciones de video, en las cuales el supervisor da cuenta de la fecha de realización de la acción de supervisión con la filmación de la fecha del periódico del día (preferentemente, la edición del diario oficial, El Peruano); asimismo, se registra la hora de la llamada, no solamente en el equipo de grabación, sino, además, en los relojes y/o servicios móviles de los supervisores. Las mencionadas filmaciones de video quedan registradas en un medio magnético (CD o DVD) y almacenadas en el expediente de supervisión correspondiente, al cual las empresas operadoras tienen pleno acceso en aras de garantizar su derecho a la defensa y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 21° de la Ley N° 27336 que establece que las grabaciones sean transcritas, que los interesados pueden solicitar el cotejo de la transcripción con la versión grabada y, que las grabaciones deben encontrarse a disposición de las entidades supervisadas involucradas. Asimismo, es importante destacar que al ser registradas las acciones de supervisión en grabaciones de video, en caso existan comentarios de las empresas operadoras estos también quedarán registrados en dicho mecanismo.

En ese mismo sentido, se ha considerado pertinente precisar, en el artículo 14° de la Ley N° 27336, que la obligación del supervisor de identificarse ante la empresa operadora supervisada, sólo será necesaria para el caso de una acción de supervisión que requiera el levantamiento de un acta de supervisión; es decir, para el caso de una acción de supervisión que no sea registrada a través de mecanismos de audio y/o video, o a través de herramientas informáticas u otras similares.

De otro lado, se ha considerado importante señalar, de manera expresa en la Ley N° 27336, que el OSIPTEL cuenta con las facultades necesarias para poder ampliar o variar el objeto de una acción de supervisión, a efectos de aumentar las posibilidades de detección y actuación probatoria, respecto de presuntas conductas infractoras que se puedan evidenciar de manera adicional al comportamiento que es materia de la investigación original; lo cual resulta concordante con el Principio de Celeridad, destinado a dotar a los procedimientos de la máxima dinámica posible, con plena observancia del debido procedimiento, en cuanto a que se evita dilatar innecesariamente el inicio de la actividad supervisora del OSIPTEL, con el propósito de garantizar la cautela de los bienes jurídicos que protege.

PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS QUE NO TENGAN LA CALIDAD DE EMPRESAS OPERADORAS

El proyecto de norma, propone la incorporación del siguiente numeral, en atención a que OSIPTEL cuenta con facultades para sancionar a personas naturales o jurídicas aunque no tengan la condición de empresas operadoras:

"24.3 OSIPTEL podrá sancionar a personas naturales o jurídicas aunque no tengan la condición de empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones por incumplimientos a la normativa del sector, conforme se disponga en ella."



En efecto, de conformidad con el artículo 45° del Reglamento de la Ley N° 28295, Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2005-MTC "OSIPTEL es competente para imponer las sanciones a las personas naturales o jurídicas que tengan o no la condición de empresas operadoras de servicios públicos, por los actos u omisiones que impliquen un incumplimiento de la Ley, su Reglamento y normas reglamentarias".

Asimismo, la misma Ley N° 27336 establece para temas de libre y leal competencia lo siguiente:

"26.2 OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente."

De otro lado, como consecuencia del sistema de portabilidad numérica, previsto en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, D.S. N° 020-2007-MTC, OSIPTEL emitió el Reglamento de Portabilidad Numérica de los Servicios Públicos Móviles, aprobado mediante Resolución N° 044-2008-CD/OSIPTEL, en el cual se establecen una serie de obligaciones al Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal¹². La necesidad de esta entidad se desprende de la elección efectuada por los concesionarios móviles de la solución técnica para la portabilidad, aprobada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, mediante Resolución Ministerial N° 378-2008-MTC/03, en cuyo artículo 2° se dispuso que la base de datos centralizada principal debía ser administrada por una entidad independiente de los concesionarios móviles, bajo la conformidad y supervisión del OSIPTEL. Es por ello que se justifica contar con facultades sancionadoras como incentivo necesario para que el referido Administrador de la Base de Datos cumpla con cada una de las obligaciones¹³ que garantizarán el funcionamiento adecuado del sistema de portabilidad.

¹² Entidad independiente contratada por los concesionarios del servicio público móvil que canaliza todos los procesos administrativos y almacena toda la información referente a la portabilidad en los servicios públicos móviles.

¹³ Artículo 28°.- Obligaciones mínimas

Las obligaciones mínimas del Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal son:

- (i) Servicios relacionados con el propio proceso de portabilidad:
 - Verificar la información registrada en el Registro de Solicitud de Portabilidad por el Concesionario Receptor e Indicar si la misma procede o se rechaza.
 - De ser objetada la solicitud de portabilidad por el Concesionario Cedente, verificar si procede el rechazo.
 - De corresponder, tramitar la solicitud de portabilidad.
- (ii) Servicios relacionados con la descarga de información de la base de datos:
 - Permitir el acceso remoto de los concesionarios móviles a la Base de Datos Centralizada Principal para la actualización de sus Bases de Datos Locales.
 - Permitir el acceso remoto de los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones diferentes a los concesionarios móviles para la actualización de sus Bases de Datos Locales.
 - Permitir el acceso remoto del OSIPTEL a efectos de verificar que efectivamente se viene cumpliendo con el marco normativo y las condiciones establecidas para la portabilidad.
- (iii) Generar un archivo con la información diaria de los números a portarse y ponerlo a disposición de todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones para su acceso remoto y descarga vía electrónica. Esta información deberá estar disponible un (01) día hábil antes de la fecha de ejecución de la portabilidad.
- (iv) Mantener la confidencialidad de la información correspondiente a los procedimientos de portabilidad. Dicha información sólo podrá ser utilizada para los fines establecidos en el marco normativo. El Administrador de la Base de Datos Centralizada Principal no deberá divulgar la información, ni compartirla, ni utilizarla para otros fines.



Por otra parte, de conformidad con el artículo 104º del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante D.S. N° 008-2001-PCM, "Quien a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, denuncie a alguna persona natural o jurídica, atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del OSIPTEL será sancionado con una multa de hasta 100 UITs mediante resolución debidamente motivada".

Teniendo en cuenta que, de conformidad con la normativa vigente todo administrado está facultado para formular denuncias¹⁴, de presentarse la figura tipificada en el artículo antes citado, sin necesidad de ostentar la calidad de empresa operadora de telecomunicaciones, debería ser sancionado.

En tal sentido, en concordancia con lo establecido en las normas antes señaladas se ha propuesto que se establezca expresamente en la Ley N° 27336 la referida facultad, conforme se disponga en la normativa del sector, tal como se ha señalado en el texto resaltado.

ESCALA DE MULTAS

El ejercicio de la función supervisora en sí misma no constituye un elemento disuasivo suficiente para que las empresas operadoras adecuen su comportamiento a la normativa vigente, requiriéndose también del ejercicio de la potestad sancionadora como una herramienta que resulte en principio más intensa. En efecto dicha potestad sancionadora debería ser más intensa, no obstante, los niveles de ingresos del sector telecomunicaciones han ocasionado que la escala de multas establecida hace más de una década, se encuentre completamente desactualizada y no resulte apropiada para los fines que persigue.

Sobre el particular, es preciso recordar que el esquema vigente de multas que contempla tres rangos de multas: leve (0,5 a 50 UIT), grave (51 a 150 UIT) y muy grave (151 a 350 UIT), no resulta adecuado a la evolución de la industria, ni suficientemente disuasivo para las empresas operadoras.

En cuanto a ello, es importante considerar que conforme a los principios establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 y en la Ley N° 27336, las multas deben graduarse teniendo en cuenta la capacidad económica del infractor y la gravedad de la infracción, cuidando que al infractor no le resulte más rentable incumplir las normas que cumplirlas.

Dicha problemática posee diversas aristas, así por ejemplo, al existir estos tres rangos de multas pre establecidos, se reducen las posibilidades del regulador para graduar la sanción a imponer en caso de multas graves o muy graves para empresas con menores ingresos. De esta forma, existe el riesgo de no poder graduar la sanción teniendo en cuenta el tamaño y la capacidad económica del sancionado, así como el impacto de la conducta ilícita en el mercado.

De otro lado, existen empresas con niveles muy superiores de ingresos, en cuyo caso la posible imposición de una multa muy grave (hasta 350 UIT) ante algún incumplimiento al marco regulatorio, no resulta un desincentivo suficiente de la comisión de ilícitos, precisamente por su alto nivel de ingresos; razones por las que se plantea una modificación en la escala de multas que permita dotar al OSIPTEL de

¹⁴ Artículo 105º de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.



parámetros más flexibles que permitan un ejercicio razonable de la potestad sancionadora, tal como se propone en la presente modificatoria.

Cabe señalar que estos aspectos, entre otros, se encuentran contenidos en los objetivos estratégicos institucionales para el periodo 2011-2014, aprobados por la Resolución de Presidencia N° 036-2011-PD/OSIPTTEL. En efecto, entre dichos objetivos se encuentra el optimizar las facultades del OSIPTTEL para promover una mejor calidad y mayor cobertura en la prestación de los servicios de telecomunicaciones. De ahí la necesidad de implementar rápidamente las políticas de supervisión, así como un sistema adecuado de imposición de sanciones que desincentive el incumplimiento por parte de las empresas operadoras, entre otras, que resultan imprescindibles para responder a la nueva y cambiante realidad de la industria de telecomunicaciones.

LÍMITES DE LAS MULTAS A IMPONER

Se considera necesario hacer referencia a los "Ingresos brutos" de las empresas como un porcentaje de ellos, al límite de las multas que se impongan, tal como, por ejemplo, se ha utilizado en el fórmula legal del Decreto Legislativo N° 1044, "Ley de Represión de la Competencia Desleal"¹⁵

Asimismo, se considera conveniente que la referencia al ejercicio inmediato anterior sea considerada respecto de la expedición de la resolución que impone una sanción y no respecto al ejercicio inmediato anterior de la comisión de la infracción.

En cuanto a ello, es preciso señalar que resulta mucho más realista aplicar dicho concepto debido a que de tratarse de hechos muy alejados a la fecha de la comisión de la infracción (dado que algunas infracciones son de difícil detección y obtención de medios probatorios en la investigación preliminar, sumándose a ello el transcurrir de los procedimientos de supervisión y sanción), la situación de las empresas operadoras podría haber variado de manera tal que sus ingresos actuales no le permitan asumir una multa basada en información histórica.

CRITERIOS DE GRADUACIÓN

Se han señalado en la propuesta los criterios a analizar para la determinación del monto de las multas, como parte del análisis de razonabilidad que debe hacerse en cada caso, considerando criterios importantes que actualmente se encuentran recogidos también en otras normas de estrecha vinculación y que resulta necesario explicitarlos en la Ley que desarrolla las facultades del OSIPTTEL.

Así, cabe señalar que el beneficio, el daño y la repetición, aunque con un texto distinto, son criterios consignados en el vigente artículo 30° de la Ley N° 27336 y, adicionalmente, se encuentran presentes en la Ley N° 27444, en el Código de

¹⁵ Artículo 52.- Parámetros de la sanción.-

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente

Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

(...)

b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;



Protección y Defensa del Consumidor, Ley N° 29571 (en adelante, CPDC) y, en los Decretos Legislativos N° 1034 y 1044, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y Ley de Represión de la Competencia Desleal respectivamente.

Adicionalmente, se ha consignado la probabilidad de detección, como un criterio a analizar al momento de determinar la sanción a imponer. Este criterio está consignado en el CPDC, así como también en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y en la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

De otro lado, las circunstancias agravantes no son otras que las ya establecidas en la Ley N° 27336, en la Ley N° 27444 o en el CPDC: la repetición y/o continuidad, la intencionalidad y el comportamiento del infractor cuando contraviene la conducta procedimental.

Como atenuantes, se ha mencionado la subsanción, figura actualmente regulada en la Ley N° 27336 que establece un régimen de beneficios por subsanción. Este criterio es también expresamente establecido por la Ley N° 27444 y recogido ampliamente en el CPDC.

Racionalidad de la Inclusión del Beneficio Esperado y Daño Potencial

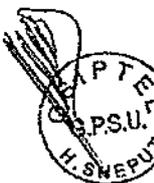
En general, una vez que se ha fijado un estándar regulatorio, como por ejemplo una norma de calidad de servicio, el problema que enfrenta el regulador es el de diseñar un esquema basado en supervisión y sanciones que brinde incentivos para que las empresas bajo su ámbito destinen recursos a prevenir y controlar posibles fallas. No obstante, dado que los esquemas mencionados anteriormente son costosos, el mecanismo óptimo de disuasión podría ser aquél en el que *ex post* el regulador no observe todas las infracciones (lo cual generaría incentivos para que algunas empresas no inviertan en mejorar la calidad del servicio brindado), pero en el que *ex ante* la empresa elija la acción sugerida por el regulador basada en la probabilidad subjetiva de ser detectado (Cohen, 1987)¹⁶.

La teoría estándar sobre análisis de sanciones establece que todos los actos ilícitos que los individuos cometen resultan en externalidades negativas. Sin embargo, en muchas ocasiones, los actos ilícitos generan daños a terceros con una probabilidad menor al 100%. Por ejemplo, considérese el caso en el que un conductor va a exceso de velocidad. El hecho de que dicho conductor cometa esa infracción no siempre genera un accidente. Para el caso del sector telecomunicaciones, el hecho que un operador no tenga un sistema de respaldo ante una interrupción del servicio en el caso de desastres naturales no causa externalidades a terceros hasta que se llegue a producir una interrupción debido a esa causa, cosa que no siempre ocurre.

Por lo tanto, en escenarios como el descrito en el párrafo anterior, se puede imponer una sanción por el daño efectivamente cometido (lo cual haría que la sanción que se imponga sea *ex post*), o también podría imponerse una sanción a la conducta que genera un daño potencial e incrementa la probabilidad de ocurrencia de un daño a terceros. Este último escenario permite imponer sanciones *ex ante* (Polinsky y Shavell, 2002)¹⁷.

¹⁶ Cohen, M. (1987). "Optimal Enforcement Strategy to Prevent Oil Spills: An Application of a Principal-Agent Model with Moral Hazard" *Journal of Law and Economics* 30(1): 23-51.

¹⁷ Polinsky, M. y S. Shavell (2000). "The Economic Theory of Public Enforcement of Law" *Journal of Economic Literature* 38(1): 45-76.



Es importante señalar que, como parte de los instrumentos de fiscalización y sanción que poseen los reguladores, es preciso contar con ambos tipos de sanciones. En particular, los conceptos de "daño potencial" y "beneficio esperado" se refieren a casos en los que la empresa supervisada ha incurrido en una infracción pero cuyos efectos no son manifiestos. De otra parte, los conceptos de "daño real" y "beneficio obtenido" se refieren a situaciones en los que la infracción cometida ha generado una externalidad negativa detectada y cuantificable. Si existiera la posibilidad de emitir sanciones únicamente cuando se han producido afectaciones a terceros, la capacidad de sanción del regulador se vería bastante reducida. Dependiendo de la estrategia de monitoreo y supervisión que tenga la institución, así como de la disponibilidad de información, ésta podrá seguir uno u otro enfoque.

Desde el punto de vista práctico, la elección entre la imposición de ambos tipos de multa depende de una serie de factores. En primer lugar, las sanciones *ex ante* no requieren ser tan elevadas para poder ser disuasivas, lo cual representa una ventaja sobre las multas *ex post*. En segundo lugar, dado que las multas *ex ante* suelen ser más bajas, podrían ser menos susceptibles de ser apeladas o judicializadas para aquellos operadores que son adversos al riesgo¹⁸. En tercer lugar, la imposición de multas *ex ante* puede ser más sencilla de tramitar (por ejemplo, es más sencillo determinar si la empresa tiene o no un sistema de respaldo que el determinar los daños causados por una interrupción).

Por último, es cierto que el cálculo del beneficio esperado y daño potencial puede ser difícil de estimar y se encuentra sujeto a una serie de supuestos, cosa que podría no ocurrir cuando se calcula el daño efectivo (Shavell, 1993)¹⁹. No obstante, es preciso señalar que en realidades como la peruana, la falta de información disponible hace imperioso utilizar supuestos en ambos casos. Sin embargo, de no contar con información suficiente para ello, dichos criterios no serán tomados en cuenta al momento de realizar el cálculo respectivo, no obstante, resulta importante que la Ley N° 27336 recoja expresamente los criterios en mención.

En este sentido, según la teoría económica de sanciones, una multa óptima debería considerar estos dos escenarios posibles. El primero de ellos es aquél en el cual se ha detectado una infracción y no se han generado externalidades negativas hacia terceros, mientras que el segundo escenario es aquél en el que ya se han generado daños a terceros. Será entonces labor del regulador el determinar en qué casos puede ser aplicable una u otra sanción.

La inclusión del beneficio esperado o daño potencial como criterios para el cálculo de multas tiene un historial bastante amplio, no solo en el caso internacional, sino también en el peruano. Internacionalmente, la Federal Trade Commission (FTC) o la Environmental Protection Agency (EPA) de los Estados Unidos emplean dicho criterio como factor al momento de realizar el cálculo de multas, siendo las estimaciones aceptadas como evidencia en procesos judiciales. A nivel nacional, otras entidades como OSINERGMIN, la OEFA y el INDECOPi incluyen el concepto de daño potencial en sus procedimientos de cálculos de sanciones. Al respecto, recientemente

¹⁸ Cuando los individuos presentan aversión al riesgo, éstos tienden a sobre invertir en medidas para cumplir con la normatividad, lo cual podría no ser óptimo desde el punto de vista de la empresa. Si el monto de la sanción es menor, como lo es con las multas *ex ante*, el monto de sobreinversión será menor.

¹⁹ Shavell, S. (1993). "The Optimal Structure of Law Enforcement" *Journal of Law and Economics* 36(1): 255-287.



INDECOPI ha publicado un documento de trabajo sobre el cálculo de multas²⁰, en el que propone la aplicación uniforme, por parte de todos los órganos resolutivos de dicha Institución, de una metodología para la determinación de multas que considera entre otros, precisamente el beneficio y daño potencial.

Como se observa, los criterios establecidos en el proyecto no constituyen una innovación en materia sancionadora sino por el contrario, están en concordancia con lo expresamente establecido en otros dispositivos legales que guardan relación directa con el marco normativo del OSIPTEL, resultando necesario consignar dichos criterios expresamente en esta Ley N° 27336 para garantizar la transparencia y predictibilidad, así como para asegurar la legalidad en su aplicación.

La aplicación de los referidos criterios se determinará de conformidad con la naturaleza del caso concreto.

RECURSOS IMPUGNATIVOS

Con la finalidad de lograr la celeridad en los procedimientos administrativos sancionadores en la propuesta se señala que no cabe recurso de reconsideración contra las resoluciones de las instancias competentes del OSIPTEL que impongan sanciones en primera instancia administrativa; sin por ello dejar de garantizar la doble instancia.

PRESCRIPCIÓN

En materia de prescripción y pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, la propuesta hace una remisión a la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de modo tal que el tratamiento en dicho aspecto será uniforme y sin establecer plazos diferentes como en el caso de infracciones distintas.

4. INSTANCIAS COMPETENTES

CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE APELACIONES

De acuerdo al marco normativo vigente, determinados procedimientos administrativos sancionadores están a cargo de la Gerencia General y del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios (TRASU) en primera instancia administrativa. La segunda instancia administrativa de dichos procedimientos actualmente es el Consejo Directivo.

A fin de optimizar la tramitación de los procedimientos sancionadores antes mencionados, se ha visto conveniente asignar a la Gerencia General, el rol de primera instancia administrativa a cargo de dichos procedimientos, salvo para las infracciones al procedimiento de reclamos de usuarios, en cuyo caso el TRASU conserva la competencia.

Esta propuesta generaría importantes beneficios respecto de la unificación y centralización de la potestad sancionadora, tales como: (i) reducción del riesgo de disparidad de criterios; (ii) reducción de costos de coordinación; y (iii) mayor predictibilidad y oportunidad de la emisión de los pronunciamientos sancionadores.

²⁰ Véase <http://www.indecopi.gob.pe/repositorio/caps/DMD/er/docstrabajo/DocTrabN01-2012.pdf>



De otro lado, se ha considerado conveniente crear el Tribunal de Apelaciones encargado de resolver los recursos de apelación que se interpongan contra las resoluciones de la Gerencia General y del TRASU, en procedimientos administrativos sancionadores y de imposición de medidas correctivas. Esta propuesta obedece al gran incremento en la carga administrativa de este tipo de procedimientos el cual se ha experimentado en los últimos años, proyectándose un mayor incremento producto del crecimiento del mercado y del fortalecimiento de la función supervisora del OSIPTEL.

Así, de un total de 21 multas impuestas el año 2011, ascendentes a aproximadamente cinco millones y medio de nuevos soles (S/. 5'500,000); en el año 2012 se impusieron 69 multas, ascendentes a aproximadamente dieciséis millones seiscientos mil nuevos soles (S/. 16'600,000). Estas cifras, aun sin considerar las sanciones no pecuniarias ni las medidas correctivas, que se han impuesto, reflejan el gran incremento en la carga administrativa.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que el Consejo Directivo es el órgano máximo del OSIPTEL que tiene a su cargo, fundamentalmente, el establecimiento de las políticas y la dirección del organismo y se reúne ordinariamente dos veces al mes. Sin embargo, actualmente es competente también para resolver las apelaciones formuladas contra las sanciones y medidas correctivas, impuestas por la Gerencia General y el TRASU y, esto ha implicado un incremento en la carga que, solo en términos cuantitativos –cuestión aparte es la complejidad en las materias–, representa casi el 80%, del año 2011 (48 recursos de apelación) al año 2012 (86 recursos de apelación).

Cabe señalar que actualmente, para hacer frente a la carga que se viene presentando, el Consejo Directivo del OSIPTEL se ve en la necesidad de reunirse más de dos veces al mes, pese a que sólo son remuneradas dos sesiones como máximo. Adicionalmente, de seguir incrementándose la carga, como se prevé, se corre el riesgo que los recursos impugnativos no puedan ser resueltos dentro del plazo establecido por la normativa, treinta días hábiles.

De ahí que se proponga la creación de un Tribunal de Apelaciones similar al que tiene OSINERGMIN como parte de su estructura orgánica. La creación de este Tribunal traerá beneficios de eficiencia y eficacia, ya que, por un lado, el Consejo Directivo se abocará a las funciones propias de un órgano máximo de un organismo regulador y, por otro lado, un Tribunal de Apelaciones ad hoc podrá hacer frente de manera oportuna y con una mayor especialización a los recursos impugnativos que conozca, teniendo, además, la posibilidad de emitir precedentes de observancia obligatoria y lineamientos resolutivos de ser el caso.

CREACIÓN DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN TELECOMUNICACIONES DEL OSIPTEL Y ELIMINACIÓN DE LOS CUERPOS COLEGIADOS

Teniendo en cuenta la relevancia de las infracciones a la libre y leal competencia en los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones, se ha estimado conveniente crear la Comisión de Defensa de la Competencia de Telecomunicaciones del OSIPTEL, la cual cumpliría la función de ejercer un control ex post de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034, la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044, así como de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas en el mercado de



los servicios públicos, actuando como primera instancia administrativa en los procedimientos que inicie de oficio o a pedido de parte, por presuntos incumplimientos a las normas comprendidas en las mencionadas Leyes y sancionando las conductas infractoras detectadas, siendo sus resoluciones apelables ante el Tribunal de Solución de Controversias.

Asimismo, dicha Comisión resolverá en primera instancia las demás controversias que se presenten respecto de cualquier otra materia que sea competencia del OSIPTEL, asumiendo, en tal sentido, las funciones que hasta la fecha ha venido desempeñando los Cuerpos Colegiados.

De otro lado, dicha Comisión tendrá a su cargo evaluar los efectos de las transferencias de Concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones y emitir opinión al respecto, a solicitud del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

Especialidad.-

Conforme a su función de solución de controversias, el OSIPTEL es competente para conocer las controversias que versen sobre las siguientes materias:

- *El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia.*
- *La interconexión en sus aspectos técnicos, económicos y jurídicos, incluyendo lo relativo a cargos y demás compensaciones o retribuciones que las empresas se paguen derivadas de una relación de interconexión, así como lo relativo a las liquidaciones de dichos cargos, compensaciones o retribuciones.*
- *El derecho de acceso a red, incluyendo sus aspectos técnicos, jurídicos y económicos.*
- *Tarifas y cargos diferentes a los de interconexión.*
- *Aspectos técnicos de los servicios públicos de telecomunicaciones.*
- *Acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones²¹.*

A lo largo de los años, el OSIPTEL se ha especializado en el análisis del mercado de las telecomunicaciones; así como en la investigación, evaluación y sanción de las prácticas que afectan el proceso competitivo en un sector tan dinámico y complejo como el de las telecomunicaciones, caracterizado por la rapidez de los cambios y por la convergencia tecnológica.

Actualmente, el Órgano encargado de resolver controversias de primera instancia está conformado por Cuerpos Colegiados, esto es, profesionales designados, para cada caso en particular, de una lista de candidatos previamente aprobada por el propio Consejo Directivo del OSIPTEL, los mismos que una vez cumplido el encargo encomendado cesan en sus funciones. En tal sentido la creación de una Comisión permanente, generaría una mayor especialización a cargo de los miembros que la constituyan en la medida que podrían conocer y evaluar todas las materias que son competencia de la agencia de competencia del OSIPTEL.

Asimismo, la propuesta de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL, es acorde con la función ejercida, en segunda y

²¹ Artículo 53º del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por el Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.



última instancia administrativa, por el Tribunal de Solución de Controversias, el cual es un órgano independiente, técnico y de carácter permanente.

Predictibilidad.-

La creación de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones del OSIPTEL pretende reducir el riesgo de disparidad de criterios que pudieren existir, si son diversas personas las encargadas de evaluar las controversias. De este modo, un órgano permanente podría generar mayor predictibilidad en sus pronunciamientos para las empresas operadoras y para el mercado en general, con relación a los principales criterios asumidos en el tratamiento e investigación de las materias que pueden ser evaluadas en las controversias.

Adicionalmente, es preciso señalar que en el OSIPTEL confluyen, entre otras labores de suma importancia, la función reguladora, la normativa y la de solución de controversias. Al respecto, existe una retroalimentación constante entre las labores de regulación (función normativa y reguladora) y la función de solución de controversias. En tal sentido, una mayor predictibilidad en los pronunciamientos generada por la creación de la Comisión de Defensa de la Competencia en Telecomunicaciones repercutiría de manera positiva en las labores de regulación (normativa y reguladora) del OSIPTEL, y por tanto, mejoraría las condiciones competitivas del sector de telecomunicaciones, cuyo propósito final es el de incrementar el bienestar de los consumidores.

ELIMINACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Mediante el literal e) del artículo 8º de la Ley N° 26285, Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, se estableció como una función del OSIPTEL actuar como institución organizadora de los arbitrajes que se instauren para resolver las controversias de las empresas prestadoras de servicios entre sí, cuando este tipo de arbitraje haya sido pactado en los respectivos contratos de concesión. Asimismo, mediante el literal f) del referido artículo se dispuso que el OSIPTEL debía establecer la relación de árbitros independientes a los que se someterán las empresas concesionarias y el Estado para resolver las discrepancias sobre el contrato de concesión, cuando el arbitraje para estos casos se encuentre pactado en dicho contrato.

Sin embargo, estas disposiciones, en la práctica, no han tenido aplicación efectiva, siendo que desde el inicio de sus funciones únicamente se ha presentado y resuelto ante el Centro de Arbitraje del OSIPTEL una controversia, lo que ocurrió en el año 2001. Cabe mencionar que, regularmente, cuando se incluyen cláusulas arbitrales para controversias entre el Estado y la empresa concesionaria, precisan el sometimiento a un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

En tal sentido, se ha considerado conveniente eliminar la referencia al Tribunal Arbitral como una instancia más del OSIPTEL.

5. IMPORTES POR COBROS INDEBIDOS O EN EXCESO

La norma prevé que el OSIPTEL queda facultado para emitir disposiciones reglamentarias con relación a la devolución de montos cobrados indebidamente por las Entidades Supervisadas y con relación a la disposición de los mismos,



en razón que en ocasiones las empresas operadoras se ven imposibilitadas de realizar la devolución de los importes cobrados indebidamente o en exceso.

En efecto, si las empresas operadoras no pueden devolver lo indebidamente cobrado a los usuarios, ya sea porque ya no existan o sean inubicables y el tiempo transcurre, esta obligación de devolución podría prescribir, pasando a formar parte de los ingresos de las empresas dicho dinero.

Al respecto, es preciso tener en cuenta que a la fecha se encuentra pendiente de devolución cerca de cuatro millones de nuevos soles y dos millones de dólares americanos, de conformidad con el detalle siguiente:

EMPRESA	SOLES		DOLARES	
	MONTO	ABONADOS	MONTO	ABONADOS
AMERICATEL PERÚ S.A.	S/. 2,386.53	8,078.00	\$ 698.08	1,396.00
AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C.	S/. 629,302.63	162,809.00	\$ -	0.00
CONVERGIA PERÚ S.A.	S/. 148.79	1,036.00	\$ -	0.00
DIGITAL WAY S.A.	S/. 27.07	16.00	\$ -	0.00
NEXTEL DEL PERÚ S.A.	S/. -	0.00	\$ 1,818,140.39	166,900.00
STAR GLOBAL COM S.A.C.	S/. -	0.00	\$ 6.75	28.00
TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.	S/. 2,051,060.86	49,685.00	\$ -	0.00
TELEFÓNICA MULTIMEDIA S.A.C.	S/. 72,618.96	26,070.00	\$ 92,743.75	29,392.00
TELMEX PERÚ S.A.	S/. 8,212.52	194.00	\$ 1,532.19	77.00
TELEFÓNICA MÓVILES S.A.	S/. -	0.00	\$ 554.50	4,564.00
TERRA NETWORKS PERÚ S.A.	S/. 1,228,711.05	63,945.00	\$ 440.41	1,411.00
TOTAL	S/. 3,995,458.31	328,832.00	\$ 1,915,116.07	293,466.00

6. EFECTOS DE LA NORMA PROPUESTA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La propuesta establece y precisa las facultades del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, que tendrán incidencia en la normativa sectorial, específicamente en lo relativo al establecimiento de escalas de sanciones administrativas y en la posibilidad de contratar con empresas supervisoras para la ejecución de acciones de supervisión, tal como en la actualidad lo vienen realizando los otros organismos reguladores.

7. ANÁLISIS COSTO-BENEFICIO

En definitiva, los costos que represente la contratación de empresas supervisoras se diluirán y serán significativamente menores a los beneficios que tal potestad tendrá por efecto inmediato en el ejercicio de las funciones del OSIPTEL.

Tal como se ha señalado, la contratación de empresas supervisoras tendrá por consecuencia que el OSIPTEL incremente su capacidad de detección de conductas infractoras susceptibles de ser sancionadas administrativamente, a la vez que generará desincentivos en las empresas operadoras para la comisión de infracciones, con lo cual se lograría una mayor predisposición para el cumplimiento del marco normativo por parte de las mismas.

El ámbito dentro del cual el OSIPTEL debe ejercer sus funciones es de carácter nacional. Debido a ello, a pesar de los esfuerzos que tienen por objeto la movilización del personal del Organismo Regulador para el ejercicio de su acción supervisora a lo largo y ancho del país, aún existirían lugares y empresas del sector que se encuentran desatendidos, por encontrarse ajenos a las actividades de supervisión.

Ante ello, la propuesta de solución que plantea la modificación de la Ley N° 27336, traerá la optimización en las acciones de supervisión y el ahorro en los costos que involucra la movilización de los funcionarios del OSIPTEL hacia lugares alejados del país y distantes de las oficinas desconcentradas del OSIPTEL, ello aunado al ahorro de los costos de capacitación del personal idóneo, dado que estos serían asumidos por las propias empresas contratadas y especializadas en la materia. Precisamente con relación a este último punto, la mayor especialización de las referidas empresas supervisoras, propicia un diseño en el que estos realicen sus actividades bajo esquemas que promuevan el cumplimiento de metas u objetivos, así como la creación de incentivos que reduzcan el tiempo promedio de trabajo, sin que dicha situación signifique una disminución en la calidad y efectividad del servicio brindado.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que el ingreso de personal nuevo dedicado a las actividades de supervisión dentro del OSIPTEL no se ha incrementado de manera proporcional a los índices de desarrollo del sector, entre otras razones por las normas del Sector Público que establecen medidas de austeridad para la cobertura de nuevas plazas del Cuadro de Asignación del Personal. Ante dichas restricciones aplicables a la contratación de personal dependiente del OSIPTEL, la tercerización representa una gran alternativa de solución que sustenta la propuesta de modificación de la Ley N° 27332 en dicho sentido.

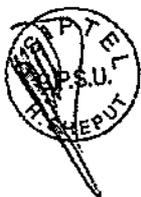
De este modo, la propuesta de modificación de la Ley N° 27336 tiene por objeto lograr una mayor presencia supervisora del sector a nivel nacional, capaz de responder oportunamente frente a los eventuales incumplimientos de las empresas supervisadas, con recursos humanos que, sin representar un costo permanente para el OSIPTEL, pueden aumentar o disminuir en función a las necesidades del mercado.

En consecuencia, conforme se ha expuesto, los beneficios de la propuesta son diversos, incluida una mejora de eficiencia de supervisión, que se traslada a una mejor posibilidad de disuasión respecto de conductas infractoras de las empresas supervisadas de modo tal que con un mejor esquema de supervisión, las empresas reconducirán su conducta tendiendo al cumplimiento de sus obligaciones.

Ello se ve complementado con la posibilidad de variar la escala de multas hoy vigente, a fin de establecer los montos óptimos que disuadan a las empresas respecto de cada tipo particular de incumplimiento.

Entre los costos, debe mencionarse la implementación de las reformas por parte del OSIPTEL mediante la reglamentación del sistema de contratación de empresas supervisoras y la adecuación de los procedimientos al nuevo esquema de multas. No obstante, dicho costo no resulta significativo tomando en cuenta los beneficios esperados por la modificación propuesta en términos de la mejora y eficiencia de la capacidad de supervisión del OSIPTEL y un adecuado sistema de sanciones que permita que las empresas operadoras internalicen los costos de incumplir las normas y el daño que generarían tales conductas ilícitas al mercado y -por tanto- a los usuarios.

Debe tenerse presente que a mayor capacidad supervisora, mayor posibilidad de detección de incumplimientos, y que conforme con la propuesta de modificación



generará mayor incentivo para el cumplimiento de las normas que regulan la actividad propia de las funciones del OSIPTEL, desincentivando la comisión de infracciones.

Entre las principales actividades de supervisión que el OSIPTEL tiene necesidad de tercerizar se encuentran la supervisión rural (en aspectos como la continuidad de teléfonos públicos, cobertura inalámbrica y condiciones de uso) y; la supervisión del cumplimiento de planes mínimos de expansión de empresas de distribución de televisión por cable. Estas supervisiones son intensivas en recursos humanos y en desplazamientos de campo.

Así, la supervisión rural que es la más significativa, sobre la base de tres mil (3000) localidades, presenta los siguientes datos comparativos entre los costos de la supervisión en campo con personal del OSIPTEL y los costos de la supervisión a través de la tercerización:

Costos de la supervisión en campo (por localidad)		OSIPTEL	Tercerización
Gastos variables	Transporte		
	Combustible		
	Viáticos		
	Comunicaciones		
	Servicio de Localización		
	Peajes		
	Fotocopias		
	Alquiler de equipos		
	Procesamiento de información		
	SUBTOTAL	S/. 1,103	S/. 980
Gastos fijos	Remuneraciones (15 sueldos)		
	CTS		
	Alícuota gastos de administración y Gerencia - Alta Dirección		
	Sistemas de información		
	Salud (EPS - ESALUD)		
	Capacitación		
	Housing		
SUBTOTAL	S/. 825	S/. 0	
TOTAL POR LOCALIDAD	S/. 1,928	S/. 980	

En tal sentido, como se observa del detalle elaborado, los gastos que involucran una supervisión directa son mayores que los que se prevé se requerirían mediante la tercerización de la supervisión; por lo que la propuesta normativa significa un alto beneficio.

En este orden de ideas, para el año 2013, OSIPTEL cuenta con un presupuesto de S/. 70'000,000, dentro de los cuales están incluidos los gastos por supervisión y fiscalización en telecomunicaciones. Como ya se dijo, el monto financiado para el presente año es el equivalente a la fiscalización de 3,000 localidades, con la propuesta de tercerización lograríamos financiar con los mismos fondos actualmente destinados para la supervisión un mayor número de localidades, debido a que el costo tercerizado es menor, de esta forma creemos que la gestión institucional sería más eficiente.

Por tanto, el análisis costo-beneficio da como resultado que la tercerización implicaría un ahorro de recursos que podrían ser reorientados hacia la supervisión de más localidades que tengan cobertura de algún servicio público de telecomunicaciones.

Asimismo no se requerirían mayores fondos públicos que los que actualmente ya se encuentran financiados en el presupuesto de OSIPTEL, solamente utilizaríamos la herramienta de modificación presupuestal para transferir los fondos que se encuentran en las partidas de gasto de transporte, combustible, alquileres, etc. a las partidas de consultorías de personas jurídicas, tal como se muestra en el siguiente cuadro.

PRESUPUESTO 2013 - OSIPTEL

ÍTEM	MONTOS	%	REVIS
Planeamiento y Presupuesto	1,925,071	2.8%	-
Conducción y Orientación Superior	3,370,540	4.8%	-
Gestión Administrativa	16,443,262	23.5%	-
Asesoramiento Técnico y Jurídico	1,823,605	2.6%	-
Acciones de Control y Auditoría	1,238,969	1.8%	-
Defensa Judicial del Estado	3,481,158	5.0%	-
Gestión de Oficinas Desconcentradas	10,723,866	15.3%	-
Orientación e información a la Comunidad	7,845,328	11.2%	-
Promoción y Regulación de los Servicios de Telecomunicaciones	7,431,387	10.6%	-
Solución de Reclamos y Controversias	5,336,711	7.6%	-
Supervisión y Fiscalización de Servicios en Telecomunicaciones	10,380,105	14.8%	Realización de modificaciones Internas.
TOTAL	70,000,000	100.0%	



Finalmente, debemos señalar que las actividades de supervisión comprenden —entre otras— la supervisión de la calidad de los servicios públicos de telecomunicaciones, la supervisión de aportes y de aplicación tarifaria, la supervisión de acciones de prevención, instrucción y asuntos normativos y la supervisión de los servicios de telecomunicaciones desplegados en localidades rurales del país.

De otro lado, la creación del Tribunal de Apelaciones y de la Comisión de Defensa de la Competencia del OSIPTEL, además de la mayor especialidad y la mayor predictibilidad, optimizaría los procedimientos administrativos de emisión de sanciones, medidas correctivas y solución de controversias, lo cual repercutiría directamente en las empresas operadoras, en su calidad de partes del procedimiento de solución de controversias e indirectamente, en los usuarios quienes son beneficiados con un mercado más competitivo; y, por ende, con mejores servicios de telecomunicaciones.

Adicionalmente, la creación del Tribunal de Apelaciones permitirá que el Consejo Directivo del OSIPTEL se aboque a las funciones propias de un órgano máximo de un organismo regulador y, por otro lado, un Tribunal de Apelaciones ad hoc podrá hacer frente de manera oportuna a los recursos impugnativos que conozca, teniendo, además, la posibilidad de emitir precedentes de observancia obligatoria y lineamientos resolutivos de ser el caso.

Así también, la creación de la Comisión de Defensa de la Competencia del OSIPTEL, reduciría los costos administrativos y generaría un ahorro para la institución en la medida que la situación actual exige que, para cada controversia que se tramite en el OSIPTEL, el Consejo Directivo designe mediante Resolución de Consejo Directivo a los miembros del Cuerpo Colegiado que resolverán la misma. En la actualidad, esto implica la participación de funcionarios de diferentes áreas de la institución los cuales podrían reasignar ese tiempo para la realización de otras funciones.



