

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ  
ESCUELA DE POSGRADO



**PUCP**

**LA CONVENIENCIA DE APLICAR UN ENFOQUE RESPONSIVO PARA EL  
CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN MATERIA DE SERVICIOS  
PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES**

Tesis para optar el grado de Magíster en Regulación de Servicios Públicos que  
presenta

JORGE LUIS HUAMAN SANCHEZ

Dirigido por

FRANCISCO OCHOA MENDOZA

San Miguel, 2017





*Dedicado a mi esposa y mi hijo.*

*Sin su sacrificio, este trabajo no sería posible.*

**Agradecimientos:**

Agradezco profundamente la paciencia, consejos y el generoso apoyo que he recibido de mi asesor, el Dr. Francisco Ochoa Mendoza, durante la elaboración de este trabajo y sus múltiples correcciones. Gracias por recomendarme el estudio de la *Regulación Responsiva*.

También quisiera brindarle un agradecimiento a la Dra. Ena Garland, quien me estuvo apoyando en una primera etapa. Asimismo, al Dr. Vicente Alberto Cairampoma, quien ha sido el impulsor para avanzar con este trabajo.

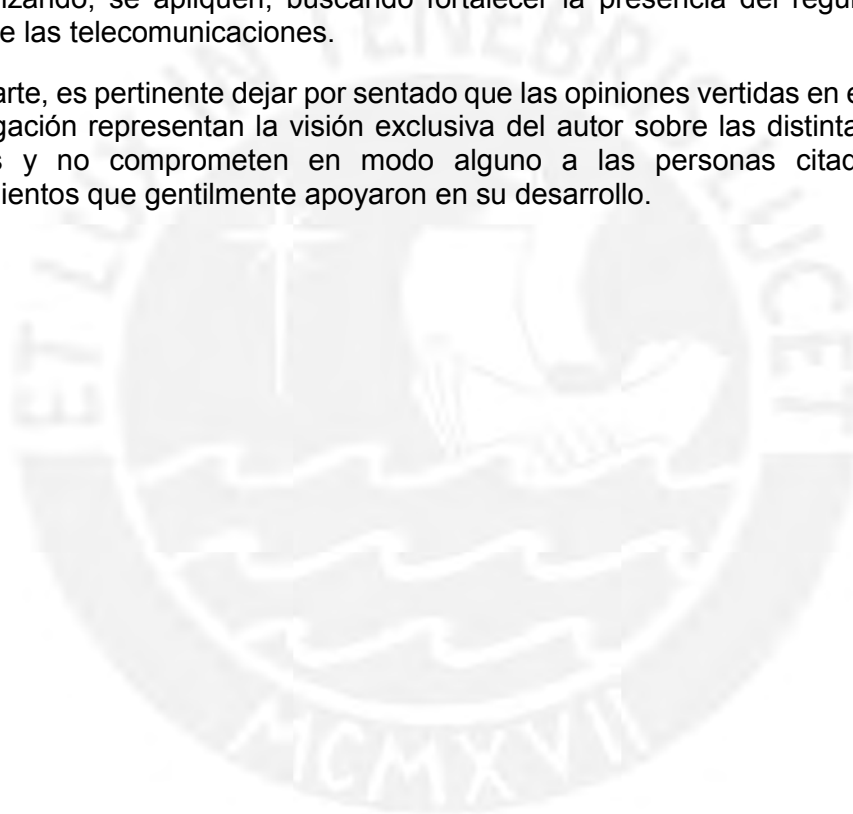
Agradezco, por otra parte, a los economistas Jorge Trelles Cassinelli, José Carlos Aguilar Málaga y Paulo Chahuara Vargas, quienes se tomaron su tiempo para apoyarme en la revisión o elaboración de algunos de los procesamientos de datos de este trabajo y, entre almuerzos, compartieron conmigo sus conocimientos.

Finalmente, no puedo dejar de pasar la oportunidad para dejar constancia de mi agradecimiento a mi esposa, Johanna Bobadilla Lozano, por todo su incondicional apoyo desde que retomé el sendero que me ha llevado a culminar el presente trabajo.

## CUESTIONES PREVIAS

No es finalidad ni intención de la presente investigación criticar u observar las labores realizadas por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL respecto de su actual estrategia para hacer efectivo el cumplimiento de las normas por parte de las empresas reguladas. Lo que se intenta, antes bien, es analizar la posibilidad de contar con mecanismos alternativos que, adicionalmente a los que se vienen utilizando, se apliquen, buscando fortalecer la presencia del regulador en la industria de las telecomunicaciones.

Por otra parte, es pertinente dejar por sentado que las opiniones vertidas en este trabajo de investigación representan la visión exclusiva del autor sobre las distintas materias abordadas y no comprometen en modo alguno a las personas citadas en los agradecimientos que gentilmente apoyaron en su desarrollo.



*«En una oportunidad estuve en una conferencia en México, y se dice ahí que el setenta por ciento de los litigios de naturaleza administrativa se basa en multas de tránsito.*

*Esos asuntos no son muy importantes porque el desarrollo del Derecho de Tráfico ya está donde tiene que estar. Si la ley de tráfico dice que no debes conducir a más de setenta kilómetros por hora, creo que no se necesitan grandes doctrinas para explicarnos lo que es setenta kilómetros por hora. Entonces todos esos litigios son ineficientes porque no ayudan al desarrollo del Derecho. Lo que es una fusión, lo que es una práctica concertada de precios, lo que es la utilización abusiva de recursos; esos sí son temas más complicados. Sobre ellos sí necesitamos unos litigios para que se pueda desarrollar la doctrina jurídica.*

*Lo que ha pasado en nuestros sistemas es que tenemos litigios de lo que no interesa, mientras que lo que interesa, no llega a litigio.»*

—Nuno Garoupa (Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación, 2014).

*«Being a responsive regulator means being responsive to the regulated community and its community of stakeholders (such as consumers of a regulated product or service). More fundamentally it means being responsive to the entire environment in which the regulator swims. »*

—John Braithwaite (Responsive Excellence, 2016).

## Tabla de Contenido

Epígrafes.....	5
Tabla de gráficos .....	3
Abreviaturas .....	4
Resumen.....	6
Abstract .....	8
INTRODUCCIÓN.....	10
Título Primero.....	13
LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ Y SU REGULACIÓN .....	13
1. EL MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ .....	13
2. EL PAPEL DEL OSIPTEL RESPECTO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO 15	
3. PROCESO <i>DE ENFORCEMENT</i> .....	17
Título Segundo.....	22
ANÁLISIS DE LA ACTUAL ESTRATEGIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES .....	22
Título Tercero.....	46
EL ENFOQUE RESPONSIVO .....	46
1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES .....	46
2. REGULACIÓN RESPONSIVA .....	57
A. Supuesto impacto de la Regulación Responsiva en el Agente Regulado .....	61
Título Cuarto.....	71
APLICACIÓN PRÁCTICA DE UNA ESTRATEGIA RESPONSIVA.....	71
1. Introducción .....	71
2. Proceso básico para la implementación de una estrategia responsiva .....	75
2.1. Consideraciones preliminares .....	76
2.2. Razones de una aplicación de una Regulación Responsiva en materia de telecomunicaciones:.....	78
2.3. ¿Qué se espera?.....	78
2.4. Pirámide de <i>enforcement</i> con enfoque responsivo en servicios públicos de telecomunicaciones.....	80
3. Paso Primero:.....	80
4. Paso Segundo.....	81

5. Paso 3. Etapa de evaluación de casos delicados.....	85
6. Efecto de cumplir con las normas.....	86
7. Registro de conducta de la empresa con el regulador: .....	88
8. Descripción de un caso práctico .....	90
9. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DETECTADAS .....	91
10. EXPERIENCIAS EXITOSAS DE LA REGULACIÓN RESPONSIVA .....	93
Título Quinto.....	96
ANÁLISIS DE RESULTADOS .....	96
1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	96
2. RECOMENDACIONES .....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	98



### Tabla de gráficos

Ilustración 1 Errores de condena versus grado de cuestionamiento .....	27
Ilustración 2 Periodos de enforcement aplicado por OSIPTEL.....	31
Ilustración 3 Tendencia dominante de multas impuestas por OSIPTEL .....	35
Ilustración 4 Cantidad de líneas de Telefonía Móvil .....	38
Ilustración 5 Cantidad de líneas de telefonía fija .....	39
Ilustración 6 Presupuesto del OSIPTEL de los 3 últimos años.....	40
Ilustración 7 Elementos del Proceso de Enforcement .....	41
Ilustración 8: Pirámide de cumplimiento, según Braithwaite & Ayres .....	60
Ilustración 9 Pirámides de apoyo y sanción de Braithwaite .....	65
Ilustración 10 Pasos del Enforcement Responsivo Propuesto .....	86
Ilustración 11 Pirámide del efecto de cumplir con las normas bajo el enfoque responsivo propuesto.....	87
Ilustración 12 Pirámide de comportamientos que influyen en la renovación de la concesión dentro del enfoque responsivo propuesto .....	89



## Abreviaturas

### Abreviaturas de palabras

<b>cfr.</b>	<i>confer</i> , compárese
<b>e.g.</b>	<i>exempli gratia</i> , por ejemplo
<b>Agente Regulado</b>	Se hace alusión a las empresas operadoras concesionarias de servicios públicos de Telecomunicaciones en el Perú.
<b>FITEL</b>	Fondo de Inversión en Telecomunicaciones
<b>OSIPTEL</b>	Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones
<b>Regulador</b>	Se hace referencia al OSIPTEL
<b>s.v.</b>	<i>sub voce</i> ('bajo la palabra', en diccionario)
<b>s/a</b>	sin año de edición
<b>SSPPTT</b>	Servicios Públicos de Telecomunicaciones

### Abreviaturas de libros y leyes

<b>Constitución</b>	Constitución Política del Perú de 1993
<b>LPAG</b>	Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS.
<b>Reglamento General</b>	Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.
<b>Ley de Telecomunicaciones</b>	Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC
<b>Ley Marco</b>	Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos
<b>LDFF</b>	Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336
<b>Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones</b>	Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC
<b>ROF</b>	Reglamento de Organización y Funciones del OSIPTEL, aprobado por Resolución N° 032-2002-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución N° 036-

2015-CD/OSIPTTEL y por Decreto Supremo N° 104-2010-PCM y Decreto Supremo N° 045-2017-PCM

**Reglamento de Supervisión**

Reglamento General de Supervisión, aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTTEL

**RFIS**

Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución N° 087-2013-CD/OSIPTTEL.

**Código Penal**

Código Penal, Decreto Legislativo 635 y sus modificatorias.

**Código Procesal Penal**

Nuevo Código Procesal Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo 957 y sus modificatorias.

**CCITT**

Consultative Committee for International Telegraphy and Telephony.



## Resumen

La presente investigación identifica que la estrategia dominante para el cumplimiento de las normas (*Enforcement*) aplicada por el organismo regulador de las telecomunicaciones del Perú (OSIPTEL) es la disuasiva (*Deterrent approach*), estrategia que tiene como principal proposición que el castigo es lo más efectivo para lograr un cambio de conducta del infractor.

En este contexto es que nos preguntamos si cabe la posibilidad de optar por estrategias conjuntas (sin dejar de lado el ejercicio de la potestad sancionadora del regulador cuando corresponda) que permita la apertura del Regulador a solucionar los incumplimientos desde un esquema gradual, partiendo desde una posición persuasiva para que cuando sea necesario ejercer el poder punitivo, se ejerza fuertemente, aunque sólo en los casos en que se hayan sido vencido otros mecanismos de entendimiento.

Consideramos en esa línea que lo importante no es tener una cantidad elevada de supervisiones que deriven en expedientes de sanción, sino que los expedientes que existan sean de gran impacto para la sociedad y el mercado de las telecomunicaciones. La causa es que no debe perderse de vista la relevancia de resolver oportunamente un caso en materia de servicios públicos. Entiéndase resolver no como sinónimo de sancionar, sino como sinónimo de reparar, corregir o regenerar. Si el único camino que se tiene es el de sancionar, entonces es mejor, a nuestro entender, fijarse en aquellos procesos en los cuales se cuente con la mayor cantidad de pruebas (certeza indubitable, si se quiere), generada principalmente a partir de investigaciones minuciosas y sistemáticas, y aquellas nacidas del estilo de los juegos repetidos; y que generen un gran impacto en la industria.

Desde nuestro punto de vista, a través de la aplicación de una Regulación Responsiva (*Responsive Regulation*), el Regulador puede alcanzar eficiencia en términos económicos (ahorro en el inicio de procedimientos

administrativos sancionadores), eficacia en cuanto al cumplimiento de las obligaciones a las que se sujetan las empresas operadoras (en lo sucesivo, Agentes Regulados) dentro de un contexto oportuno (los problemas que afectan el servicio público se solucionan en el menor tiempo posible); de este modo el Regulador se enfoca en que el Agente Regulado asegure la provisión de los servicios brindados dentro de los términos en que se encuentra obligado, en un tiempo esperado, otorgando un conjunto de oportunidades graduales al agente presuntamente infractor de modo que corrija, resarza o remedie su incumplimiento, ello, aplicando las vigentes reglas del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y las normas vigentes del sector.

Para ello se propone una pirámide que inicia con la implementación de mecanismos persuasivos, como mesas de diálogo y transacciones, y culmina, en el vértice, con el retiro de la concesión o la disminución de años en su renovación, según sea el caso. Asimismo, se propone una pirámide inversa, en donde cada conducta positiva de la empresa, le otorga ventajas regulatorias en el mercado de las telecomunicaciones.

### **Abstract**

This research identifies that the dominant *Enforcement* strategy applied by the Peruvian Telecommunications Regulatory Agency (OSIPTEL) is deterrent (Deterrent approach), a strategy that has as its main characteristic that punishment is the most effective way to achieve a change of the offender's behavior.

In this context, the stitches fit into the possibility of opting for strategies (without neglecting the exercise of the regulator's sanitary energy when appropriate) that allow the opening of the regulator that solves non-compliance from a gradual scheme, starting from A persuasive position so that when it is necessary to exercise punitive power, it is strongly exercised, but only in cases where other mechanisms of understanding have been overcome.

We consider in this line that the important thing is not to have a high amount of supervisions that result in sanction records, but that the existing files are of great impact for the society and the market of the telecommunications. The reason is that the importance of timely resolving a case regarding public services should not be lost sight of. Understand resolving not as a synonym for sanction, but as synonymous to repair, correct or regenerate. If the only way we have is to sanction, and it is better, in our opinion, focus on the processes in which we have the most evidence (undoubted certainty, if you will), generated mainly from research minutiae and systematic, and those born in the style of repeated games; And that will have a big impact on the industry.

From our point of view, through the application of a Responsive Regulation, the Regulator can achieve efficiency in economic terms, the efficiency in the fulfillment of the obligations to which the operating companies are subjected in a timely context (the problem which affect the public service are solved in the shortest possible time); Thus, the

Regulator focuses on ensuring that the Regulated Agent ensures the provision of the services provided within the terms in which it is obliged, in an expected time, to grant a set of gradual opportunities to the alleged offending agent in order to correct, compensate Or remedy its non-compliance, applying the current rules of the Single Ordered Text of the General Administrative Procedure Law and the current rules of the sector.

To this end, a pyramid is proposed that begins with the implementation of persuasive mechanisms, such as tables of dialogues and transactions, and culminates, at the apex, with the withdrawal of the concession or the reduction of the years in its renewal, according to the case of the sea. Also, it is an investment company, where every positive conduct of the company, granting regulatory advantages in the telecommunications market.



## INTRODUCCIÓN

Frente a un inconveniente en la prestación de un servicio público suministrado un Agente Regulado, el OSIPTEL (en lo sucesivo, Regulador) está obligado, a nuestro entender, a intervenir en tiempo inmediato a efectos de establecer medidas que detengan la continuación de un incumplimiento, pues genera diversas externalidades negativas, principalmente en perjuicio de los usuarios del servicio o de los competidores del infractor, además del mercado mismo.

Las acciones que efectúe el regulador para que las empresas concesionarias cumplan con prestar el servicio de manera satisfactoria (o en miras de alcanzar una idónea satisfacción de los usuarios) son siempre necesarias; sin embargo, estas acciones, entre las que se encuentran, la aplicación de una orden de cese, la imposición de una sanción, la imposición de una medida correctiva o de advertencia etc., no sólo deben ser impuestas dentro de los parámetros que la norma exige, sino también deben ser oportunas. Si bien las reglas de la prescripción del derecho procedimental administrativo le otorgan un amplio plazo al regulador para que pueda ejercer su potestad sancionadora (para las obligaciones cuyo incumplimiento es tipificado), eso no debe implicar el resolver los procesos cuando ya están por prescribir.

Si el regulador ha intervenido a un Agente Regulado buscando únicamente detectar el incumplimiento, sobreponiendo ello a buscar, a través de los medios técnicos y legales a su alcance, que el hecho que originó el problema sea reparado, corregido o resarcido, la acción del OSIPTEL habrá quedado incompleta. Más aún si la punición administrativa no es un fin en sí mismo, ni puede confundirse con ello. Es solo un simple instrumento de regulación para obtener los fines deseados (Moron Urbina, 2016).

Es de considerar que la intervención de un regulador se hace en un contexto especializado, con una diversidad de normas técnicas que se deben cumplir para que el Agente Regulado preste un servicio con parámetros mínimos de calidad, continuidad, disponibilidad, cobertura, etc. De todo este sistema, el ejercicio de la facultad sancionadora es la última *ratio* a la cual el regulador debe acudir; no la primera ni la más recurrente, puesto que, de cara a sus propios fines, el regulador está obligado a responder en virtud de los principios de celeridad<sup>1</sup>, eficiencia y efectividad<sup>2</sup> y de actuación basado en el Análisis Costo - Beneficio<sup>3</sup>, los cuales están elucidados en el Reglamento General del OSIPTEL.

En el Primer Título describimos y analizamos las condiciones actuales del mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, explicamos algunos aspectos del actual proceso de *Enforcement*<sup>4</sup> aplicado por el

- 
- <sup>1</sup> Artículo 15 del Reglamento General: (subrayado agregado)  
*Principio de Celeridad*  
La actuación administrativa de OSIPTEL deberá orientarse a resolver los temas y controversias que se susciten de manera oportuna y en el menor tiempo posible.
- <sup>2</sup> Artículo 14 del Reglamento General: (subrayados agregados)  
*Principio de Eficiencia y Efectividad*  
La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto.
- <sup>3</sup> Artículo 6 del Reglamento General: (subrayados agregados)  
*Principio de Actuación basado en el Análisis Costo - Beneficio*  
Los beneficios y costos de las acciones periódicas y programadas emprendidas por el OSIPTEL, serán evaluados antes de su realización y deberán ser adecuadamente sustentados en estudios y evaluaciones técnicas que acrediten su racionalidad y eficacia. Esta evaluación tomará en cuenta tanto las proyecciones de corto como de largo plazo, así como los costos y beneficios directos e indirectos, monetarios o no monetarios.
- <sup>4</sup> Según Bonifaz Hernández & Montes Tapia (2015): «La palabra *enforcement*, en inglés, no tiene una traducción exacta en español. Su significado comprende el aseguramiento de una obediencia. Para nuestros fines, el término *enforcement* involucrará los esfuerzos del Estado, a través de sus instituciones para hacer cumplir las leyes.

De acuerdo a Stigler (1970) la meta del *enforcement* es lograr cierto grado de cumplimiento, el cual es equivalente al que la sociedad pueda permitirse. Dicha afirmación se explica teniendo en cuenta que el Estado a través de sus instituciones no puede controlar el 100% de conductas y obligaciones, y ello se justifica por los recursos limitados



regulador de telecomunicaciones y terminamos formulando nuestro problema e hipótesis.

Posteriormente, procederemos a describir los modelos o enfoques a aplicar para el cumplimiento de la ley (*Enforcement*), más comunes que existen en la práctica regulatoria, entre ellos, la Regulación Responsiva. Los reguladores, que tienen como funciones tanto crear normas, como supervisar y fiscalizar su cumplimiento por parte de los agentes regulados, aplican estos enfoques o modelos con miras a mantener a salvo el objeto de control (bien jurídico protegido), como puede ser un servicio público, el mercado, interés público, etc.

Por último, explicaremos, en términos netamente conceptuales, cómo se podría aplicar en un proceso de *enforcement* una estrategia sostenida en la Regulación Responsiva en materia de telecomunicaciones. A partir de esta aplicación, esperamos advertir las ventajas y desventajas de su aplicación en relación con una aplicación disuasiva y una persuasiva.

Con este análisis procederemos a contrastar nuestra hipótesis y determinar si en efecto, la aplicación de un enfoque responsivo sería un modelo que contribuye a generar mayores ventajas y beneficia a la industria de las telecomunicaciones.

Frente a las numerosas dificultades surgidas a razón del incremento de servicios, usuarios, empresas operadoras y proveedores de servicios que se sostienen en una red de telecomunicaciones, el Regulador necesita tener a disposición diversas herramientas que le permitan realizar una actuación de respuesta efectiva. Es necesario agenciarse de mecanismos alternativos, distintos a los convencionalmente conocidos, como son los procedimientos administrativos sancionadores o las medidas correctivas.

---

con los que cuenta. Es por ello que las instituciones deben contar el conocimiento y destreza para realizar la actividad de *enforcement* de la manera más eficiente y eficaz.»

**Título Primero.**  
**LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE**  
**TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ Y SU REGULACIÓN**

**1. EL MODELO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES EN EL PERÚ**

La prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, como la telefonía fija, la telefonía móvil, el acceso a Internet o la televisión de paga, son prestados por empresas privadas, conocidas en la industria, como empresas operadoras.<sup>5</sup>

Empresas como Telefónica del Perú S.A.A., América Móvil Perú S.A.C., Americatel Perú S.A., Entel Perú S.A., Viettel del Perú S.A.C., Convergía S.A., Supercable S.A., DirecTV S.A., Virgin Mobile S.A., entre otras, están sujetas a un marco legal específico de tal modo que para que una de ellas haya podido ingresar en este mercado, debió obtener los títulos habilitantes para el/los tipo/s de servicio/s público/s que deseaba prestar<sup>6</sup>, siendo el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) el encargado de otorgar concesiones, autorizaciones, permisos y licencias en materia de telecomunicaciones;<sup>7</sup> asimismo, el encargado de administrar, asignar y controlar, los servicios públicos de telecomunicaciones.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> S.v. Glosario de Términos del TUO del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones: [Empresa ] Operadora: Persona natural o jurídica que cuenta con concesión, autorización o registro para la prestación de uno o más servicios de telecomunicaciones.

<sup>6</sup> En concordancia con lo dispuesto por la Ley de Telecomunicaciones (artículos 8, 12, 13) y su reglamento (artículos 53 y 99), y las normas X.25 y X.75 de la CCITT, los servicios públicos de telecomunicaciones, se clasifican en: a) Servicios Portadores, b) Teleservicios o Servicios Finales, c) Servicios de Difusión, d) Servicios de Valor Añadido. Esta clasificación a su vez, cuenta con modalidades específicas como modalidades de teleservicios o servicios finales, resaltando entre otros, los servicios telefónicos, tanto fijo como móvil y el servicio de comunicaciones personales (PCS). En el caso de los servicios de Valor Añadido, resalta el servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet).

<sup>7</sup> Cfr. inciso 3 del artículo 75 la Ley de Telecomunicaciones

<sup>8</sup> Cfr. con el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones

En efecto, las empresas operadoras han suscrito con el Estado un contrato de concesión<sup>9</sup>. En dicho contrato se han estipulado una serie condiciones entre las cuales destacan el cumplimiento de metas, condiciones esenciales como la continuidad, disponibilidad del servicio, el cumplimiento de las condiciones de uso respecto de los usuarios, y el cumplimiento de las disposiciones que posteriormente se establezcan y otros compromisos específicos, como condiciones económicas, el pago de canon por espectro radioeléctrico, aporte al FITEL, aporte al OSIPTEL, aporte por regulación, etc.

Cabe señalar que la concesión es una técnica reconocida en el derecho administrativo, mediante la cual se atribuyen a privados derechos para el ejercicio de una actividad económica<sup>10</sup>. Es, en sí misma, un título que hace nacer en la esfera jurídica de su destinatario privado derechos, facultades, poderes nuevos hasta entonces inexistentes; es decir, se trata de un acto administrativo de carácter favorable o ampliatorio para la esfera jurídica del destinatario, e implica la entrega, sólo en ejercicio temporal, de determinadas funciones del Estado, estableciéndose una relación jurídica pública subordinada al interés público. Por ello es el *ius imperium* de la voluntad estatal el que establece la concesión para un particular<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> «(...) en el caso de un contrato de concesión, está cediendo parte de su gestión sobre bienes o servicios de su patrimonio a favor de los particulares» (Morón Urbina, Danós Ordóñez, Martín Tirado, & Huapaya Tapia, 2012)

<sup>10</sup> «La concesión usualmente es un título que le permite al Estado trasladar al agente privado una serie de responsabilidades públicas. Se manifiesta a veces bajo la forma de un acto administrativo, como en algunos sectores como energía por ejemplo; y en otros casos se manifiesta bajo forma contractual que es, digamos, la parte más desarrollada y donde se intenta que la concesión vaya a desarrollarse bajo esta forma para hacerla más igualitaria, más paritaria, más recíproca de alguna manera con cláusulas de compromisos bilaterales (el Estado y el privado). Pero básicamente, es un título que le permite al privado ejercer y trasladar la competencia preponderante del Estado, bajo la idea de un Estado vigilante de esta actividad cedida.» (Morón Urbina, Danós Ordóñez, Martín Tirado, & Huapaya Tapia, 2012)

<sup>11</sup> Cfr. con el EXP. N.º 05503-2007-PA/TC (2008)

En razón de lo expuesto, para prestar servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, se debe contar con la concesión, permiso o licencia que corresponda, bajo condiciones específicas. Es entonces cuando el concesionario adquiere la calidad de Agente Regulado, toda vez que su actividad estará siendo regulada, supervisada y fiscalizada por el Regulador. Si el Agente Regulado se aparta de las condiciones impuestas o las incumple, podría ser susceptible de ser sancionado, inclusive podría perder su condición de concesionario y por tanto encontrarse prohibido de prestar el servicio, con las respectivas consecuencias legales que ello implica.

## 2. EL PAPEL DEL OSIPTEL RESPECTO DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO

La verificación del cumplimiento del marco contractual y normativo, en estricto en lo referente a la prestación del servicio, está a cargo del OSIPTEL.

Previamente a explicar el papel del OSIPTEL en cuanto a los Agentes Regulados, es preciso señalar que a través del estudio realizado por Culebro & González en su artículo sobre la evolución de los organismos reguladores, se afirma que tradicionalmente la regulación ha sido considerada como una solución o un mecanismo a través del cual se pueden corregir las fallas del mercado. Con esta idea, la regulación es definida como un control exógeno al mercado, de tal forma que supone la existencia previa de un mercado para existir (Culebro M. & González Laporte, 2013).

Según esta concepción, el Estado sólo interviene cuando la condición de equilibrio o eficiencia del mercado no se logra o es potencialmente inestable. La regulación desde esta perspectiva sugiere la implementación de mecanismos que controlan, sobre todo, las decisiones de las empresas<sup>12</sup>, en

<sup>12</sup> Cfr. (Demsetz, 1968), quien señala que en las industrias de servicios públicos, a menudo se ha buscado la reglamentación debido al inconveniente de la competencia. "Indeed, in utility industries, regulation has often been sought because of the inconvenience of competition. The history of regulation is often written terms of the desire to prohibit "excessive" duplication of utility distribution systems and the desire to prohibit the capture

lo referente a los precios y la producción de los bienes (Culebro M. & González Laporte, 2013). Entonces, la toma de decisiones privadas que no responden de manera adecuada a las exigencias del interés general propician la regulación, en tanto existen desequilibrios o vacilaciones en un determinado sector de tal forma que la intervención a través de la regulación es la única manera de sostener una protección desde el Estado hacia las actividades que se efectúan dentro de aquel (Breyer, 1990).

Esta concepción de la regulación es, sin embargo restringida (limitada a la intervención del mercado a través del control de precios), cuando las acciones que realiza un regulador son ampliamente mayores. Por ello, se considera adecuado adoptar una concepción más global de la regulación, como lo han señalado Baldwin, Robert; Martin Cave & Martin Lodge (2012), al referirse que la regulación trasciende a fijar tarifas, sino que concierne todas las acciones del gobierno, realizadas mediante sus reglamentos, normas y adopción de medidas. Regular, entonces, consiste en la realización de todas las prácticas que realiza el Regulador en uso de sus facultades y funciones.

En ese escenario, se debe interiorizar que el papel de un regulador, como es el caso del OSIPTEL, no es solamente fijar tarifas o cargos de interconexión entre los Agentes Regulados. En realidad, el papel de un regulador en materia de telecomunicaciones se orienta a sostener en el tiempo un mercado que provea servicios de calidad en un marco de la libre y leal competencia y para ello emplea una serie de mecanismos según lo fijan sus normas.

Este contexto es el que instituye al OSIPTEL como el regulador de las telecomunicaciones. De conformidad con lo estipulado en la Ley Marco, la LDFF, el Reglamento General, son funciones del OSIPTEL, la supervisión, regulación, fiscalización y sanción, así como la solución de reclamos de usuarios y controversias entre empresas operadoras, y la emisión de

---

of windfall gains by utility companies. Neither of these aspects of the utility business are necessarily related to scale economies.”

normas, relacionadas con la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones. Por tanto, las empresas operadoras y el OSIPTEL van a mantener intercambios continuos de puntos de vista, en los cuales la empresa operadora llegará a ser una suerte de *Agente* y el OSIPTEL una suerte de *Principal*<sup>13</sup>.

De las citadas normas se desprende que la función supervisora es ejercida en primera instancia por la Gerencia General del OSIPTEL, para lo cual puede contar con el apoyo de una o más gerencias de línea, como es el caso de la Gerencia de Fiscalización y Supervisión (en lo sucesivo, GFS)<sup>14</sup>, la cual se encarga de supervisar con el apoyo de las oficinas desconcentradas<sup>15</sup> y promover el cumplimiento de obligaciones técnicas, legales y contractuales, por parte de los Agentes Regulados a nivel nacional.

La GFS se encarga de emitir medidas preventivas, recomienda la imposición de medidas correctivas y cautelares; asimismo, cumple la labor de órgano instructor en los procedimientos administrativos sancionadores que son de competencia de la Gerencia General, en Primera Instancia Administrativa.

### 3. PROCESO DE ENFORCEMENT

Conforme con las disposiciones establecidas en la LDFF, el Reglamento General, el Reglamento de Supervisión y el RFIS, se puede colegir que el rol del OSIPTEL de hacer cumplir las normas a partir de un proceso de determinación del cumplimiento de las obligaciones en materia de servicios de telecomunicaciones, puede segmentarse en tres fases:

<sup>13</sup> Al respecto véase la Teoría de la Agencia (Gorbaneff, 2001).

<sup>14</sup> Cfr. artículo 10 de la LDFF; 37 del Reglamento General; 39 y 40 del ROF. A partir de la modificación del ROF por DS 045-2017-PCM, la Gerencia de Fiscalización y Supervisión pasará a denominarse Gerencia de Supervisión y Fiscalización.

<sup>15</sup> Las Oficinas Desconcentradas son centros de presencia, atención y orientación que el OSIPTEL ha implementado a nivel nacional.

- 3.1. Una, ex ante, mientras el Agente Regulado no ha incumplido norma alguna, el regulador aplica medidas destinadas a que el Agente Regulado no incumpla con las normas (rol preventivo).
- 3.2. Otra fase es “durante”, la cual se da mientras el Agente Regulado está incumpliendo las normas (rol persuasivo, cooperativo).
- 3.3. Finalmente, hay otra fase (ex post) en la cual el Agente Regulado ya incumplió (rol disuasivo, mayormente). En este último caso, el regulador, habiendo advertido el incumplimiento procede al inicio de un procedimiento administrativo sancionador para determinar la sanción que corresponde.

Las fases descritas forman parte de un Proceso de *Enforcement* en la vía administrativa, es decir, aquellas que se ventilan ante el OSIPTEL.

Eduardo Melgar (2015) explica que existen dos grandes etapas que constituyen el Proceso de *Enforcement* en los organismos reguladores: una primera etapa seguida en el Organismo Regulador y otra en el Poder Judicial. Ambas, subdividas en sub etapas (supervisora, fiscalizadora y sancionadora). A través de ellas se efectiviza el inicio y fin del proceso de determinación del cumplimiento de las obligaciones por parte de las empresas operadoras, en el presente caso, en materia de servicios públicos de telecomunicaciones sobre las cuales el OSIPTEL tiene competencia.<sup>16</sup>

Las sub etapas que conforman la *etapa administrativa*, de acuerdo al Reglamento General, sólo serían dos:

---

<sup>16</sup> Conviene señalar que existen algunas obligaciones que las empresas operadoras mantienen con otras instituciones. Por ejemplo, remisión de información periódica al MTC, o remisión de información tributaria a la SUNAT, etc. El proceso de determinación del cumplimiento de estas obligaciones no forman parte de la presente investigación.

**Sub etapa Supervisora<sup>17</sup>:** en la cual se verifica el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas, de cualquier mandato o resolución emitida por el propio OSIPTEL o de cualquier otra obligación que deba cumplir el Agente Regulado.

Esta sub etapa inicia con las investigaciones preliminares que se recogen en expedientes y finaliza con la emisión de un informe que por lo general concluye recomendando que, de acuerdo a sus recaudos, se archive la supervisión (v.g. porque el agente regulado no se encuentra infringiendo las normas supervisadas) o se inicie un procedimiento administrativo sancionador (v.g. porque el agente regulado, habría incumplido dichas normas).

**Sub etapa Fiscalizadora y Sancionadora<sup>18</sup>:** en la cual el OSIPTEL inicia el proceso para imponer sanciones y medidas correctivas a los agentes regulados por el incumplimiento de las normas aplicables, de las regulaciones y de las obligaciones contenidas en los contratos de concesión.

Esta sub etapa inicia con la notificación al agente regulado del inicio del procedimiento administrativo sancionador y finaliza, siguiendo los pasos establecidos en la LPAG<sup>19</sup>, con una resolución emitida por la Gerencia General que archiva el procedimiento (v.g. porque no se evidenció el incumplimiento de las normas) o que sanciona la conducta infractora (v.g. porque se evidenció que el Agente Regulado incurrió en infracción). Esta Resolución, en efecto, puede reconsiderarse ante la misma instancia y/o

---

<sup>17</sup> Artículo 36 del Reglamento General

<sup>18</sup> Artículo 40 del Reglamento General

<sup>19</sup> Oportunidad de descargar las imputaciones realizadas por el Regulador, oportunidad de aportar medios de prueba que la eximan de responsabilidad, entre otros. (artículos 170.2, 171, 172 de la LPAG)



apelarse ante la instancia superior (Consejo Directivo del OSIPTEL), con lo cual, culmina la etapa administrativa.<sup>20</sup>

De acuerdo con lo expuesto, para determinar el cumplimiento del Agente Regulado respecto de una obligación cualquiera, existe un proceso preestablecido, el cual debiera estar constituido sobre la base de un marco de predictibilidad en la determinación de responsabilidades si los hubiere y un debido procedimiento. El Regulador efectúa estas acciones en virtud de su Potestad Sancionadora.

Como lo señala Vicente Montes, la potestad sancionadora<sup>21</sup> es aquella facultad de la administración pública de imponer sanciones a través de un procedimiento administrativo, entendida la sanción administrativa como aquel mal infligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilícita, con finalidad represora, consistiendo la sanción en la privación de un bien o derecho, o la imposición de un deber (Vicente Montes, 2015).

De lo descrito observamos que la finalidad de imponer sanciones no sólo está en ejercer el *ius puniendi*<sup>22</sup> en el control de la norma quebrantada, sino que además de ello, existe una finalidad mayor, de buscar un equilibrio en

<sup>20</sup> Es pertinente señalar que según Melgar (2015), La *Fiscalización* viene a ser la etapa de instrucción, la cual se inicia con la notificación del pliego de cargos a la empresa supervisada, dándole un periodo de tiempo para emitir sus descargos, luego de los cuales se elabora un informe en el que efectúa un análisis sobre la responsabilidad de la empresa recomendando: «condenar», o «archivar» el Procedimiento Administrativo Sancionador. En cambio, considera que la *Sanción* es una etapa propiamente resolutoria a cargo de la Gerencia General del Regulador, quien evaluando el informe de la etapa de instrucción, determina si confirma o no su recomendación. El resultado puede ser, al igual que la anterior, «condenar» o «archivar» la imputación efectuada.

<sup>21</sup> Cfr. EXPEDIENTE N° 01514-2010-PA-TC:

*«La potestad sancionadora del Estado-principio de legalidad en materia sancionadora  
4. La aplicación de una sanción administrativa constituye una manifestación de la potestad sancionadora del Estado, por lo que su validez, en el contexto de un Estado de derecho respetuoso de los derechos fundamentales, está condicionada al respeto de la Constitución y de los principios en ésta consagrados. (...).»*

<sup>22</sup> S.v. «el derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativo del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de la pena.»

las acciones del Agente Regulado para con la prestación del servicio público, habida cuenta que el incumplimiento de las normas acarrea el perjuicio del mercado y de sus usuarios.

Entonces, luego de advertir esta finalidad, es lógico preguntarse qué se espera con cada acción sancionadora. La sanción, tiene un sentido y es que esta produce (o debería producir) una serie de efectos coactivos para la abstención de la conducta infractora, de modo que se respete la obligación establecida. Sin embargo, como lo señala Morón Urbina (2016), la sanción no es en sí misma un fin buscado por el regulador.

Sancionar a un Agente Regulado supone una lección o castigo por haber desobedecido la norma que debió obedecerla, y también supone una forma de amenaza regulatoria, en principio creíble, para que el Agente Regulado no lo vuelva a cometer. Dicho ello, es pertinente señalar que la sanción también persigue un objetivo adicional, y es el cambio de conducta. Es necesario que los agentes regulados, por efectos de las multas, estén dispuestos a cambiar de actitud respecto de las obligaciones.

## Título Segundo.

### ANÁLISIS DE LA ACTUAL ESTRATEGIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LAS NORMAS EN MATERIA DE TELECOMUNICACIONES

#### 1. La importancia de una estrategia en el Proceso de Enforcement

Más allá de las funciones y facultades y todos los revestimientos que le otorgan autoridad al Regulador, se encuentra la razón de su propia existencia. ¿Por qué un Regulador? Ello ha sido respondido por la Ley. En efecto, la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo revela en su artículo 32<sup>23</sup> las razones de la existencia de un regulador (además de lo señalado en la Ley Marco, LDFF y Reglamento General). De esta disposición se desprende claramente que el OSIPTEL se ha creado para actuar en el mercado de las telecomunicaciones para garantizar su adecuado funcionamiento, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional. Ello guarda sentido con el hecho de contar con los principios de celeridad, eficiencia y efectividad y actuación basado en el análisis costo – beneficio.

Además de esta razón, se desprende que el OSIPTEL tiene la capacidad de definir sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias para efectos de cumplir con sus funciones. Esto es, básicamente, que el OSIPTEL tiene permiso legal para diseñar su política regulatoria<sup>24</sup> de la cual forma parte su

<sup>23</sup> Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 29158: (subrayados agregados)

*"Artículo 32.- Organismos Reguladores*

*Los Organismos Reguladores:*

*1. Se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional.*

*2. Están adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros.*

*3. Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, tienen funciones supervisoras, reguladoras, normativas, fiscalizadoras y sancionadoras; y de solución de controversias y reclamos, en los términos previstos por la Ley de la materia.*

*4. Definen sus lineamientos técnicos, sus objetivos y estrategias.*

*(...)."*

<sup>24</sup> Cuando nos referimos en el presente trabajo a las políticas *regulatorias*, no nos restringimos al concepto tarifario. Lo entendemos en el sentido amplio, en el cual regulación equivale a norma y su verificación de cumplimiento.

estrategia de cumplimiento, aun cuando la LPAG ha diseñado un modelo convencional aplicable para las entidades públicas.

De lo expuesto se infiere que el OSIPTEL tiene una razón de existir. Esta razón es, a entender de esta investigación, la de garantizar el adecuado funcionamiento del servicio público de telecomunicaciones. Para cumplir con esta razón (sentido teleológico)<sup>25</sup>, se ha provisto al OSIPTEL de facultades y funciones y –lo más importante para efectos de nuestro estudio- se lo ha provisto de la capacidad de formular, diseñar y modelar su propia estrategia para llegar a cumplir con su propósito.

Entre otras estrategias con las que cuenta el regulador para llegar a este propósito, se encuentran las acciones que lleven al cumplimiento de las obligaciones a las que está sujeta la empresa operadora, lo que se conoce como *Enforcement*.

El *Enforcement*<sup>26</sup>, viene a ser un conjunto de actividades que realiza el regulador para lograr que el Agente Regulado cumpla con los planteamientos normativos a los que está sujeto<sup>27</sup> (Falla Jara, 2009). De este

<sup>25</sup> Cfr. (Smith): «El análisis teleológico de un ordenamiento jurídico integralmente considerado pone en descubierto que los fines perseguidos por éste tienden generalmente a concretar muchos de esos valores. Y es asimismo frecuente que la investigación de una institución jurídica aislada ponga en evidencia que la finalidad de ésta es realizar uno o algunos de aquellos valores.

*Pero puede ocurrir que como resultado de un análisis aislado, los fines perseguidos por una institución jurídica cualquiera aparezcan negándolos. Es decir, la finalidad: del instituto parecería tender a concretar no un valor, sino un contravalor jurídico, es entonces cuando la consideración teleológica debe incardinar el sentido jurídico del instituto en el contenido axiológico total del ordenamiento para que éste cobre una significación vital plenaria como finalidad perseguida por el legislador.»*

<sup>26</sup> En palabras de Falla: «Enforcement es un término anglosajón referido a la actividad que debe realizar alguien para hacer cumplir o aplicar normas. Comprende todas las acciones necesarias para cumplir con ese objetivo» (Falla Jara, 2009).

<sup>27</sup> Coincidimos con la traducción realizada por Falla Jara (2009) sobre los alcances del *enforcement* según Hutter (1997), lo cual reproducimos a continuación: «El concepto de *enforcement* de la ley no se refiere simplemente a la acción legal, sino que se extiende a

modo se asegura que el adecuado funcionamiento del servicio público se efectúe a partir del cumplimiento de las reglas establecidas. Si por algún motivo el Agente Regulado incumple o deja de pronto de cumplir con la regla, el regulador impone una consecuencia, que básicamente podría tratarse de una sanción por la desobediencia (enfoque disuasivo), o podría tratarse simplemente de una llamada de atención (enfoque persuasivo), entre otras consecuencias. El efecto ante la causa (incumplimiento) depende del regulador.

Ahora bien, no existe un solo enfoque o una sola estrategia para hacer cumplir la norma. Quintana y Villarán (2011) señalan que existen a) estrategias de obediencia, en donde encontramos la persuasión y la insistencia b) estrategias de cumplimiento y sanción, que son de dos clases (i) el enjuiciamiento y sanción general, que asume que el castigo de un regulado desmotivará a otros de incurrir en el mismo incumplimiento; y (ii) el enjuiciamiento y sanción específico que asume que el regulado que ha experimentado un castigo previo estará más inclinado a esforzarse para evitar ser penalizado nuevamente en el futuro; y, por último señalan c) estrategias de *responsive regulation* y *smart regulation*, las cuales vendrían a ser una suerte de enfoques híbridos, no extremos, que suponen incorporar una variedad de opciones de acción para lograr el cumplimiento, de forma que siempre resulte posible ir de lo más leve a lo más riguroso.

En cuanto a estos enfoques, en contraste a las actividades que realiza el Regulador, podemos apreciar tres importantes *Periodos* que podrían permitirnos explicar en parte la problemática actual.

**Primer Periodo.**- Sucede desde la aprobación del Reglamento General del OSIPTEL en el año 2001 hasta la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, mediante el cual se incorpora el Título I

---

una amplia gama de técnicas de *enforcement* informal, incluyendo educación, consejo, persuasión y negociación. Estas técnicas son utilizadas por los agentes encargados del *enforcement*, pero toman particular importancia en el campo regulatorio.»

“Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú” al Decreto Supremo N° 020-98-MTC, a través del cual se dan a conocer criterios generales para la renovación de las concesiones en materia de telecomunicaciones, entre los cuales se observa que un indicador de la renovación es el resultado de la evaluación del desempeño general de la empresa concesionaria respecto de cada obligación en el período analizado.

Para estos efectos, se dispuso la ulterior publicación de una metodología predictiva para evaluar el cumplimiento de las obligaciones por parte de las concesionarias.<sup>28</sup> *Esta metodología consiste en determinar el tiempo que se renovará el plazo de la concesión (máximo 5 años para la renovación gradual y 20 años para la renovación total), como consecuencia de la aplicación de una penalidad consistente en una disminución del tiempo de renovación. Esta penalidad se encontrará en función a la gravedad y efectos en el bienestar de las infracciones que el concesionario cometió durante el periodo evaluado*<sup>29</sup>. En otras palabras, mientras más infracciones cometidas, menos tiempo en la renovación, produciéndose inclusive la posibilidad de denegatoria de la renovación.

Si bien esta metodología de renovación viene a ser una suerte de incentivo para que el Agente Regulado evite incumplir las obligaciones establecidas en el ordenamiento jurídico, la determinación del cumplimiento en un sistema procedimental administrativo en el que se encuentran circunscritos los agentes regulados, escapa a la determinación establecida por el Regulador.

---

<sup>28</sup> Mediante Decreto Supremo N° 036-2010-MTC, publicado el 27 de julio de 2010 en el diario oficial El Peruano, se aprobó el “Método para la Evaluación del Cumplimiento de las Obligaciones de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones”.

<sup>29</sup> Cfr. con la Exposición de Motivos de N° 036-2010-MTC.

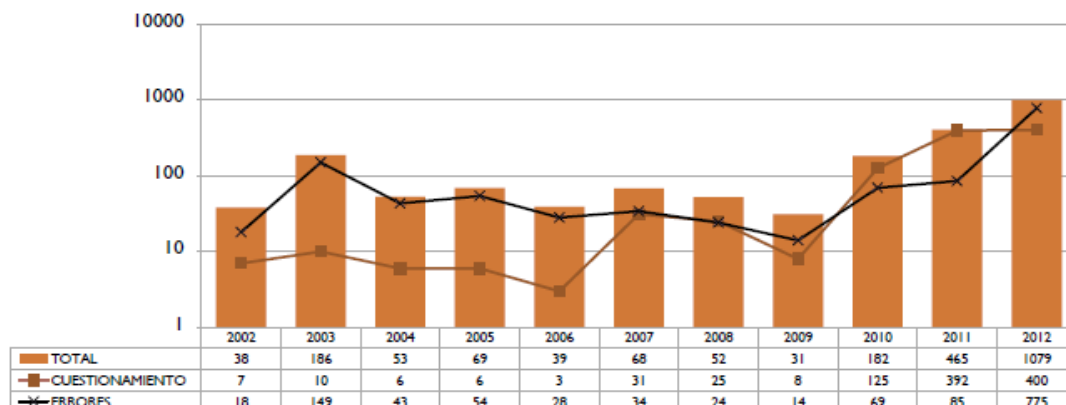
Esta situación en efecto se produce en vista que los Lineamientos establecen una restricción general, en el sentido que los incumplimientos que se incluyan en la evaluación, deben estar evidenciados con pronunciamientos definitivos; por lo tanto, para efectos de dicha evaluación, no califican como incumplimiento las situaciones que se encuentren en litigio en sede administrativa, judicial o arbitral, las cuales sólo calificarán como incumplimiento cuando se evalúe el periodo en el cual se emita el pronunciamiento definitivo.

Es así que partir de este periodo, las empresas operadoras empiezan a rechazar la imposición de multas efectuadas por el OSIPTEL, impugnándolas y elevándolas para que sus decisiones sean revisadas en sede judicial o, arbitral según lo que corresponda.

En efecto, en el estudio efectuado por Melgar (2015), se muestra un cuadro (Ilustración 1) en el que se comprueba que la impugnación de los agentes regulados a la imposición de sanciones por el OSIPTEL llegan a ser más recurrentes una vez que se emiten los Lineamientos del año 2007 (y más cuando se publica la metodología en el año 2010).

Melgar, siguiendo a Quintana & Villarán (2011), da a entender que esta situación se efectúa precisamente porque la amenaza potencial de la no renovación muchas veces es inconsistente con la penalidad establecida con la aplicación de la metodología. En este contexto, las empresas operadoras realizan una sobre defensa, recurriendo constantemente al Poder Judicial para que en esta instancia se resuelvan los casos por más insignificantes que sean. Esta propensión a acudir hasta la esfera judicial, si bien lícita y acorde a los derechos del Agente Regulado, resulta siendo contraproducente con los fines que busca el regulador.

**Ilustración 1 Errores de condena versus grado de cuestionamiento<sup>30</sup>**



Elaboración y Fuente: Eduardo Melgar, 2015

**Segundo Periodo.-** Se observa desde que el OSIPTEL introduce nuevos elementos en el marco de su rol fiscalizador, al derogar en julio del año 2013, su Reglamento de Infracciones y Sanciones vigente desde el año 1999 y aprobando a su vez el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones (RFIS). Principalmente, la variación de las características de la medida correctiva aplicada en los procedimientos a cargo del OSIPTEL.

Por esta variación, las medidas correctivas que antes eran un medio para exigir a las empresas desistir de continuar con la afectación producto del incumplimiento detectado<sup>31</sup>; a partir de esta variación<sup>32</sup>, dichas medidas

<sup>30</sup> Melgar, respecto de su ilustración explica lo siguiente: «Como se aprecia en la gráfica, por lo menos hasta el año 2006, el grado de cuestionamiento de las decisiones del OR era considerablemente bajo. Implica un importante grado de acatamiento de sus decisiones, todo y que el nivel de sus errores era sustancialmente más elevado.

*Esta situación varía radicalmente a partir del año 2007, año en que el Estado Peruano hace público que aprobará una metodología para la evaluación de la renovación de los contratos de concesión de las empresas que se encuentran bajo el ámbito de supervisión del OR, la cual considerará su desempeño respecto de cada obligación, para lo cual se tomará en consideración la infracción administrativa individualmente considerada. (...)*»

<sup>31</sup> En virtud de lo dispuesto por el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, aprobado en 1999, a través de la resolución Consejo Directivo N° 002-99-CD-OSIPTEL.

<sup>32</sup> La variación se efectúa con la entrada en vigencia del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 087-2013-CD/OSIPTEL, en cuyo artículo 23 expresa lo siguiente: (subrayado agregado)



correctivas sólo pueden ser utilizadas para exigir a las empresas operadoras a dejar de dar, hacer o no hacer, respecto de obligaciones establecidas en la norma o los contratos de concesión que no se encuentren tipificados como infracción administrativa.

Indistintamente de la transformación que sufrió la figura de las medidas correctivas, es de mencionar que estas fueron impuestas de forma oscilante (ver Tabla 1). Asimismo, es importante señalar que también son incluidas por la Metodología de Renovación para la determinación del tiempo de renovación<sup>33</sup> de tal forma, que también resultan siendo impugnadas.

Ahora bien, dada la condición dinámica de la prestación de un servicio público de telecomunicaciones, la impugnación de una medida correctiva repercute sustancialmente en su eficacia, debido a que, en tanto son impugnadas, el Regulador está abocado a demostrar que efectivamente hubo un incumplimiento de la normativa que justificó la imposición de dicha medida. Sin embargo, mientras que el tiempo transcurre, la acción a corregir podría seguir causando perjuicios, o permanezca en la potencialidad de causar un perjuicio, lo que justamente el regulador pretende evitar con la medida correctiva. Esta situación de sobre defensa

---

**«Artículo 23.- Medidas Correctivas**

*Las medidas correctivas constituyen disposiciones específicas que tienen como objetivo la corrección del incumplimiento de una obligación contenida en las normas legales o en los Contratos de Concesión respectivos y que no se encuentre tipificada como una infracción administrativa. Mediante la imposición de una medida correctiva, los órganos competentes del OSIPTEL para imponer sanciones, ordenan a las Empresas Operadoras realizar una determinada conducta o abstenerse de ella, con la finalidad de que cumpla con determinadas obligaciones legales o contractuales.*

*(...)*»

<sup>33</sup> De acuerdo a la Metodología de renovación de concesiones, (numeral 100) en la evaluación que el OSIPTEL realiza para la determinación del indicador de incumplimientos, incluye a todos los incumplimientos, es decir, no solo los casos en que se aplican multas efectivas, sino también aquellos en los que se otorga la Condonación de la multa impuesta o se dictan Medidas Correctivas por la comisión de infracciones debidamente tipificadas o Amonestaciones, considerando a estas dos últimas con un peso equivalente a la mitad de una infracción leve, teniendo en cuenta un criterio de proporcionalidad, y considerando que para imponerlas como sustitutos de las multas.

de los agentes regulados, en efecto, podría estar vinculada con el hecho de que inclusive una medida correctiva se toma en cuenta (de manera negativa) para el cálculo del tiempo de renovación, de tal forma que los agentes tienen fuertes incentivos para no solucionar el problema y dedicarse a comprobar en un procedimiento administrativo que el presunto incumplimiento no existe.

La consecuencia en la aplicación tardía de la medida correctiva, a causa del tiempo transcurrido entre la imposición y la determinación final por la instancia recurrida, es que lo que haya que corregirse ya deje de ser oportuno o ya ni siquiera exista algo que corregir.

En el siguiente cuadro podemos apreciar que durante los años 2005 y 2007 se impusieron la mayor cantidad de medidas correctivas, mientras que los últimos años, por ejemplo 2015 y 2016, no han pasado de 2 medidas impuestas.

**Tabla 1 Medidas correctivas impuestas por OSIPTEL 2005 - 2016**

Año	Cantidad de medidas correctivas
2005	55
2006	50
2007	56
2008	5
2009	7
2010	8
2011	23
2012	24
2013	8
2014	26
2015	0
2016	2
<b>TOTAL</b>	<b>264</b>

**Tercer Periodo.-** Inicia con la reciente modificación de la LPAG en diciembre de 2016 a través del Decreto Legislativo 1272, que otorga una serie de herramientas, con rango de ley, para que las entidades públicas ejecuten decisiones que antes eran consideradas casi como tabú en la administración pública, y en particular en los reguladores. Podemos destacar los eximentes de responsabilidad<sup>34</sup>, los principios relativos al procedimiento administrativo sancionador<sup>35</sup>, entre otros aspectos dirigidos a la simplificación administrativa.

Desde luego, con la modificación de la LPAG se ha fijado que las normas a aplicarse por aquellas instituciones que se encuentran dentro del alcance de la citada ley no podrán imponer medidas más drásticas que las señaladas en aquella (artículo II). Además, establece una serie de cambios en los principios generales y los principios del procedimiento sancionador, de modo que a nuestro entender permiten incorporar ciertas estrategias a ser aplicadas en un contexto de juego estratégico entre el Regulador y el Agente Regulado.

---

<sup>34</sup> Artículo 255 de la LPAG:  
Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones  
1.- *Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*  
(...)  
f) *La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 253.*  
(...)

2.- *Constituyen condiciones atenuantes de la responsabilidad por infracciones las siguientes:*

a) *Si iniciado un Procedimiento Administrativo Sancionador el infractor reconoce su responsabilidad de forma expresa y por escrito.  
En los casos en que la sanción aplicable sea una multa esta se reduce hasta un monto no menor de la mitad de su importe.*

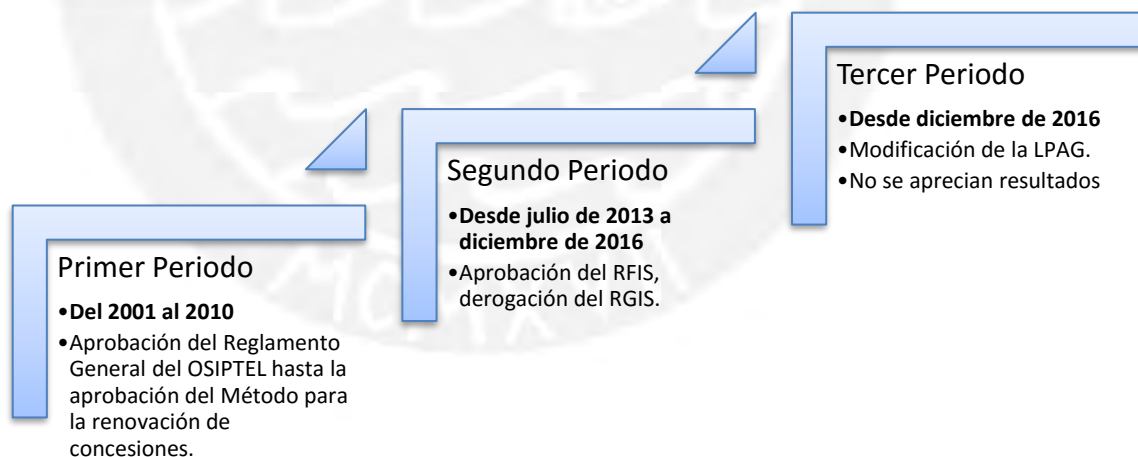
b) *Otros que se establezcan por norma especial.”*

<sup>35</sup> Artículo 246 de la LPAG.

Sin embargo, este tercer periodo todavía no es aplicado por el regulador. Empero, recientemente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 022-2017-CD/OSIPTEL, se publicó el Proyecto de Norma que Modifica el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, que busca adecuar las acciones de fiscalización y sanción a la LPAG, estableciendo criterios para la aplicación de los eximentes de responsabilidad de los agentes regulados, las atenuantes y agravantes<sup>36</sup>.

Por lo señalado en los párrafos anteriores podemos mencionar que cada uno de estos momentos constituye (o constituirá) un factor de influencia en las decisiones que el OSIPTEL, como organismo regulador, adopta. Por lo tanto, son (o han sido) significativos para modificar la estrategia a través de la cual se hace cumplir la norma, esto es, el *Proceso de Enforcement* aplicado por el OSIPTEL. A continuación, se resumen los tres periodos en un gráfico:

**Ilustración 2 Periodos de enforcement aplicado por OSIPTEL**



<sup>36</sup> [http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res022-2017-cd/Res022-2017-CD\\_Proyecto-Norma.pdf](http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res022-2017-cd/Res022-2017-CD_Proyecto-Norma.pdf)

Por otra parte, de estos tres Periodos, se advierte que en vista de los cambios normativos que hubieron anteriormente, habida cuenta que no es posible imponer medidas correctivas en un contexto donde la conducta está tipificada como infracción, convierte actualmente al *Proceso de Enforcement* con mayor probabilidad de imponer sanciones, en la medida que los incumplimientos que antes se podían resolver con otra aplicación, terminan convirtiéndose en procedimientos administrativos sancionadores. Es de destacar que en el proyecto normativo de modificación del Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones, se propone retornar (con mejoras sustantivas) al anterior esquema de medidas correctivas.<sup>37</sup>

Pese a ello, apreciamos que la normativa vigente (hasta el Segundo Periodo), no impide al OSIPTEL el uso de medidas distintas al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, en la medida que la LPAG y la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL se encuentran vigentes y contienen aspectos que pueden dirigir estrategias alternativas al inicio de un Procedimiento Administrativo Sancionador<sup>38</sup>.

Conforme a lo expuesto, la normativa vigente del OSIPTEL cuenta con instrumentos para que, frente a un incumplimiento, no necesariamente se recurra a la sanción. Aunque todavía no se encuentra dispuesto de modo expreso e inequívoco, estas directrices se encuentran como posibilidades optativas a las cuales se podría acoger el Agente Regulado o a las cuales el regulador podría acudir al momento de decidir, dependiendo de la situación concreta.

---

<sup>37</sup> Mayores precisiones sobre la nueva propuesta de medidas correctivas se encuentran en el Informe N° 00001-GTDM/2017 del 27 de enero de 2017, que puede accederse a través del siguiente enlace: [http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res022-2017-cd/Res022-2017-CD\\_Informe00001\\_GTDM-2017.pdf](http://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/PAR/res022-2017-cd/Res022-2017-CD_Informe00001_GTDM-2017.pdf)

<sup>38</sup> De similar opinión a la expuesta por Morón Urbina (2016) quien precisa que herramientas legales para la realización de medidas dirigidas a la terminación convencional de un Procedimiento Administrativo Sancionador es posible. Dicha opinión la efectuó antes de la modificación de la LPAG a través del Decreto Legislativo 1272.

Al respecto, podemos citar, como ejemplo, el vigente Reglamento de Supervisión, aprobado mediante Resolución N° 090-2015-CD/OSIPTEL, que en virtud de su artículo 30<sup>39</sup>, frente a determinados escenarios aun cuando se haya evidenciado el incumplimiento de la normativa, el OSIPTEL optaría por aplicarle una especie de llamada de atención (medida de advertencia) en lugar de iniciarle un procedimiento administrativo sancionador. Este mismo reglamento ha implementado como principio de la supervisión, el principio de prevención, *en virtud del cual el accionar del OSIPTEL no debe enfocarse exclusivamente en la adopción de mecanismos correctivos o punitivos por incumplimiento de obligaciones técnicas, contractuales o legales, sino también en prevenir la comisión de acciones u omisiones constitutivas de infracciones.*

No obstante su vigencia, (desde el 17 de noviembre de 2015) a la fecha en que se ha culminado esta investigación, la GFS nunca<sup>40</sup> ha aplicado esta disposición en algún caso concreto, lo que sugiere que esta herramienta reglamentaria no forma parte del proceso de *Enforcement* aplicado por el Regulador. En cambio, sí se observa que dicho proceso

<sup>39</sup> «Artículo 30.- Medidas de Advertencia

*Llevada a cabo la o las acciones de supervisión y constatado uno o varios hechos que constituyan incumplimiento, se podrá comunicar a la entidad supervisada una medida de advertencia en la cual se deje constancia del referido hecho y la posibilidad de aplicársele, de persistir en su comisión, las medidas o sanciones que correspondan, conforme a lo dispuesto en el Reglamento de Fiscalización, Infracciones y Sanciones.*

*La medida de advertencia a ser comunicada será establecida por la Gerencia de Fiscalización y Supervisión mediante un documento escrito dirigido a la entidad supervisada que adjunte el Informe de Supervisión que lo sustenta, al que se hace referencia en el artículo 15 del presente Reglamento.*

*Basado en el principio de Razonabilidad, la medida de advertencia se podrá emitir en los siguientes casos:  
(...)*»

<sup>40</sup> Sobre el particular, mediante acceso a la información pública, se solicitó al OSIPTEL nos brinde información de las medidas de advertencia impuestas desde su entrada en vigencia a la fecha, lo cual fue respondido en el sentido de que no se tenía registro alguno sobre estas medidas.

está caracterizado una mayor cantidad de multas impuestas por el regulador desde el año 2012.

Al respecto, se ha procesado algunas cifras tomando como referencia la información publicada por el Regulador, que explica, en efecto, que su enfoque dominante es un *Enforcement* disuasivo<sup>41</sup>.

#### **a. Evolución de las multas impuestas a las empresas operadoras**

Como se aprecia de la Tabla 1 que se muestra a continuación, desde 1996 hasta el año 2015 (20 años), OSIPTEL, a través de su Gerencia General ha impuesto 646 multas por un monto aproximado a 85 millones de soles, siendo el año 2014 el que se resolvieron mayor cantidad de casos (140) en contraste con el año 2004 en el que se resolvió tan solo un caso. También se aprecia que en los últimos 4 años los casos y las multas se han incrementado de manera sustantiva en relación con los años anteriores.

**Tabla 2 Multas aplicadas por OSIPTEL desde 1996 a 2016**

Año	Cantidad de multas impuestas	Monto Total de multa anual en UIT	Monto de la UIT	Monto en soles
1996	5	125	S/. 2200	S/. 275.000,00
1997	4	96,7	S/. 2400	S/. 232.260,00
1998	3	107	S/. 2600	S/. 278.200,00
1999	4	95	S/. 2800	S/. 266.000,00
2000	2	244	S/. 2900	S/. 707.600,00
2001	5	82,4	S/. 3000	S/. 247.200,00
2002	9	491,4	S/. 3100	S/. 1.523.288,33
2003	10	305,5	S/. 3100	S/. 947.182,27
2004	1	51	S/. 3200	S/. 163.200,00
2005	5	355	S/. 3300	S/. 1.171.500,00
2006	3	52,1	S/. 3400	S/. 177.335,08
2007	11	1197,8	S/. 3500	S/. 4.192.367,18

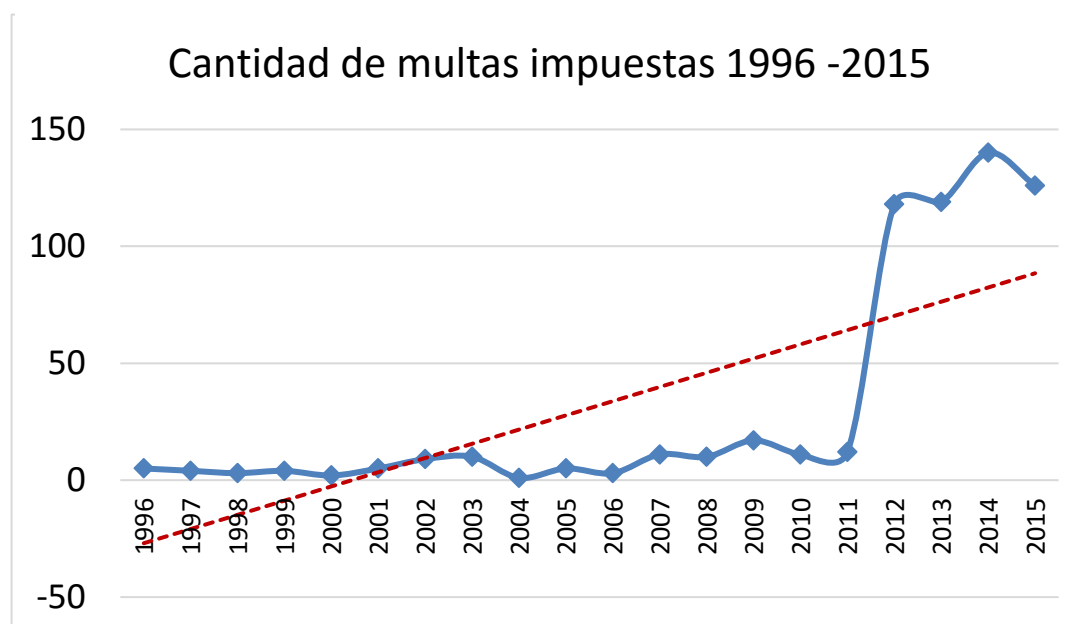
<sup>41</sup> El propósito de la estrategia disuasiva es asegurar la conformidad con la ley detectando violaciones de la ley, determinando quién es responsable de su violación, y penalizando a quienes infringen regulaciones para disuadir violaciones en el futuro (Kagan, 1989).

2008	10	719,3	S/. 3500	S/. 2.517.484,38
2009	17	1191	S/. 3550	S/. 4.228.050,00
2010	11	825	S/. 3600	S/. 2.970.000,00
2011	12	837	S/. 3600	S/. 3.013.200,00
2012	118	4473,5	S/. 3650	S/. 16.328.275,00
2013	119	3181,5	S/. 3700	S/. 11.771.550,00
2014	140	3949,7	S/. 3800	S/. 15.008.860,00
2015	126	3420,4	S/. 3850	S/. 13.168.540,00
<b>Total</b>	<b>646</b>	<b>23277,4</b>	-	<b>S/. 85.021.242,23</b>

Elaboración propia  
Fuente: OSIPTEL.

De acuerdo a esta información, el número de multas, en general ha experimentado una tendencia creciente. Particularmente, existe un claro cambio estructural en el número de multas entre el 1996-2011 y el periodo 2012-2013, que luego se incrementa todavía más en el 2014, para posteriormente descender ligeramente en el 2015. No obstante, la tendencia sugiere que esta situación podría permanecer o reducirse, pero no de manera significativa. En la siguiente gráfica se puede apreciar la tendencia dominante.

**Ilustración 3 Tendencia dominante de multas impuestas por OSIPTEL**



Elaboración propia  
Fuente: OSIPTEL



Por lo expuesto en la presente sección, el enfoque que actualmente predomina en el regulador de telecomunicaciones es el *enforcement* disuasivo.

Conviene aseverar que con estas cifras no discutimos la imposición de las sanciones, porque si estas fueron impuestas dentro del marco de un debido procedimiento y el incumplimiento ha sido probado, no hay manera de cuestionarlas.

Entonces, el problema no es que el regulador imponga sanciones, sino, si es que la imposición de sanciones se efectuaron como último recurso para solucionar el problema, tomando en cuenta que el inicio de un procedimiento administrativo sancionador tiene fases que lo convierten en una fórmula que si no se tienen los elementos probatorios fehacientes y contundentes, va a ser extenso en tiempo, más aún si es que las empresas operadoras no tienen incentivos para desistir o dar por terminado en la etapa administrativa una decisión del regulador.

#### **b. Cambio de conducta de la empresa operadora**

De acuerdo a los datos expuestos en el anterior literal, es pertinente cuestionar si la aplicación de un *enforcement* disuasivo como el enfoque predominante aplicado por el regulador ha podido cumplir con adecuar el comportamiento de los agentes regulados.

Al respecto, como hemos explicado anteriormente, el regulador podría contar con pocas posibilidades de aplicar otros métodos de *enforcement* distintos al inicio de un procedimiento administrativo sancionador porque, si los agentes regulados están condicionados por el Método de evaluación de renovación de concesiones a que resolver o no resolver el problema igualmente implica un factor negativo, los agentes regulados no están en un escenario que les incentive realizar una pronta adecuación a la normativa.

Sobre el particular es de señalar que el Método de evaluación de renovación de concesiones no valora el comportamiento posterior del Agente Regulado como un eximente, sino como un atenuante de la penalidad.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 255 de la LPAG, la subsanación voluntaria por parte del posible Agente Regulado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos es considerado una eximente de responsabilidad. Esta nueva condición puede contribuir en la aplicación de nuevas estrategias para que las actuaciones del regulador se efectúen buscando la solución de los problemas antes que el inicio del procedimiento administrativo sancionador, sobre todo en los casos donde una estrategia disuasiva no va a surtir efecto alguno o no pueda efectivizarse concretamente.

### ***c. Crecimiento del mercado de las telecomunicaciones***

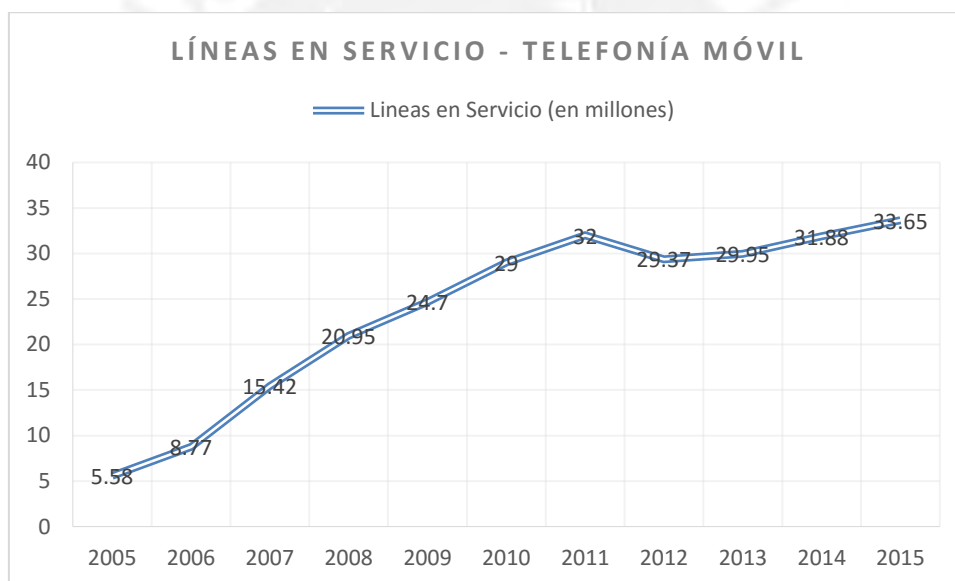
Adicionalmente a los elementos que desde nuestra perspectiva influyen en el regulador para optar por un *enforcement* disuasivo y por el lado del Agente Regulado en cuestionar las medidas que el Regulador le imponga, actualmente se presentan dos factores importantes que es necesario tomar en cuenta para adoptar otras estrategias en el Proceso de *Enforcement*. Estos factores son i) la evolución de las telecomunicaciones en términos de la oferta de nuevos servicios y ii) los recursos limitados del regulador para el ejercicio de su potestad supervisora, fiscalizadora y sancionadora.

En el caso de la telefonía móvil, por ejemplo, se han suscitado una serie de cambios en el marco normativo y regulatorio que han impactado directa

o indirectamente las acciones de los operadores móviles<sup>42</sup>. Se han realizado dos importantes fusiones en el mercado de la telefonía móvil<sup>43</sup>, y se han lanzado tres nuevas marcas de telefonía móvil<sup>44</sup>, dos de ellas correspondientes a nuevos grupos económicos que han ingresado recientemente al mercado de telecomunicaciones móviles peruano.

El incremento de usuarios ha sido exponencial. En el caso de los móviles, por ejemplo, se aprecia un pronunciado aumento de usuarios. En el año 2005 existían en el Perú 5.58 millones de líneas móviles (Loaiza Flower, 2016). Diez años después, se ha registrado que a setiembre de 2015, esta cantidad se ha incrementado a 33.65 millones de líneas móviles. En la siguiente ilustración podemos apreciar este crecimiento de este mercado:

**Ilustración 4 Cantidad de líneas de Telefonía Móvil**



Elaboración propia.  
Fuente: OSIPTEL.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> La portabilidad numérica, el Reglamento de Cobertura, el Reglamento de Calidad, entre otros aspectos. Cfr. Loaiza Flower, 2016.

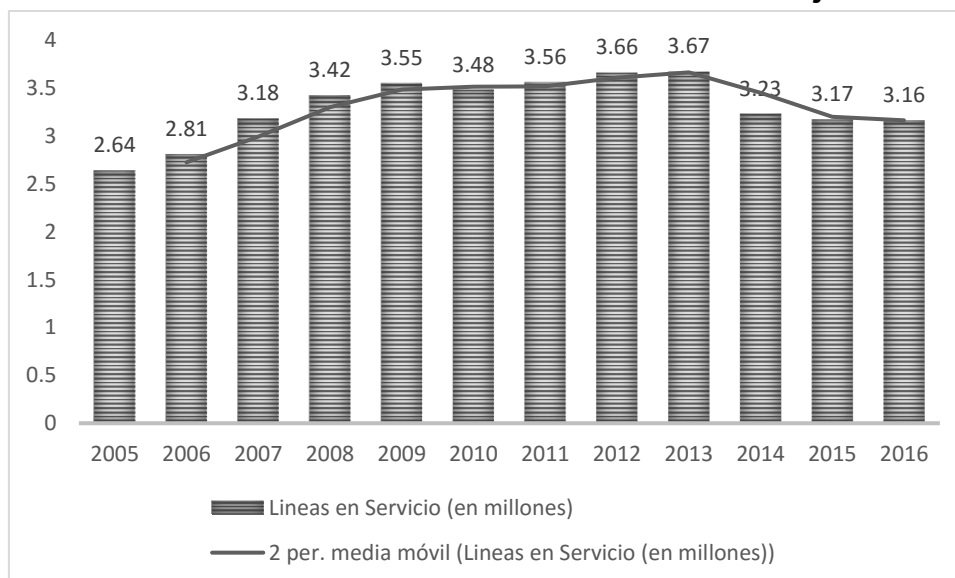
<sup>43</sup> Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica Móviles, por un lado, y Telmex S.A. y América Móvil Perú S.A.C.

<sup>44</sup> Viettel Perú S.A., Entel Perú S.A. y Virgin Mobile Perú S.A.

<sup>45</sup> El pico del año 2011 y un aparente descenso en el crecimiento de las líneas en servicio, se da porque en el año 2012 se produce un sinceramiento de líneas que eran reportadas y que estaban dadas de baja OSIPTEL (2016).

En el caso de la telefonía fija, desde 2005 a 2016, también se ha registrado un incremento en número de líneas. Sin embargo, durante los tres últimos años (2014, 2015 y 2016) la cantidad de líneas de telefonía fija ha tenido una leve caída que presumimos, tiene que ver con el crecimiento en preferencia de la telefonía móvil. Los detalles se advierten en la Ilustración 4.

**Ilustración 5 Cantidad de líneas de telefonía fija**



Elaboración propia.

Fuente: OSIPTEL.

En el caso de la televisión de paga, mientras que en el año 2005, se contaba con 0.5 millones de conexiones contratadas, para el segundo trimestre de 2016 se ha registrado cerca de 1.7 millones de conexiones. Finalmente, en el caso del acceso a Internet, en el año 2005 sólo se contaba con 0.3 millones de accesos, a marzo de 2016 se ha registrado más de 2 millones de accesos (OSIPTEL, 2016).

Estos datos nos sugieren que la preferencia y el acceso por los servicios públicos se han incrementado. De hecho, la influencia actual de los servicios de telecomunicaciones en la sociedad es tal, que necesariamente conlleva a darle su lugar como una fuente importante de ingresos del PIB (OSIPTEL, 2015).

Finalmente, es de considerar los recursos limitados del regulador. El regulador se maneja por un presupuesto que proviene del aporte por regulación que, conforme a lo dispuesto por la normativa vigente viene a ser el 0.5% de los ingresos de las empresas operadoras.<sup>46</sup> Con este aporte por regulación el OSIPTEL realiza una planificación anual para distribuir el presupuesto entre las actividades de la institución. No obstante, si bien los servicios de telecomunicaciones han tenido un crecimiento en cuanto a líneas de acceso y existen más empresas participantes en el mercado de las telecomunicaciones, los ingresos por aporte por regulación han disminuido. Así se puede desprender de este extracto obtenido del POI 2017 del OSIPTEL <sup>47</sup>

Ilustración 6 Presupuesto del OSIPTEL de los 3 últimos años

#### IV. PRESUPUESTO INSTITUCIONAL

Para el año fiscal 2017 el Presupuesto de apertura de la Institución asciende a S/. 80'500,000, que comparado con el Presupuesto de apertura del 2016 de S/. 82'000,000 significa una disminución del 1.8%. En el cuadro siguiente se aprecian los Presupuestos de Apertura de los años 2015 al 2017:

FF: RECURSOS DIRECTAMENTE RECAUDADOS				
Categoría Presupuestal	Genérica de Gasto	2015	2016	2017
PPR-MEJORA DE LA PROVISIÓN DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES	PERSONAL Y OBLIGACIONES SOCIALES	28.414.160	26.963.066	26.733.178
	PENSIONES Y OTRAS PRESTACIONES SOCIALES	1.013.429	1.196.391	1.225.115
	BIENES Y SERVICIOS	31.812.745	24.677.812	24.084.825
	DONACIONES Y TRANSFERENCIAS	-	-	-
	OTROS GASTOS	53.000	53.000	53.000
	ADQUISICION DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	77.350	-	-
<b>TOTAL PPR</b>		<b>61.370.684</b>	<b>52.890.269</b>	<b>52.096.118</b>
ACCIONES CENTRALES	PERSONAL Y OBLIGACIONES SOCIALES	11.929.223	10.709.288	10.510.000
	PENSIONES Y OTRAS PRESTACIONES SOCIALES	816.670	891.535	895.606
	BIENES Y SERVICIOS	20.231.120	16.897.536	16.707.651
	DONACIONES Y TRANSFERENCIAS	115.161	125.213	132.368
	OTROS GASTOS	22.759	56.159	58.257
	ADQUISICION DE ACTIVOS NO FINANCIEROS	1.514.383	430.000	100.000
<b>TOTAL ACCIONES CENTRALES</b>		<b>34.629.316</b>	<b>29.109.731</b>	<b>28.403.882</b>
<b>TOTAL APNOP</b>		-	-	-
<b>TOTAL PRESUPUESTO INSTITUCIONAL</b>		<b>96.000.000</b>	<b>82.000.000</b>	<b>80.500.000</b>

<sup>46</sup> Sobre el particular véase el marco normativo sobre los aportes del OSIPTEL (OSIPTEL, 2002). Así también consultar: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info\\_empresas/Aportes/CartillaAportesWeb\\_Actualizacion2010.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/info_empresas/Aportes/CartillaAportesWeb_Actualizacion2010.pdf)

<sup>47</sup> Véase (OSIPTEL, 2016).

De la ilustración se observa que el presupuesto institucional del OSIPTEL ha disminuido. En el año 2015 su presupuesto fue de S/ 96 millones, mientras que en el año 2017 su presupuesto se ha reducido a S/ 80.5 millones, lo que implica una reducción de casi S/ 16 millones de soles.

Indistintamente de las razones por las que se deba esta reducción, traemos a colación esta evidencia por cuanto cada proceso de *Enforcement* tiene un costo.

En efecto, el mero hecho de iniciar una acción de supervisión, implica el desenvolvimiento de un sistema presupuestal que va desde la asignación de recursos económicos, personal que atenderá la supervisión y el tiempo que tomará obtener un resultado. Esta misma característica se desarrolla en etapas fiscalizadoras y sancionadoras. A continuación un cuadro explicativo de los elementos mínimos que conforman un Proceso de *Enforcement* en la actualidad.

Ilustración 7 Elementos del Proceso de *Enforcement*

	Supervisión	Fiscalización y Sanción	
Recursos Económicos	-Sueldos del personal -Herramientas de supervisión (sondas, equipos especializados) -Herramientas informáticas (sistemas de monitoreo, sistemas de bases de datos) -Costo de viajes -Viáticos -Material de oficina	-Sueldos del personal -Herramientas informáticas (sistemas especializados, sistemas de bases de datos) -Material de oficina	-Sueldos del personal -Herramientas informáticas (sistemas especializados, sistemas de bases de datos) -Material de oficina
Personal	Supervisor de campo, supervisor evaluador Abogado sectorista Revisor(es) Personal de gestión	Abogado calificador de infracción Abogado evaluador Abogados revisores por	Abogado evaluador (1ª Instancia) Abogado evaluador (1ª Instancia en reconsideración) Abogado evaluador (2ª Instancia)

	Supervisión	Fiscalización y Sanción	
		cada abogado evaluador Apoyo técnico (ingenieros/ economistas) Personal de gestión	Economista que colabora en la determinación de la multa Abogados revisores por cada abogado evaluador Personal de gestión
Tiempo	Tiempo que demora hasta obtener un resultado: cumple/incumple	Tiempo que demora hasta obtener un resultado: se archiva/no se archiva PAS	Tiempo que demora en resolver, hasta confirmar, modificar o revocar la sanción

Elaboración: Propia

Conocer este detalle es importante porque cada proceso iniciado implica un gasto. Ahora bien, si iniciamos todo este proceso para determinar casos irrelevantes o que terminan archivándose por falta de pruebas o por falta de sostenibilidad de las pruebas, no sólo tendríamos unas fuertes pérdidas en un momento en que es necesario contraponer la reducción de presupuesto y la cantidad de incidencias por el crecimiento del mercado de las telecomunicaciones, sino que además, ocurrirá una congestión de casos. Los casos que se están resolviendo, por la congestión y los limitados recursos del regulador, ingresan a una cola, la cual sólo puede ser manejada en los términos establecidos en la prescripción de la acción sancionatoria. Es decir, manejándose en el límite legal, aunque para ello, ya se hayan consumido los objetivos de resolver eficaz y oportunamente.

Es en este contexto en que nos preguntamos ¿qué tan conveniente sería aplicar otro tipo de enfoque para el cumplimiento de obligaciones por parte de los agentes regulados, sin que ello involucre perder de vista los objetivos del regulador en cuanto al deber de verificar el cumplimiento de las obligaciones impuestas a dichos agentes regulados.

## 2. Importancia de aplicar las estrategias pertinentes

Si por causa de aplicar una estrategia específica en un proceso de *Enforcement* se puede demostrar que las empresas operadoras están siendo sancionadas de manera óptima, y por tanto el regulador ha conseguido que las empresas operadoras modifiquen su comportamiento inadecuado, entonces se podría afirmar que las empresas no volverían a incumplir la obligación por la cual fueron sancionadas o se verían en la necesidad de tomar por propia voluntad medidas para evitar incumplir. Ello, siempre que la sanción involucre un castigo real, toda vez que si las multas, por cuantiosas o numerosas que sean no llegan a ser en términos generales mayores al beneficio ilícito obtenido por incumplir la norma, no tiene sentido su aplicación porque no tendría un efecto disuasorio<sup>48</sup>. Al contrario, sería un problema bastante serio, dado que se estaría legitimando incumplimientos a condición de pago. Es decir, el incumplimiento se realiza en función a que la multa no es óptima y el monto se discute en un procedimiento administrativo sancionador que, desde luego, conviene alargarlo.

Volviendo al hecho de que las multas y los procedimientos tienen una tendencia creciente, se debe tomar atención de si la aplicación del actual Proceso de *Enforcement* es el único esquema que se puede aplicar, o si por el contrario, se pueden optar por aplicar medidas adicionales, complementarias o alternativas para dinamizar el mencionado proceso.

Como hemos podido observar en las Tablas 1 y 2, el incremento de las multas es una muestra concreta de la aplicación de una estrategia de cumplimiento de la norma. Sin embargo, no se advierte el efecto positivo. Y ello puede deberse a muchos factores que van desde la cultura de cumplimiento hasta el hecho mismo que las multas carecen de disuasión.

Además, considerando el actual escenario, en el cual cabe la posibilidad de que los procedimientos administrativos sancionadores sobre abunden a

---

<sup>48</sup> Cfr. con Bonifaz Hernández & Montes Tapia (2015)



causa del incremento de problemas suscitados a su vez por el incremento de servicios públicos de telecomunicaciones y de usuarios, es necesario adoptar medidas para contrarrestar posibles escenarios que causen resultados desafortunados, como la prescripción de la acción sancionatoria del OSIPTEL o la resolución inoportuna de los problemas que se suscitan.

Si bien es cierto que frente al crecimiento del mercado de las telecomunicaciones, se debe fortalecer la institucionalidad regulatoria, lo cual no se agota con el crecimiento del Regulador, pues no solucionará necesariamente los problemas en la oportunidad requerida. Por el contrario, esta medida de gestión está limitada a presupuestos y no siempre se podrá contar con la cantidad de personal necesario. Será indispensable tener políticas de gestión de personal que permita manejar los casos en el tiempo que sea requerido.

En ese sentido, es necesario analizar la posibilidad de implementar un mecanismo o una serie de mecanismos alternativos que permitan descongestionar la actividad procedimental del OSIPTEL en materia de la verificación del cumplimiento de la normativa por parte de los agentes regulados.

De hecho, solucionar los incumplimientos detectados en el corto plazo involucraría un beneficio económico para todos los agentes del mercado (el OSIPTEL, las empresas operadoras y los usuarios actuales y potenciales de los servicios de telecomunicaciones).

Por lo expuesto en el presente Título enfocamos nuestra pregunta a ¿qué tan conveniente sería que el Regulador de las telecomunicaciones aplique otro tipo de enfoque para el cumplimiento de obligaciones por parte de las empresas operadoras?

Bajo esta pregunta, en el siguiente título intentaremos determinar la conveniencia de que el Regulador implemente, en el ejercicio del control del

cumplimiento de la normativa relativa a los servicios públicos de telecomunicaciones, un modelo en esencia responsivo.

Como hipótesis sostenemos que si la aplicación por parte del Regulador de un modelo responsivo genera la resolución de los incumplimientos de manera rápida y oportuna, reduciendo la aplicación del mecanismo del Procedimiento Administrativo Sancionador, entonces su implementación es necesaria.



### Título Tercero. EL ENFOQUE RESPONSIVO

#### 1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Como señalamos en líneas anteriores, citando a Quintana y Villarán (2011), existen a) estrategias de obediencia, en donde encontramos la persuasión y la insistencia b) estrategias de cumplimiento y sanción (disuasivos), que son de dos clases (i) el enjuiciamiento y sanción general, que asume que el castigo de un regulado desmotivará a otros de incurrir en el mismo incumplimiento; y (ii) el enjuiciamiento y sanción específico que asume que el regulado que ha experimentado un castigo previo estará más inclinado a esforzarse para evitar ser penalizado nuevamente en el futuro; y, por último señalan c) estrategias de *responsive regulation* y *smart regulation*. Esta clasificación es acorde a la que realizó Kagan (1989).

Por otra parte, según Lehmann Nielsen & Parker (2009), las teorías que buscan explicar el *Enforcement* pueden dividirse en tres categorías:

- Aquellas teorías que ven a los agentes regulados motivados por cuestiones económicas calculadoras, el temor a la detección de violaciones y la aplicación de sanciones;
- Aquellas que buscan motivaciones sociales, el deseo de obtener el respeto y la aprobación de otros significativos; y
- Aquellas teorías que buscan motivaciones normativas, el sentido del deber moral de cumplir y el acuerdo con la legitimidad de una regulación particular (que puede incluir evaluaciones tanto de la justicia sustantiva como procesal de la regulación).

En esta investigación describiremos brevemente algunos de los enfoques citados, incluyendo el enforcement del perdón y el principio de oportunidad, para luego explicar con mayor profundidad la regulación responsiva.

### ***Deterrent approach***

De esta lista, quizá el enfoque todavía más utilizado en los marcos regulatorios es el disuasivo (deterrent approach). La mayor parte de reguladores en el Perú encarnan el enfoque disuasivo de *Enforcement*, formalizado hace muchos años por Becker (1968) y Stigler (1970). De acuerdo con este enfoque, los sujetos regulados deciden su obediencia de la ley de acuerdo con un análisis costo-beneficio. Estos comparan su utilidad de cumplimiento esperada, es decir, las ganancias esperadas cuando obedecen la ley, con la utilidad de la violación esperada, es decir, las ganancias esperadas cuando violan la ley.<sup>49</sup> En consecuencia, los sujetos regulados obedecerán la ley sólo cuando su utilidad de cumplimiento esperada sea mayor que su utilidad de violación esperada (Oded, 2010).<sup>50</sup>

El citado enfoque sostiene que los sistemas de enforcement deben inducir el cumplimiento mediante el castigo de una mala conducta. Al iniciar un procedimiento administrativo sancionador e imponer una sanción por incumplimientos de la regulación, el modelo de disuasión busca manipular los beneficios esperados asociados con las decisiones conductuales de los sujetos, e inducirlos a optar por el cumplimiento (Oded, 2010).<sup>51</sup>

<sup>49</sup> Bonifaz y Montes, siguiendo a Becker (1968), Stigler (1970), señala que : «*Los principales factores [en la aplicación del enfoque disuasivo] a utilizar son los siguientes*  
 $g$  = ganancia individual obtenida por el infractor  
 $h$  = daño ocasionado por el infractor (*harm*, en inglés)  
 $f$  = multa (*fine*, en inglés)  
 $p$  = probabilidad de detección» (Bonifaz Hernández & Montes Tapia, 2015).

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, Becker (1968), Stigler (1970), Bardach y Kagan (1982).

<sup>51</sup> En palabras de Sharon Oded: «*For that reason, the deterrence approach endorses penal, accusatory, and adversarial styles of enforcement, which go harsh on lawbreakers; it warrants a close monitoring of potential violators, and endorses a careful investigation of*

En palabras de Ochoa Mendoza (2016), en el enfoque disuasivo «deterrence strategy» se parte de la premisa de que las personas actúan racionalmente ante los incentivos generados por una sanción. De esa forma, se considera que la mayoría de sujetos regulados son seres «calculadores sin moral» que solo cumplirán la ley en la medida en que existan altas probabilidades de detección y cuando la sanción sea severa.

Ahora bien, este enfoque es criticado por las siguientes razones:

1. Típicamente asume que las sanciones por el incumplimiento detectado se determinan de manera cierta y oportuna.
2. Asume que las regulaciones son rigurosamente aplicadas (expost), es decir de manera perfecta, sin error del regulador.
3. Asume que si se ha detectado el incumplimiento, este no es posible de ser perdonado (Malik, 2014).

En este contexto, los expertos en reglamentación han argumentado que este enfoque ha demostrado ser ineficaz para asegurar el cumplimiento y fomenta innecesariamente una relación de antagonismo entre los reguladores y los regulados (Bardach y Kagan, 1982), (Malik, 2014), (Braithwaite, The essence of Responsive Regulation, 2011).

### ***Persuasive approach***

En lugar del enfoque disuasivo, diversos estudiosos han propuesto modelos alternativos, que son utilizados muchas veces de manera complementaria. Por ejemplo el enfoque persuasivo (persuasive approach), a través del cual se prefiere la cooperación, negociación y diálogo entre el regulador y el regulado a fin de alcanzar el cumplimiento de las normas (Ochoa Mendoza,

---

*all signs of violations. This approach adheres to the 'black-letter of the law' and concentrates on coercing the literal orders of laws». (Oded, 2010)*

2016). Sin embargo, una de las desventajas que se ha detectado al enfoque persuasivo es que está basada en regulaciones que previenen los incumplimientos pero lo que ocurre es que cuando se detectan los incumplimientos los reguladores tienden a perdonar pero sin lograr eficacia en el mercado. Esto es, que no se logra modificar el comportamiento del Agente Regulado, quien asume que una disposición que no contiene propiamente una sanción punitiva está hecha para incumplirse (Malik, 2014).

Según Oded, (2010), cuando se supone que los reguladores son *good-apples* [podría decirse que muy blandos], el enfoque de cumplimiento persuasivo puede estimular una política que es incapaz de inducir el cumplimiento entre aquellos que no son intrínsecamente comprometidos socialmente.<sup>52</sup> Igualmente refieren Braithwaite & Ayres (1992) quienes al respecto aseveran que “el problema con el modelo de persuasión basado en una clasificación de las personas como básicamente buena - razonable, de buena fe, motivada a acatar la ley - es que no reconoce que hay algunos que no son buenos y que se aprovechan de ser presumidos como tales”<sup>53</sup>, con lo cual el rol del regulador terminaría siendo ineficaz y con fuertes pérdidas de respeto.

Según May & Winter (2000), un enfoque persuasivo forma parte de un enfoque o estilo flexible -igualmente como lo señalaron Quintana y Villarán (2011)-, cuyas variantes difieren en grados de coerción que resultan cuando dicho factor es bajo (estilo de *Enforcement* persuasivo), y cuando es alto (estilo de *Enforcement* insistente). Estas denominaciones se han adoptado de Hutter (1997), que crea estas categorías para el “medio” de la estrategia de *Enforcement* como parte de su examen de las inspecciones de los reguladores en Gran Bretaña. Hutter (1997) describe explícitamente estas

---

<sup>52</sup> Véase (Gunningham 2007).

<sup>53</sup> «*The problem with the persuasion model, however, based as it is on a typification of people as basically good – reasonable, of good faith, motivated to abide by the law – is that it fails to recognize that there are some who are not good, and who will take advantage of being presumed to be so.*» (Braithwaite & Ayres, 1992)

etiquetas como variaciones en la propensión a usar la coerción, con la estrategia insistente siendo menos benevolente que la estrategia persuasiva.

### **Otros enfoques**

Por otro lado, Kagan explica que en la literatura de investigación sobre *Enforcement*, a menudo se distinguen dos conceptos teóricos en el enfoque de las inspecciones de la aplicación: una estrategia orientada al cumplimiento y una estrategia orientada a la disuasión.

El objetivo de la primera es asegurar la conformidad con la ley por medio de asegurar el cumplimiento o tomando medidas para prevenir violaciones potenciales de la ley sin la necesidad de detectar, procesar y penalizar a los infractores. El propósito de este último es asegurar la conformidad con la ley detectando violaciones de la ley, determinando quién es responsable de su violación, y penalizando a quienes infringen regulaciones para disuadir violaciones en el futuro. Las estrategias de cumplimiento parecen estar inspiradas en un estilo cooperativo y acomodaticio, pero esto no siempre es así. Hay un continuo listado de estilos de *Enforcement* acomodativos y legalistas, que corresponden a resultados regulatorios excesivamente indulgentes y excesivamente rigurosos (Kagan, 1989).

En efecto, existen una serie de enfoques y estilos y que trascienden a los procesos de enforcement aplicados por los reguladores. Por ejemplo, Lesley McAllister realizó un estudio dirigido a identificar los estilos de *Enforcement* que se realizaban en el Sur Global (refiriéndose más bien a los países en vías de desarrollo) en el cual explora cómo el concepto de estilo de *Enforcement* ha tenido resultados sobre la regulación ambiental (McAllister, 2008).

Es preciso explicar brevemente que dentro de estos estilos o enfoques de *Enforcement* no se incluye a la autorregulación. Esto lo aclara puntualmente

Aalders, quien argumenta que para aplicar estrategias de *enforcement* sobre la base de una perspectiva de control social, no es necesario que los gobiernos estimulen la autorregulación. La autorregulación y el *enforcement* son conceptos diferentes. En ausencia de autorregulación en entornos industriales, es posible que el gobierno emplee el *enforcement*. Además, es teóricamente posible que un *enforcement* disuasivo sea utilizado como un respaldo necesario si los sistemas de autorregulación fracasan (Aalders, 2003).

### ***Cooperative approach***

Otro enfoque defendido por varios estudiosos es el *cooperative approach*. Este enfoque favorece la aplicación selectiva que tenga en cuenta las circunstancias de los incumplimientos observados (Scholz 1984). En particular, bajo el enfoque cooperativo, *“los reguladores están más inclinados a interpretar las reglas con flexibilidad, particularmente cuando creen que las empresas están haciendo esfuerzos de buena fe para cumplir”* (Harrison 1995). Se argumenta que el enfoque cooperativo tiene más probabilidades de resultar en un cumplimiento costo-efectivo y resultados regulatorios deseables (Bardach y Kagan, 1982).

Por ejemplo, en USA las directrices para la aplicación de las normas sobre la contaminación del agua recomiendan explícitamente que las agencias estén dispuestas a perdonar las violaciones a corto plazo y que las multas penales sean reservadas para violaciones voluntarias o negligentes (Russell et al., 1986, 2004) en (Malik, 2014).

### ***Enforcement of forgiveness***

Debemos referirnos a una novedosa propuesta realizada por Malik (2014) en su documento *“The Desirability of forgiveness in regulatory Enforcement”*, mediante el cual presenta su modelo al que hemos denominado



“*Enforcement* del perdón”. Malik explica que dos rasgos comunes de este *Enforcement* son i) el perdón selectivo del incumplimiento y ii) la recopilación de información sobre las actividades de cumplimiento de una empresa, y no sólo su estado de cumplimiento. Con ello demuestra que el perdón del incumplimiento es óptimo si la información sobre las actividades de cumplimiento de una empresa constituye una evidencia suficientemente sólida de que la empresa ha ejercido un alto nivel de esfuerzo de cumplimiento.

De acuerdo al *Enforcement del perdón*, el beneficio clave de perdonar el incumplimiento es una reducción en la probabilidad con la cual la empresa necesita ser monitoreada. La señal adicional del esfuerzo de cumplimiento de la firma, junto con la condonación selectiva, permite un aumento en la potencia del esquema de sanciones del regulador. Por lo tanto, el modelo proporciona una justificación simple basada en la eficiencia para implementar un *Enforcement* selectivo a partir de una evaluación de los esfuerzos de un infractor por cumplir con su obligación. Esto se logra en el contexto de un modelo de agente principal (no cooperativo) con riesgo moral (Malik, 2014).

En otras palabras, el *Enforcement* del perdón consiste en perdonar al infractor aquellas infracciones que, bajo una justificación sólida y advirtiéndose el esfuerzo del Agente Regulado por cumplir, no revisten de mayor importancia y no han afectado realmente al mercado, al rol del regulador. Este mecanismo generaría una ventaja trascendente en cuanto el regulador no perdería esfuerzos en casos que no sean de importancia respecto de un contexto en particular (usuario, mercado, regulador).

De la aplicación del *enforcement* del perdón se puede desprender que, si un regulador tiene a la vista dos casos y por cuestiones presupuestales sólo puede llevar uno de ellos idóneamente, tendrá que ponderarlos y si es que uno de ellos resulta siendo irrelevante respecto del impacto que el

incumplimiento ha generado, entonces se opta por no iniciarlo o por archivarlo.

Este estudio es relevante para la presente investigación, toda vez que Malik ha modelado a través de interacciones económicas una estrategia que en el derecho penal es utilizado con frecuencia para que los fiscales se deshagan de aquellos delitos menores, que si fuesen sancionados con condena, convertirían al sistema penitenciario en un mecanismo completamente inviable. Por ejemplo, el hecho que una persona haya hurtado una canasta de manzanas en un mercado es un delito; sin embargo, este delito tipificado en la norma penal con una pena privativa de la libertad no reviste relevancia de cara a un hecho en donde se ha descubierto a un agente violador de la libertad sexual. Está claro que habrá delitos que por su insignificancia, son inadvertidos por la autoridad o se resuelven en vías distintas. Por ejemplo, al que hurtó la canasta de manzanas, una vez identificado, se le exige devolverla. Para ello, no es necesario sostener un procedimiento que de hecho le costaría al Estado un monto considerablemente mayor que el valor de la canasta de manzanas.

Por lo expuesto, el *Enforcement* del perdón es consistente con el principio de costo-eficiencia.

### ***Principio de oportunidad***

El Principio de oportunidad consiste en otorgarle al infractor una posibilidad de reparar el daño ocasionado por su conducta a cambio de que la autoridad desista de iniciarle un proceso de sanción y es conocido como un medio de negociación que pone fin anticipadamente al proceso (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014), lo que genera un gran beneficio en la sociedad y en la carga procesal del órgano jurisdiccional (por ahora, en el fuero penal).

Es una estrategia reconocida por la Ley justamente porque cumple con impulsar la resocialización del imputado, además de cumplir con la

prevención que desea cumplir el proceso penal al sancionar determinado comportamiento, pues se debe entender que para la aplicación por parte del fiscal de este principio, se requiere primero que el autor del hecho lesivo sea capaz de manifestar su voluntad expresamente de querer someterse a la aplicación de este principio, es decir que sea posible individualizar al individuo y tome conciencia de la necesidad de resarcir dicho daño (Riveros-Barragán, 2008).

En cuanto a sus objetivos, conviene señalar que el más importante es el resarcimiento a la víctima pues al haberse causado un daño, es necesario que esta cuente con algún medio idóneo que le permita hacer frente a los actos lesivos ocasionados por el autor del hecho. De esta manera se logra hacer justicia sin llegar a un juicio tedioso y muchas veces tan extenso que podría vulnerar la economía procesal y pecuniaria del imputado.

De otro lado, el principio de oportunidad tiene una característica bien importante debido a que es un “medio que establece mecanismos y reglas alternativas para solucionar los referidos conflictos, de esta manera descongestionar al órgano judicial y dar solución pronta a necesidades de la sociedad, siendo necesario determinar casos en los que puedan ser aplicables alternativas (...)” (Gonzales Poma, 2008)<sup>54</sup>.

Así mismo, en la doctrina también se ha establecido que las finalidades primordiales de este principio son:

---

<sup>54</sup> Puede revisarse también a Roxin (1997) quien señala que en donde limita la definición del principio de oportunidad a una contraposición teórica al principio de legalidad, mediante el cual se faculta al fiscal para optar entre hacer efectivo el uso de acción u abstenerse de hacerlo, lo que implicaría a un sobreseimiento del proceso. Para esto es necesario que exista en la investigación suficientes elementos para determinar con mucha probabilidad que el imputado ha cometido el delito en cuestión. Criterio contrario al establecido por el doctrinario Maier (1989), el cual define a este principio como la posibilidad real de que los órganos públicos encargados de hacer efectiva la persecución penal, pueden prescindir de esta facultad frente a la ocurrencia de un hecho punible, incluyendo en este aspecto a la prueba que se encuentre más o menos completo de su perpetración.

a) Descriminalización, frente a la concurrencia de hechos punibles calificados como “bagatela” el *jus-puniendi* suspende su ejecución a fin de alcanzar mejores resultados que los efectos que podrían causar la imposición de una pena, es decir se considera los criterios de utilidad de la sanción y políticas preventivas especiales y generales, dejando proscrita el absolutismo o retribución como efecto de aplicación de pena.

b) Resarcimiento a la víctima; se permite resarcir el daño a la víctima evitando dilaciones de tiempo, resultando esta pronta y oportuna, evitando además que el procesado sea sometido a los efectos de una persecución en instancia jurisdiccional.

c) Eficiencia del sistema; la aplicación del Principio de Oportunidad debe permitir reducir la sobre carga laboral en instancia jurisdiccional dejando que el órgano judicial conozca conductas delictuosas graves donde resulte necesario hacer uso de las medidas coercitivas facultadas por ley, así mismo debe evitarse el sobre poblamiento de internos en centros penitenciarios como ocurre en la actualidad en los diversos lugares del país (Benavides Vargas, s.f.).

### ***Diferencias entre el enforcement del perdón y el principio de oportunidad***

Existe una sustancial diferencia entre estas estrategias de *enforcement*. El *enforcement* del perdón básicamente evita evaluar un presunto incumplimiento porque le resulta oneroso o no le resulta eficiente en términos económicos o de eficacia. Es decir, tomando conocimiento de un presunto incumplimiento, el regulador optaría por comunicar al Agente Regulado que no iniciará proceso de fiscalización, sin embargo, dependiendo de las condiciones del incumplimiento o su significancia podría evaluarse el esfuerzo que el Agente Regulado realizó para evitar incumplir.

En cambio, en el caso del principio de oportunidad, identificado el presunto incumplimiento se ingresa a realizar un acuerdo reparatorio entre el causante del daño, el regulador y el afectado si lo hubiere. Cuantificado el daño, si el infractor está dispuesto a evitar un proceso en el que se le puedan imputar cargos más elevados (multas, el registro de antecedentes), entonces se suscribe un pacto en el que el regulador renuncia a continuar con el proceso y el infractor paga al afectado por completo o en partes la cuantificación económica del daño. Sólo procede en casos en donde esta cuantificación es posible y en donde las infracciones (delitos en el sistema penal) son leves o el daño causa, aun cuando el delito sea grave, cumpla con determinados aspectos en donde el infractor por provocar el daño se hizo daño así mismo, por ejemplo.

Es importante señalar que ambas estrategias podrían tener algunas desventajas en un sistema administrativo como es el peruano. Uno de los aspectos que provoca temor en las autoridades administrativas es el uso de la discrecionalidad y justamente estas dos estrategias comparten como similitud el amplio uso de la discrecionalidad de la autoridad administrativa. El temor está vinculado por resolver o decidir sobre causas que finalmente sean necesarias de llevar y que generen precedente negativo para que posteriormente por casos de relevancia, los agentes regulados aprovechen y escapen de la sanción. Morón Urbina (2016) ha señalado que estos temores ciertamente son infundados si se sostienen en una discrecionalidad administrativa que es justamente la facultad con la que gozan los reguladores<sup>55</sup>. En ese sentido, somos de la opinión que estas estrategias

<sup>55</sup> Sustraemos este extracto de Morón Urbina (2016, 387), con subrayados agregados: *«Afirma con absoluta razón el profesor Ari Sunfeld refiriéndose a la gestión pública que “las dudas en relación con la adopción de acuerdos en ciertos casos pueden surgir, mas no deben prosperar” y que es tiempo de pensar en alternativas inteligentes a los tradicionales rituales sancionadores. Dudas que por cierto desconciertan a las entidades públicas temerosas de ejercer su discrecionalidad, de ser cuestionadas por actuar concertando con los administrados, o simplemente, atemorizadas frente a lo nuevo. En palabras del mismo profesor que no podemos sino que hacer nuestras, afirma que se duda con frecuencia que con estos acuerdos se renuncia al poder sancionador o que la administración – en caso de las multas- pierde un derecho económico en su favor. Pero no hay renuncia alguna, porque en el derecho administrativo contemporáneo, los medios disponibles para que la administración conduzca o exija a los privados aquellos*

serían importantes en ser aplicadas, pero se trata de estrategias que no pueden aplicarse de forma individual. Ningún regulador podría optar por perdonar todos los casos o por llevar a negociación todos los presuntos incumplimientos a la norma. Son a nuestro juicio, herramientas que sirven para descongestionar el tráfico de procesos, de tal manera que por la autopista sólo circulen aquellos que son de vital importancia, en los cuales el regulador va a ser riguroso de tal forma que el éxito de la sanción y la reversión de sus efectos sean eficaces y oportunos.

Entonces, el *Enforcement* del perdón y el principio de oportunidad dada su importancia son relevantes para nuestro planteamiento y forman parte de una estrategia conjunta.

De este modo, en la siguiente sección se estudia un enfoque híbrido como es la regulación responsiva, cuya aplicación se realizaría como un mecanismo anterior al inicio de un procedimiento administrativo sancionador.

## 2. REGULACIÓN RESPONSIVA

Braithwaite & Ayres fueron quienes introdujeron el enfoque de *enforcement* denominado *Responsive Regulation*, Regulación Responsiva o Regulación Sensible (algunos la denominan incluso Regulación Responsable)<sup>56</sup>, mediante la publicación de su libro *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Desde esta publicación el desarrollo de la Regulación Responsiva se ha venido nutriendo de ideas conjuntas proporcionadas por

---

*comportamientos individuales en dirección de lo que ella considera que es correcto desde la perspectiva del interés público son cada vez más amplios. Aplicar inhabilitaciones, multar, amonestar, entre otros, son algunos de esos medios, los más tradicionales por cierto. Pero la punición administrativa no es un fin en sí mismo, ni puede confundirse con ello. Es solo un simple instrumento de regulación para obtener los fines deseados. Los acuerdos de cese son nuevos instrumentos para alcanzar los mismos fines.»*

<sup>56</sup> Por ejemplo, Bonifaz (2015) denomina a esta regulación como la Regulación Responsable.

una gran cantidad de estudiosos<sup>57</sup>. Muchos de ellos desarrollando ideas semejantes a la Regulación Responsiva de Braithwaite y Ayres.<sup>58</sup> Sin embargo, la versión de Regulación Responsiva de Ayres y Braithwaite es, según Lehmann Nielsen & Parker (2009) la explicación más sostenida e influyente de cómo y por qué combinar estrategias de *enforcement* disuasivas y cooperativas.

El Diccionario de la Real Academia Española define al término responsivo, como aquél perteneciente o relativo a la respuesta.<sup>59</sup> Por otra parte, el Law Dictionary de Campbell Black (1995), define el término *responsive* como equivalente a estar 'respondiendo', constituyendo o comprendiendo una respuesta completa. Una "alegación de respuesta" es una que responde directamente a la alegación que se pretende cumplir<sup>60</sup>. Por su parte, Ochoa Mendoza (2016), precisa la palabra «responsive», en idioma inglés, significa «dar una respuesta positiva o reaccionar rápidamente a algo o alguien».

Por tanto, podemos comprender que cuando se hace alusión a lo responsivo, en el marco regulatorio, es básicamente referirse a la respuesta idónea otorgada por el Agente Regulado frente a la obligación a cumplir, y a su vez,

<sup>57</sup> Entre quienes destacan por ejemplo, Baldwin & Black, 2008; Black 2001, Braithwaite, con sus subsiguientes trabajos 2007, 2016. Lehmann Nielsen & Parker (2009) mencionan a autores que han contribuido con la Regulación Responsiva como Gunningham y Grabsky con su libro *The Smart Regulation*, 1994; Haines, Parker y Simpson.

<sup>58</sup> «(...) as 'flexible enforcement' (Kagan 1994, p. 387; Rees 1994), 'tit for tat' regulatory enforcement (Scholz 1984a, 1984b, 1991; see also Burby & Paterson 1993, Harrison 1995), and 'creative' enforcement strategy (May & Burby 1998). » extraído de Lehmann Nielsen & Parker (2009)

<sup>59</sup> S.v. «Responsivo, va  
Del lat. tardío *responsivus*.  
1. adj. Perteneciente o relativo a la respuesta.  
2. f. Méx. garantía (ll fianza).  
3. f. Méx. Documento mediante el que un médico se compromete a encargarse del tratamiento de un paciente enjuiciado y a cuidar de que no se escape.» (Española, 2017)

<sup>60</sup> Traducción libre de la siguiente s.v.: «**Responsive**. Answering; constituting or comprising a complete answer. A "responsive allegation" is one which directly answers the allegation it is intended to meet.»

la respuesta otorgada por el regulador frente a la condición del cumplimiento y sus razones.

Este enfoque ha ganado notoriedad en los últimos años dado que es una composición de los dos enfoques antagónicos: disuasivo y persuasivo. Tiene un efecto sancionador (*deterrent approach*) pero también es cooperativo, negociador o abierto al diálogo (Ochoa Mendoza, 2016). Sus herramientas permiten armar una estrategia lo suficientemente concreta para que el enfoque del regulador se centre en que las normas vigentes que moldean el mercado se cumplan eficaz y oportunamente.<sup>61</sup>

La regulación responsiva se basa en la capacidad de respuesta de los agentes regulados a la conducta deseada por el regulador. La regulación responsiva permanece adyacente -al menos en las etapas iniciales- al punto de partida de los modelos de cumplimiento y presupone una “naturaleza respetuosa de la ley” por parte de los sujetos regulados (Braithwaite & Ayres, 1992).

La regulación responsiva promueve el uso de medidas reglamentarias “blandas”, como la persuasión y la orientación, como las primeras medidas a aplicarse. Bajo esta estrategia, los reguladores deben estar atentos a las reacciones de los regulados antes de escalar la intervención reguladora. Así, el núcleo de este enfoque es la Pirámide de Cumplimiento, que ilustra una estrategia gradual (más blanda al principio, más severa al final) en relación a cómo reacciona el Agente Regulado frente a la norma y frente al regulador (Braithwaite, 2011).

---

<sup>61</sup> «The main contribution of responsive regulation theory to our understanding of regulatory enforcement and its impact on compliance is its recognition that different people have different motivations for complying, and not complying, with the law, and that the same person or firm can have multiple, potentially conflicting, motivations for compliance, which Braithwaite calls 'multiple selves' (Ayres & Braithwaite 1992, pp. 30-35; Braithwaite 2002, p. 41)» (Lehmann Nielsen & Parker, 2009).



En la base de la Pirámide de Cumplimiento (Ilustración 8) están las medidas de prevención, consultivas, conciliadoras y persuasivas, en el medio están las sanciones administrativas leves y en la parte superior se encuentran las sanciones más punitivas, que determina que son lo suficientemente indeseables para detener el comportamiento de los infractores más osados o recalcitrantes (por ejemplo, sanciones penales) con sanción de incapacitación en la cúspide de la pirámide. Según (Braithwaite & Ayres, 1992), los reguladores deben concentrar la mayor parte de su actividad en la parte inferior, escalar sólo las medidas si es absolutamente necesario y desescalar siempre que sea posible. Por consiguiente, este enfoque propone que los reguladores al aplicar el proceso de enforcement no adopten una estrategia únicamente disuasoria ni sólo persuasiva. Más bien, una política de regulación responsiva es una forma “socialmente inteligente” para que el regulador reaccione ante el comportamiento del regulado (Lehmann Nielsen & Parker, 2009).

**Ilustración 8: Pirámide de cumplimiento, según Braithwaite & Ayres**



Fuente: (Braithwaite & Ayres, Responsive regulation: Transcending the deregulation debate, 1992)

## A. Supuesto impacto de la Regulación Responsiva en el Agente Regulado

Según Braithwaite (2002) cada caso que llega a conocimiento del regulador y que adopte medidas (por ejemplo sancionadoras) contra el Agente Regulado tendrá un impacto - bueno o malo - en la cooperación futura de este Agente Regulado frente al regulador. La aplicación un proceso de enforcement que no encuentra una respuesta esperada del Agente Regulado resultará desacertada y causará la falta de cooperación y el rompimiento de la ley en el futuro. La regulación responsiva es principalmente una teoría sobre cómo las relaciones apropiadas entre el regulador y los regulados durante la investigación y la aplicación deberían conducir a una actitud más cooperativa en el futuro, donde el regulado trabajará para lograr el cumplimiento de los objetivos de la ley. Por lo tanto, la hipótesis de un enforcement responsivo debe llevar a una actitud más cooperativa y complaciente en el futuro. También debe conducir a comportamientos en los que buscan promover su propio cumplimiento en el futuro (autorregulación).

### Lo que se espera de la aplicación de una regulación responsiva:

Conforme se desprende de las hipótesis planteadas por Lehmann Nielsen & Parker (2009) con relación a lo que se espera obtener de la aplicación de la regulación responsiva:

- Se espera que los agentes regulados evalúen los resultados provenientes de las acciones de investigación, fiscalización o supervisión de manera que su cumplimiento sea en mejor, que cuando el regulador no ha actuado de manera responsiva.

Los agentes regulados deberían asumir la actuación del regulador durante todo el proceso de investigación como más justo y menos estigmatizante. *They should also learn things that are generally*

*considered positive for increasing legal compliance, such as how to comply better and that it is good to cooperate with the regulators. They should not have learned things that are negative for legal compliance, such as how to get away with breaches or to fight with the regulator.*<sup>62</sup>

- Se espera que la opinión general de los agentes regulados respecto del regulador sea positiva cuando actúa de manera responsiva, que cuando el regulador no ha actuado de manera responsiva. Por lo tanto, los agentes regulados deben asumir que el regulador, aplicando la regulación responsiva, se muestra más sustancial y procedimentalmente más justo y flexible.
- Se espera que el Agente Regulado demuestre que está cumpliendo con la ley, que actúe conforme a la ley.
- Se espera que los agentes regulados que han experimentado la aplicación de la regulación responsiva tendrían un nivel más alto de comportamiento de gestión de cumplimiento diario, en comparación con aquellos agentes regulados que no han experimentado este enfoque.

Lehmann Nielsen & Parker (2009) señalan que probar estas hipótesis, no es nada sencillo, porque se necesita especificar, operacionalizar y medir la regulación responsiva. Esto es intrínsecamente difícil, ya que la propia regulación responsiva propone que los agentes de aplicación de la reglamentación deben hacer juicios muy contextuales sobre cómo comportarse en circunstancias particulares.

<sup>62</sup> «También deben aprender cosas que generalmente se consideran positivas para aumentar el cumplimiento legal, tales como cómo cumplir mejor y que es bueno cooperar con los reguladores. No deberían haber aprendido cosas que son negativas para el cumplimiento legal, tales como cómo escapar de las violaciones o para luchar con el regulador.» Traducción libre.

### Tit-For-Tat y Justicia Restaurativa:

Lehmann Nielsen & Parker (2009) sugieren que la regulación responsiva de Ayres y Braithwaite puede ser interpretada de dos maneras alternativas:

Retalía

- “Regulación responsiva aplicando el Tit for Tat<sup>63</sup>”; y,
- “Regulación responsiva aplicando la Justicia Restaurativa<sup>64</sup>”.

Sin embargo, ambos caminos se dirigen a una sola hipótesis: el Agente Regulado que experimenta una regulación responsiva tendrá

<sup>63</sup> Tit-For-Tat: Estrategia del Toma y Dada, o en otras palabras, de la reciprocidad. La estrategia Tit-For-Tat se basa en la teoría de los juegos. En esta estrategia, los actores comienzan con la cooperación y si el otro actor retribuye, puede desarrollarse un intercambio cooperativo. Si el otro actor responde con evasión o felonía, aprovechando la confianza inicial, entonces el primer actor tomaría represalias con la evasión. El actor copia la acción del otro actor. Braithwaite & Ayres (1992) llamaron a esta actuación como confianza en la cooperación. El principio general de capacidad de respuesta es adaptar el estilo de intervención del regulador a la propensión y capacidad de los agentes regulados para cumplir (Six, 2012).

<sup>64</sup> «La justicia restaurativa es un proceso en el que todos los interesados afectados por una injusticia tienen la oportunidad de discutir cómo se han visto afectados por la injusticia y decidir qué se debe hacer para reparar el daño. Con la delincuencia, la justicia restaurativa se basa en la idea de que, debido a que el crimen afecta, la justicia debe sanar.» Traducción Libre de lo señalado por Braithwaite (2004), quien continúa indicando al respecto: *«It follows that conversations with those who have been hurt and with those who have afflicted the harm must be central to the process. Empirically it happens to be the case that victims of crime are more concerned about emotional than material reparation (Strang, 2003). Lawyers are obviously not well placed to give an account of these emotional harms and how they might be healed. Hence, the practice of restorative justice has become a de-professionalizing project. Yet we will see that lawyers still have an important, though decentered, place in a restorative justice system. Restorative justice comes in many forms. The most common in Europe and North America is victim-offender mediation. But the movement, inspired by New Zealand conferring and Canadian circle innovations, has been toward widening the circle to include supporters of the offender, supporters of the victim and sometimes other kinds of stakeholders from the community such as representatives of the school community when a crime occurs at school, or a congregation where it occurs within a church. So the first stage under most conferencing models is to approach the victim and offender to ask them not only to participate in a meeting with each other, but also to ask them to nominate who they would most like to have support them during the conference. »*

fundamentalmente, una mejor conducta para cumplir con las normas que un agente que no experimente la regulación responsiva.

Ahora bien, el método promovido por el enfoque de la Regulación Responsiva comprende una aplicación diferente de la estrategia “Tit-for-Tat” con un sistema escalonado de sanciones, conforme se muestra en la ilustración anterior. Los organismos encargados de hacer cumplir la ley deberían adoptar inicialmente un enfoque de conformidad con los sujetos regulados, utilizando una variedad de instrumentos persuasivos y de asesoramiento. En caso de que este enfoque no produzca un efecto de cumplimiento, la agencia debería pasar a una serie de métodos con un aumento gradual de la presión, empezando por prácticas blandas (tales como advertencias), escalando gradualmente a sanciones administrativas y agravando penalizaciones criminales e incapacitación. La escalada de las medidas debería responder al grado de falta de cooperación de la empresa, y debería ir acompañada de un aumento de la probabilidad de detección, es decir, de la frecuencia de la inspección (Oded, 2010).

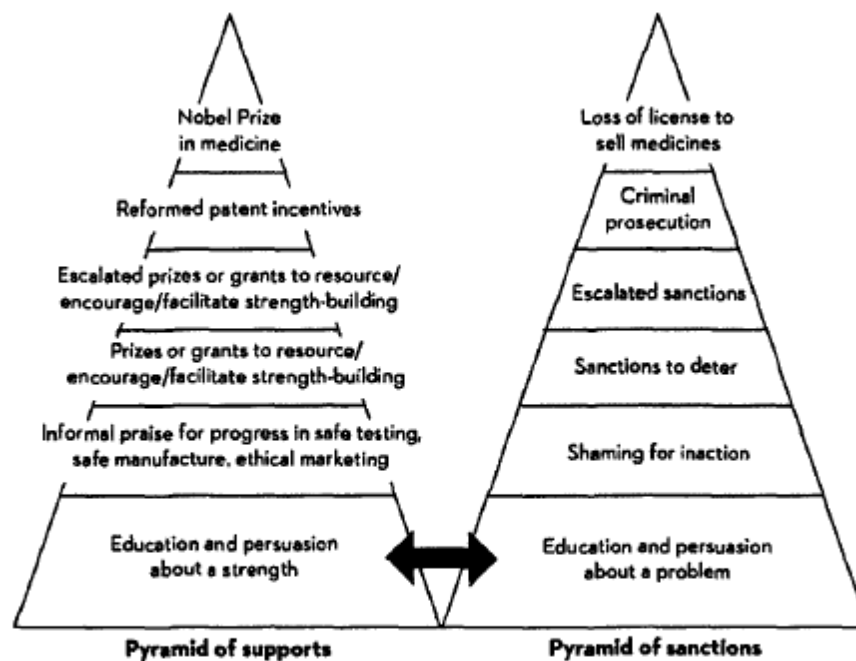
De hecho un principio básico de la Regulación Responsiva es que los reguladores deben ser sensibles a la cultura, la conducta y el contexto de aquellos que buscan regular cuando se decide si se necesita una respuesta más o menos intervencionista. En otras palabras, “*palabras suaves antes de palabras duras, y zanahorias antes de palos*” (Wood, Ivec, Job, & Braithwaite, 2010). La Regulación Responsiva también reconoce la necesidad de una diversidad de estrategias regulatorias y la necesidad de que todas las estrategias se basen prácticamente en un contexto apropiado.

Por otro lado, el aspecto de la teoría de la regulación responsiva que tiene relevancia es la pirámide de soporte en contraste a la pirámide de sanción. Si por un lado, frente a incumplimientos del Agente Regulado hay una advertencia o medida impositiva por parte del regulador, y el Agente Regulado llega a tener un comportamiento distinto, mejor de lo esperado,

empieza a escalar en una pirámide donde lo que conseguirá son incentivos para continuar desarrollándose en el mercado, como una especie de premio.

Así de acuerdo con Braithwaite, la regulación japonesa ha sido más efectiva que la regulación europea y mucho más que la regulación estadounidense reduciendo el daño ambiental que causan los automóviles. Esto es a pesar de que la aplicación ambiental japonesa ha sido legislativamente y punitivamente débil. La clave del éxito japonés ha sido fomentar la competencia en la excelencia de la ingeniería para llevar la economía de combustibles a través de nuevos techos (Braithwaite, *The essence of Responsive Regulation*, 2011), y ello se debió a la inclusión de premios cuando los cumplimientos eran mejor de lo esperado. A continuación se referencian las dos pirámides propuestas por Braithwaite, en su publicación “*The essence of Responsive Regulation*”.

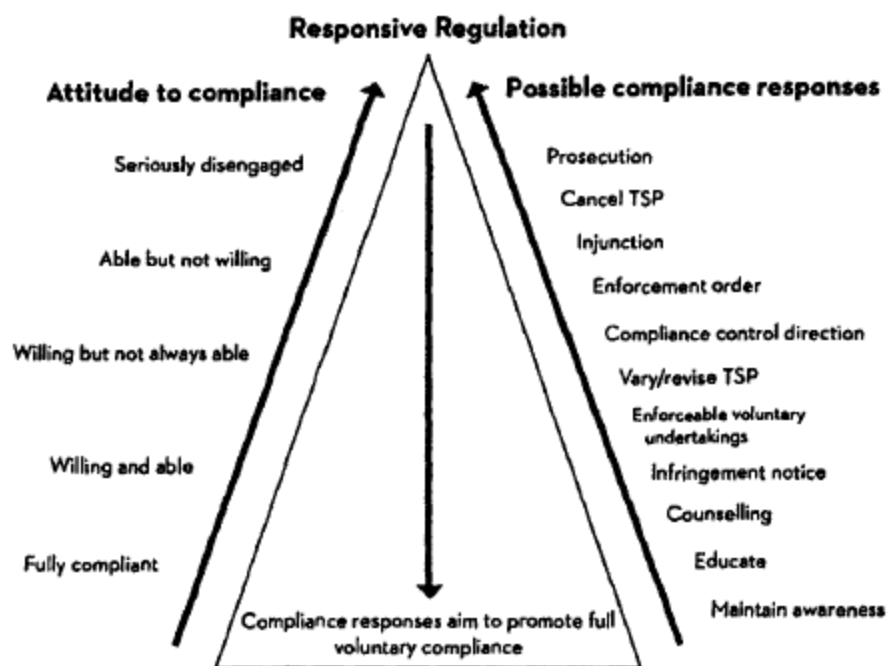
Ilustración 9 Pirámides de apoyo y sanción de Braithwaite



*Figure 1: Pyramids of supports and sanctions being developed in John Braithwaite's current work with Graham Dukes and James Maloney on the regulation of medicines.*

Fuente: (Braithwaite, 2011)

A medida que avanzamos en la pirámide de sanciones, hay intervenciones cada vez más exigentes. La idea de estas pirámides es que en cualquier caso, se empieza con una presunción que es en la base de la pirámide. La siguiente ilustración es un ejemplo práctico de una pirámide de sanciones en uso por la Oficina Australiana de Seguridad en el Transporte (Braithwaite, The essence of Responsive Regulation, 2011):



*Figure 2: Australian Office of Transport Safety Responsive Regulatory Philosophy (TSP: Transport Safety Plan).*

De acuerdo con la teoría regulatoria responsiva, se pretende alcanzar un sistema legal donde los ciudadanos aprendan que la capacidad de respuesta es la forma en que funcionan nuestras normas legales. Esto es, obedecer sin tener que esperar la vigilancia, sino que el obedecer puede ser positivo.

Los reguladores responsables buscan estrategias contextuales, integradas y unidas que trabajen en sinergia. Eso sí, evitando combinaciones incompatibles de estrategias. En ese contexto, Braithwaite da a conocer

nueve principios sobre los cuales debería erigirse una regulación responsiva:  
(traducción propia)

- «1. *Piense en el contexto; No imponga una teoría preconcebida.*
- 2. *Escuchar activamente; Diálogo estructural que:*
  - *dé voz a las partes interesadas;*
  - *establezca los resultados acordados y cómo monitorearlos;*
  - *construya el compromiso ayudando a los actores a encontrar su propia motivación para mejorar;*
  - *comunique la firmeza de la resolución: atenerse a un problema hasta que sea fijo.*
- 3. *Involucrar: los que se resisten con equidad; Mostrarles respeto construyendo su resistencia: como una oportunidad para aprender cómo mejorar el diseño regulador.*
- 4. *Elogiar a aquellos que muestran compromiso:*
  - *apoyar su innovación;*
  - *fomentar la motivación para mejorar continuamente;*
  - *ayudar a los líderes a atraer a los rezagados a través de nuevos límites de excelencia.*
- 5. *Señale que usted prefiere lograr los resultados mediante el apoyo y la educación para crear capacidad.*
- 6. *Señalar, pero no amenazar, una serie de sanciones a las que puede escalar; Señalan que las sanciones definitivas son formidables y se utilizan cuando es necesario, aunque sólo como último recurso.*
- 7. *Redes piramidales de gobernanza mediante la participación de redes más amplias de socios a medida que se mueve hacia arriba una pirámide.*
- 8. *Lograr una responsabilidad activa (responsabilidad de hacer resultados mejores en el futuro), recurrir a la responsabilidad pasiva (responsabilizar a los actores de las acciones pasadas) cuando la responsabilidad activa falla.*
- 9. *Aprender; Evaluar: qué tan bien y a qué costo se han alcanzado los resultados; Comunicar: lecciones aprendidas.»*

(Braithwaite, The essence of Responsive Regulation, 2011)

Ahora bien, en la práctica se han desarrollado enfoques constituidos en virtud de la Regulación Responsiva, vinculándola con la intervención administrativa en materia sancionatoria. Matfás (Guiloff Titun & Soto Delgado, 2015), advirtieron que las normas tenían o tienen un enfoque netamente rígido



(rigidez legal), dado que el Derecho Administrativo se orienta a la eficacia o efectividad de objetivos, teniendo en cuenta el respeto al debido procedimiento y a la legalidad de las acciones, sobre todo aquellas que van a ser realizadas por la autoridad administrativa. Mientras que apreciaron que un enfoque responsivo podía contener diversas alternativas para finalidades iguales, pero no se limitaba a un solo molde procedimental, puesto que su característica es ser más dinámico; de tal modo que en un primer momento se podría creer que no se cuenta con una justificación predictiva o que podría no superar una prueba del debido procedimiento. Ello se puede vencer si es que las opciones están previamente establecidas y se aplican en el orden adecuado.

Un enfoque responsivo, en palabras de Matías Guiloff y Pablo Soto Delgado (2015), quienes aplican este modelo para cuestiones medio ambientales, significa que las acciones que adopta la Administración dependen de la estructura y motivaciones del respectivo sector regulado y sus actores. Así, diferentes configuraciones conducirán a regulaciones de diversos grados y formas, las que deberán amoldarse a la conducta de los administrados, lo cual implica que, dependiendo de su comportamiento, se diseñará una estrategia en términos de mayor o menor intervención (Braithwaite & Ayres, 1992).

Entonces, la regulación responsiva no proporciona un programa definido ni un conjunto de prescripciones acerca de cuál es la mejor forma para regular. (Guiloff Titium & Soto Delgado, 2015) Por el contrario, es una actitud que permite al regulador establecer la mejor estrategia dependiendo del contexto, la cultura regulatoria y el historial de los agentes regulados, en un momento particular, tomando en cuenta que el respeto a las normas no puede ser obtenido por el solo hecho de establecerlas, sino que se requiere hacer efectivo su cumplimiento, cuestión que dependerá de las herramientas de la Administración para llevar a cabo esta función (Rubin, 2007) en (Guiloff & Soto Delgado, 2015).

En cuanto a su implementación o aplicación en materia de servicios públicos de telecomunicaciones, la regulación responsiva con su pirámide de apoyo y sanciones reglamentarias, podría ser fuente de diversas aplicaciones. Esta estrategia funcionaría fomentando políticas que permitan realizar una planificada realización de acciones dirigidas a identificar las afectaciones que producen los incumplimientos y buscar el modo que se reparen cuanto antes, en lugar de preocuparse solamente en el inicio del procedimiento administrativo sancionador.

No obstante es de señalar que cumplir de forma rigurosa la pirámide planteada por la Regulación Responsiva podría no ser posible. Si bien entendemos que incluso las sanciones pueden ser no pecuniarias en estricto, sino dirigidas a la resolución de las licencias para la prestación del servicio, en el caso peruano, el OSIPTEL no cuenta con las facultades para dar por resuelto una autorización o un contrato de concesión. Desde luego, lo que sí puede hacer, en el marco de su competencia, es verificar el cumplimiento de dichos contratos y por tanto, informar y recomendar ante el MTC la adopción de medidas como las de resolver el contrato de concesión. De hecho, para llegar a este extremo, la conducta del Agente Regulado debe ser intensamente reprochable, a efecto de cumplir con el principio de razonabilidad señalado en la LPAG.

Además, es de mencionar que este enfoque presenta algunas limitaciones y dificultades. Por ejemplo, la Regulación responsiva plantea realizar una evaluación del Agente Regulado entendiendo sus capacidades y ambiente. Esto es, comprendiendo el entorno en el que se desarrolla en el mercado. De acuerdo a su condición es que se le va a tratar. Este escenario podría ser objeto de cuestionamiento en la medida que se estarían aplicando distintas maneras de resolución de un problema, lo que conllevaría a no establecer de manera concreta predictibilidad en las decisiones que adopte el regulador. Estas acciones podrían inclusive repercutir en una regulación asimétrica, que ocasionaría que el regulador opte por no aplicar esta estrategia de *enforcement* al ser muy inestable. Asimismo, el hecho de aplicar diversas

medidas se podría tomar como un traspié contra los principios de imparcialidad y equidad.

Asimismo, la Regulación Responsiva, ha recibido fuertes críticas por ser limitada a estrategias de reguladores pequeños, véase, por ejemplo, (Scholz, 1984): *«las grandes jurisdicciones de estos nuevos organismos dificultan la cooperación al aumentar la incertidumbre en la relación empresa-agencia»* (Gunningham 2007), que discute el problema de información con respecto a la pirámide de cumplimiento del modelo de regulación responsiva: *«(..) donde los reguladores hacen sólo visitas ocasionales a las minas (como puede ser el caso de pequeñas empresas y en relación con contratistas y subcontratistas en algunas circunstancias) y donde el alcance del estado está seriamente restringido, entonces la pirámide tiene una aplicación más limitada»* (Black 2001, p.20): *«Adaptar la respuesta de la aplicación a las empresas individuales también es muy intensivo en recursos; requiere de destrezas, tiempo y otros recursos que probablemente sean escasos. La estrategia también requiere de ciertas condiciones estructurales: al menos que la empresa y el regulador estén en una relación de largo plazo que permita al regulador observar y evaluar las acciones de la empresa durante un período de tiempo»* en (Oded, 2010).

En síntesis, consideramos que la teoría de la regulación responsiva contiene elementos que pueden ser útiles para construir una estrategia de *enforcement* que sirva de herramienta en el proceso de determinación del cumplimiento de las normas en materia de servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, su aplicación puede ser distorsionada a tal punto que se la adopte como excusa para que el regulador deje de supervisar dado que se le estaría aplicando un margen persuasivo infinito a las empresas o se llegue a aplicar este enfoque a casos a los que les corresponde en estricto la aplicación de mecanismos disuasivos. Por tanto, es imprescindible que los casos en los cuales no se pueda aplicar una regulación responsiva estén previamente detallados. Estos mecanismos funcionan como salvaguardas legales obligatorias para mantener el poder de la ley.

**Título Cuarto.**  
**APLICACIÓN PRÁCTICA DE UNA ESTRATEGIA RESPONSIVA**

**1. Introducción**

***Hacia nuevas formas de supervisión y enforcement***

Hacer cumplir la ley tiene un costo para el Regulador y el Agente Regulado. En el caso de este último, el cumplir con las normas es una condición de seguir operando en el mercado. Es decir, no puede optar por cumplir algunas normas y otras no. Está sujeto a cumplir todas las normas, aun cuando muchas de estas puedan ser repetitivas, redundantes o innecesarias o carentes de racionalidad. La pertinencia del costo-beneficio que implica la creación de una norma estará siendo evaluada por el Análisis de Impacto Regulatorio (RIA). En términos de eficacia, el RIA exige que la alternativa regulatoria escogida sea la necesaria e idónea para alcanzar el objetivo público propuesto, mientras que, en términos de eficiencia, se requiere que los beneficios de la medida sean superiores a los costos que ella involucra (Ochoa Mendoza, 2016).

En cambio, en el caso del Regulador, el deber de hacer cumplir la ley no debe confundirse con que está obligado a supervisar todas y cada una de las normas que existen en el ordenamiento jurídico vigente, ni todas las acciones que realizan los Agentes Regulados. Ello principalmente porque se generarían verificaciones insustanciales (pérdida de eficiencia) que sólo reflejarían un gasto sin que ello implique un logro concreto. Se generarían tanta cantidad de casos de incumplimientos de carácter “microscópico” que por su tamaño no le generan al mercado daño en absoluto, pero que por el hecho de haber invertido tiempo en ellos, se habría generado un costo que debe ser asumido por el Agente Regulado y en detrimento del presupuesto asignado al Regulador.

Dada esta afirmación, consideramos que las acciones de verificación o inspección están condicionadas a un presupuesto y una determinada cantidad de obligaciones que los Agentes Regulados deben cumplir. La práctica idónea sería realizar tantas acciones de verificación o inspección sean posibles hasta alcanzar el punto de saturación, luego del cual, cualquier acción adicional efectuada por el Regulador resulta siendo inútil o innecesaria, además de perjudicial porque implicará una reducción del presupuesto.

Como vimos en el segundo capítulo de la presente investigación, el Regulador, en este caso el OSIPTEL, tiene recursos limitados y con ellos debe cumplir, entre otros, con sus funciones de supervisar los servicios públicos de telecomunicaciones, fiscalizar y sancionar las conductas contrarias a la normativa vigente; también tiene que sobrellevar el crecimiento del mercado de las telecomunicaciones y los encargos que recibe a partir de textos normativos para ejercer acciones adicionales a las establecidas en sus normas.<sup>65</sup>, sin que ello haya implicado el aumento de su presupuesto.

En ese contexto es evidente que el regulador, como encargado de hacer cumplir las normas relativas a servicios públicos de telecomunicaciones, debe buscar mecanismos nuevos y eficaces de *enforcement* que permita un incremento en el valor del cumplimiento de la norma por parte de los Agentes Regulados y a la vez permita reducir los costos de la verificación.

Por ejemplo, algunos regímenes reguladores han optado por realizar enfoques mixtos en los que la cooperación pública y privada es esencial.

---

<sup>65</sup> Cabe señalar que en los últimos años OSIPTEL ha recibido encargos para la verificación de determinados contratos de concesión, como por ejemplo, la verificación del cumplimiento de los compromisos asumidos por Telefónica del Perú S.A.A. en la Adenda a los Contratos de Concesión de para la prestación del servicio público de telefonía móvil suscrito con Telefónica Móviles S.A. (Hoy Telefónica del Perú S.A.A.), aprobados por Resoluciones Ministeriales N° 373-91-TC/15.17, N° 440-91-TC/15.17 y N° 055-92-TC/15.17; y la verificación del cumplimiento del Contrato de Concesión de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica; específicamente para determinar si procede el pago de Retribución por Operación y Mantenimiento a Azteca Comunicaciones Perú S.A.C.

Teniendo en cuenta los objetivos de eficacia y reducción de costos, queda por ver si estos instrumentos pueden contribuir a alcanzar estos objetivos. Algunos reguladores, por ejemplo, han optado por técnicas de resolución de problemas, no por instrumentos legales, puesto que las soluciones no siempre tienen que involucrar instrumentos legales, pero pueden ser herramientas prácticas para asegurar que los objetivos de la regulación puedan ser alcanzados. De hecho, este efecto de aprendizaje entre el sector público y privado, Regulador y Agente Regulado, equivaldría a la prevención de futuras violaciones de las normas por parte de los agentes regulados. Es a través de tales medios que las autoridades reguladoras tratan de encontrar maneras creativas de internalizar la norma regulatoria<sup>66</sup> (De Cock Buning, Ottow, & Vervaele, 2014).

Por otra parte, es importante indicar que más allá de los enfoques de *enforcement* y las alternativas con las que el regulador cuenta para ejercer sus funciones, el *enforcement* aplicado por un regulador compromete el papel que juegan sus inspectores (supervisores, en el caso del OSIPTEL). En efecto, siguiendo a May & Winter, consideramos al estilo de *enforcement* como el carácter de las interacciones cotidianas del Regulador

---

<sup>66</sup> «*In the context of the private-public discussion we can also point to Sparrow's recent article, 'Managing the Boundary Between Public and Private Policing', where he points out that the motivations of private parties will rarely, if ever, be fully aligned with public interests. He also points out that in, for instance, the domain of public security as the police engage in partnerships and networked relationships involving private organizations, they become less the deliverers of security and more the orchestrators of security provision. This is a valuable insight for shared public-private regulation and supervision arrangements.*

*Another publication with relevance in this respect is the article by Honingh and Helderma. They have identified in their publications the preconditions necessary to effectuate so-called systemic supervision.*

*This type of supervision is an interesting way of decreasing costs and placing more responsibility upon undertakings, or associations of undertakings. In this systemic approach the supervisor determines the framework and the conditions, but the application and control of the system is in principle left to the sector. Examples in practice are aviation, health care, digital signatures (Diginotar) and the Dutch Bar Association. Honingh and Helderma indicate that systemic supervision can only be successful under strict conditions, and the expectations for the success of systemic supervision are generally too high». (De Cock Buning, Ottow, & Vervaele, 2014)*

(representado por los supervisores/inspectores) con los Agentes Regulados, de tal modo que frente al Agente Regulado, el rostro de autoridad es el rostro del inspector o supervisor que se entiende directamente con ellos. Según refieren May & Winter, el inspector tiene su estilo y también el regulador tiene un estilo legal. Lo importante es que ambos enlacen una idea única de lo que pretende el Regulador de cara al cumplimiento de las normas por parte del Agente Regulado.<sup>67</sup>

Por lo señalado en este acápite, conviene aseverar que el Regulador debe buscar nuevas estrategias y metodologías, para que los Agentes Regulados cumplan con la ley. Y ello empieza desde cómo se encauza la pregunta inicial. Así, siguiendo a Ochoa Mendoza (2016), la pregunta no es ¿cómo hacer cumplir las leyes?, sino ¿por qué no funcionan o no se cumplen las leyes? Puede que los Agentes Regulados no se encuentren con los suficientes estímulos para cumplir o no tengan apertura del Regulador para solucionar los problemas en una mesa alternativa al Procedimiento Administrativo Sancionador.<sup>68</sup>

<sup>67</sup> Cfr. «*In thinking about the behaviors of inspectors, we draw a conceptual distinction between their style of interaction and the actions that they take in choosing what to inspect or in reacting to violations of rules. It is analytically useful to distinguish between these concepts as we demonstrate later, inspectors can differ with respect to each. We define enforcement style as the character of the day-to-day interactions of inspectors when dealing with regulated entities. This conceptualization draws from what Gormley (1998:369) depicts as "inspector style," and from reviews of the literature by Kagan (1994:387) in describing "legal style" and by Hutter (1999:15) in describing aspects of "varying styles of enforcement." As explained below, our measure of style considers the formality of inspectors' interactions with the regulatees, and their use of coercion in threatening sanctions. This approach is an unfettered conceptualization of inspection style that does not confuse the character of the interactions with the effort involved or the enforcement actions taken*» (May & Winter, 2000).

<sup>68</sup> «Según Robert Baldwin, las normas no funcionan cuando aquellos con voluntad de cumplirlas no saben qué implica cumplir (agentes bien intencionados pero mal informados) y cuando aquellos menos deseosos o capaces de cumplir (agentes bien/mal informados y mal intencionados) no están lo suficientemente estimulados para cumplirlas (1990, pp. 324ss.). Lo señalado implica que el éxito de una regulación parte del hecho de aceptar que no todos los agentes sujetos a ella reaccionan del mismo modo ni poseen los mismos incentivos o nivel de información» (Ochoa Mendoza, 2016).

Como veremos en el siguiente punto, nuestro enfoque Responsivo incluye diversas acciones a considerar para salvaguardar el estilo del regulador, habida cuenta de que, en todo caso, frente a cualquier aplicación de *enforcement*, lo que importa es que la autonomía de las decisiones del regulador no se vea ni desplazada, ni cuestionada. Ello debido a que cuando se aplica una determinada estrategia, es posible que el carácter de las interacciones con el esfuerzo involucrado o las acciones de aplicación adoptadas, generen dudas por las decisiones que toman primero los supervisores y luego el regulador, como son “ignorar” las infracciones, conceder oportunidades, emitir medidas de advertencia o recomendar sanciones más severas. Estas acciones, justamente van a ser consistentes con la pirámide de Braithwaite.

Es de mencionar que esta propuesta de estrategia responsiva está basada en los teoremas básicos de Regulación Responsiva propuestos por Braithwaite (1992) (2011); el esquema (4 pasos) propuesto por Ochoa Mendoza (2016) y la experiencia recogida en el sistema procedimental penal peruano<sup>69</sup> que ha tenido cierto éxito en la descongestión del sistema penal peruano para resolver casos de delitos que no revisten de mayor importancia.

## 2. Proceso básico para la implementación de una estrategia responsiva

<sup>69</sup> Artículo 2 del Decreto Legislativo 957, Código Procesal Penal. Principio de Oportunidad: «1. El Ministerio Público, de oficio o a pedido del imputado y con su consentimiento, podrá abstenerse de ejercitar la acción penal en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando el agente haya sido afectado gravemente por las consecuencias de su delito culposo o doloso, siempre que este último sea reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años, y la pena resulte innecesaria. b) Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público, (...) c) Cuando () se advierta que no existe ningún interés público gravemente comprometido en su persecución. 2. En los supuestos previstos en los incisos b) y c) del numeral anterior, será necesario que el agente hubiere reparado los daños y perjuicios ocasionados o exista acuerdo con el agraviado en ese sentido. (...)»



## 2.1. Consideraciones preliminares

Debido a que es necesario definir criterios específicos que se puedan aplicar al mercado de las telecomunicaciones, en función a los principios explicados por Braithwaite, es pertinente reiterar que la Regulación Responsiva se debe adaptar al contexto en que se va a aplicar. No es lo mismo aplicar el diseño de Regulación Responsiva propuesto por Braithwaite para un entorno social distinto, puesto que se tratan de realidades cuyos integrantes, Regulador y Agente Regulado, probablemente tengan una visión del cumplimiento diferente en cada entorno (Garoupa, 2014).

Como se ha manifestado en los títulos anteriores, la Regulación Responsiva proporciona un esquema de pasos, peldaños que van desde una parte persuasiva hasta llegar a una cumbre disuasiva, en la cual se utilizan fuertes mecanismos antes advertidos. Su aplicación en materia de telecomunicaciones, sin embargo, merece tomar en consideración aspectos adicionales a los señalados por Braithwaite & Ayres. Si bien la esencia de la regulación responsiva está dirigida a utilizar mecanismos graduales, no se puede aseverar que ello implique reducir los costos de transacción al momento de hacer cumplir la ley. Y es en este punto donde debemos concentrarnos.

Como hemos visto al finalizar el Título 2, los gastos del Proceso de *Enforcement* del OSIPTEL se generan tanto desde el punto de vista económico, como de tiempo y de capital humano. Por ello, nuestra propuesta está dirigida a incluir elementos que permitan economizar tiempo y dinero en contraste con la aplicación de una estrategia totalmente disuasiva o predominantemente disuasiva. Ello no quiere decir, que no se invertirá en tiempo y que la etapa de inducción tenga un costo en tiempo y dinero, porque hay que capacitar al personal y hay que realizar planificaciones, estudios, entre otros aspectos que permitan desde un inicio demostrar que cada aplicación de regulación responsiva se ha efectuado bajo un esquema planificado y responsable, sin improvisación y sin intentar utilizar mecanismos para desfortalecer o debilitar el poder de autoridad del Regulador.

Asimismo es imprescindible que se dote de características que diferencien a un administrado de otro, en el contexto y las condiciones en que se incumplió, y es necesario proporcionar directrices particulares que determinen una práctica objetiva de mecanismos o estrategias que se apliquen de manera general, puesto que existen en el ordenamiento jurídico peruano, principios a los cuales el actuar del regulador se sujeta, como los principios de predictibilidad o confianza legítima y el principio de imparcialidad. Todo ello con el objetivo de incluir adecuadamente a la Regulación responsiva dentro de ese marco legal.

Empecemos por lo básico: la finalidad. La prestación del servicio de telecomunicaciones se dirige a proporcionar la satisfacción del usuario que ha adquirido el derecho de uso del servicio, cualquiera sea su modalidad. No existe otro tipo de finalidad distinta, sino mecanismos o actividades conexas que –en teoría- van a reforzar la finalidad principal (entre ellos, la carga regulatoria)<sup>70</sup>. Los Agentes Regulados, sean estos de servicios intermediarios o finales, le deben al usuario final la razón de su existencia, por lo tanto, este usuario final debe contar con cierta garantía<sup>71</sup> de que la prestación del servicio justamente va a cumplir con determinados parámetros mínimos.

Desde nuestro punto de vista, en la medida que el usuario no se beneficie por el establecimiento de una sanción o multa a la empresa operadora, a aquel le va importar poco los efectos negativos generados a la empresa operadora. Del mismo modo, también ocurre que a la empresa no le va a interesar el bienestar del usuario, sino defenderse de la imposición de la multa, y esto sucede por diversas razones. Una de ellas no es precisamente

---

<sup>70</sup> La carga regulatoria viene a ser toda aquella obligación impuesta a la empresa operadora con en el marco de su contrato de concesión.

<sup>71</sup> En esta relación entre usuario y empresa operadora existe un problema de agencia, traducido en una asimetría de información y un riesgo moral, propios de la teoría de la agencia. Ambos ingresan a esta relación en disparidad de condiciones, en donde el usuario es muy vulnerable desde la contratación del servicio, durante la prestación del servicio (calidad, continuidad, cobertura del servicio).

el monto de las multas sino que estará preocupada por orientar sus esfuerzos hacia evitar que la sanción quede firme y consentida, debido a que ello le resta tiempo en una posible renovación de la concesión.

Por lo expuesto, es necesario que se defina primero las razones para aplicar las estrategias responsivas.

## **2.2. Razones de una aplicación de una Regulación Responsiva en materia de telecomunicaciones:**

Dentro de las razones principales que identificamos se encuentran:

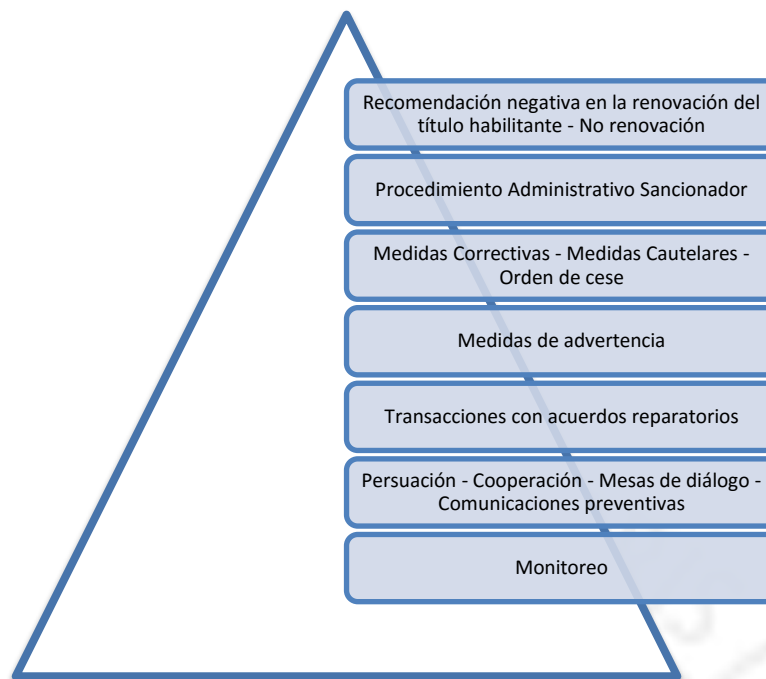
1. Cumplir con los principios del Regulador a los que está obligado sujetarse:
  - a. Principio de Celeridad
  - b. Principio de Eficacia y Efectividad
  - c. Principio del Análisis Costo – Beneficio
  
2. Solucionar los problemas en los servicios públicos de telecomunicaciones, causados por los Agentes Reguladores en el plazo más inmediato posible, cuando es oportuna su solución, apartándose del viejo esquema de adecuarse al plazo prescripción.

## **2.3. ¿Qué se espera?**

- Se espera que los agentes regulados evalúen los resultados provenientes de las acciones de supervisión dentro del marco responsivo.
  
- Se espera que la opinión general de los Agentes Regulados respecto del regulador sea positiva cuando actúa de manera responsiva, tomando acciones inmediatas, prefiriendo solucionar el problema que discutirlo dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

- Se espera que el Agente Regulado demuestre que está cumpliendo con la ley, que actúe conforme a la ley.
- Se espera que los Agentes Regulados que han experimentado la aplicación de la regulación responsiva tengan un nivel más alto de cumplimiento.
- Se espera que los casos que son irrelevantes o de sencilla solución se solucionen entre medidas adoptadas por el regulador y el agente regulado, evitando que por ellos se tenga que iniciar un procedimiento administrativo sancionador.
- Se espera que la judicialización de casos para temas recurrentes o comunes que son de sencilla solución se reduzcan. Esto es, se espera del Agente Regulado que utilice la sobre defensa.
- Se espera reducir la cantidad de casos que inician Procedimientos Administrativos Sancionadores.
- Se espera reducir los costos de supervisión y fiscalización.
- Contar con mayor tiempo para dedicar esfuerzos en los casos más delicados, más trascendentales.
- Se espera que la Regulación Responsiva aplicada por el OSIPTEL, genere en los agentes regulados los suficientes incentivos para realizar medidas de autorregulación.

## 2.4. Pirámide de *enforcement* con enfoque responsivo en servicios públicos de telecomunicaciones



Elaboración: Propia

### 3. Paso Primero:

Contar con principios rectores específicos:

1. **Principio de necesidad**, que viene a ser un sub principio del principio de costo-eficiencia, por el cual el área de supervisión (GFS) sólo inicia acciones de supervisión (procede a la apertura de expedientes) cuando no han existido otras formas de *enforcement* negociado que permita solucionar un problema con la empresa operadora sin recurrir a la investigación de su conducta. Asimismo, por este principio, el inicio del procedimiento administrativo sancionador es el último recurso empleado por el Regulador para resolver el inconveniente con el Agente Regulado.
2. **Principio de Oportunidad**, por el cual en casos específicos donde hay certeza de que la empresa regulada ha incurrido en infracción se resuelven a partir de acuerdos reparatorios impuestos por el Regulador, evitando el procedimiento sancionador.

3. **Principio de simplificación probatoria**, por el cual, toda acción relacionada con la aplicación de estrategias responsivas se efectúan mediante el uso de medios electrónicos.
4. **Principio de autoridad**, por el cual las acciones relativas a la aplicación de las prácticas responsivas por parte de los responsables de la supervisión, tienen carácter de decisión administrativa.

#### 4. Paso Segundo

##### 4.1. Etapa de discernimiento

Durante esta etapa se hace una separación de obligaciones según cómo se califican en caso se incumplan:

- a) Infracciones leves
- b) Infracciones graves
- c) Infracciones muy graves

Estas mismas obligaciones se vuelven a separar entre aquellas cuya consecuencia infractora es subsanable y las que no son subsanables.

Al respecto es necesario contar con una escala predeterminada, por medio de la cual, el Agente Regulado conoce con anterioridad en qué casos y cómo podría subsanar un incumplimiento antes que se le inicie el Procedimiento Administrativo Sancionador.

Para el grupo de las subsanables se dividen en las que son subsanables por acción y las subsanables por pago económico.

Para el grupo de las insubsanables se establece que en cualquier caso, no podrán ser objeto de beneficio alguno en caso se incumpla con estas obligaciones. Justamente en este grupo deben encontrarse infracciones leves, graves y muy graves que conforman el ordenamiento jurídico en materia de telecomunicaciones que deben ser observadas por el OSIPTEL

con mayor atención y sobre las cuales la empresa operadora no podrá negociar.

En consecuencia, nos quedamos con aquel grupo de obligaciones que son subsanables (tanto en modo acción –como dar, hacer o no hacer- o económico –pagar-). Igualmente, están distribuidas en obligaciones cuyo incumplimiento se incurre en infracción leve, grave y muy grave.

#### **4.2. Etapa de la vigilancia**

En la etapa de la vigilancia, la GFS divide sus esfuerzos en dos bloques:

- Supervisión de prevención del incumplimiento (Supervisión Preventiva)
- Supervisión del incumplimiento (Supervisión Correctiva)

4.3. En el caso de la supervisión de prevención del incumplimiento, la GFS destina un grupo de funcionarios para trabajar específicamente en este aspecto. No sólo se requiere de un principio que señale un rol preventivo del OSIPTEL, sino se requiere que se materialice. Este grupo de supervisores indagan procesos, realizan visitas de campo, realizan reuniones, coordinan. Tienen un trato muy cercano con las empresas operadoras. Por esa razón, este equipo no puede tener menos de tres profesionales, tampoco debe tener más de cinco, puesto que el rol exclusivo y permanente es evitar que las empresas operadoras incurran en infracción. Para ello se requiere de personal ampliamente capacitado en potenciales incumplimientos.

Este equipo de prevención se encargaría de emitir cartas preventivas y sostener charlas para poner al tanto a las empresas de sus obligaciones.

4.4. En el caso de la supervisión de incumplimientos, es conformado por grupos especializados en temas específicos de las

telecomunicaciones. Cada grupo al tomar conocimiento de algún incumplimiento deberá tomar las siguientes medidas. A esta parte la vamos a denominar: “Limpiando el tráfico”:

- Identificar su calificación
- Dependiendo de la importancia del presunto incumplimiento decide:
  - No iniciar ninguna medida por la insignificancia del caso, la irrelevancia del caso respecto del usuario, el regulador o el mercado de las telecomunicaciones. Esta decisión deberá ser motivada y se deberá registrar para que en casos similares con condiciones similares tengan la misma consecuencia. Ejemplo: Entregó la información 1 hora después que cerró la mesa de partes y se le puso la fecha de ingreso del día siguiente. Aplicación del Enforcement del Perdón (Malik, 2014).
  - Si tiene importancia y el incumplimiento es subsanable a través de una acción, el equipo supervisor debe requerir a la empresa operadora el cese inmediato del incumplimiento, si corresponde. En la medida de la conducta mostrada por la empresa en corregir su conducta, el equipo supervisor podría evaluar incorporarla en un registro de buenas prácticas y aplicar Enforcement del Perdón<sup>72</sup>. Caso contrario, frente a la resistencia del Agente Regulado, el equipo supervisor opta por iniciar el expediente de supervisión con miras a tomar otras medidas. Si es de suma gravedad, el equipo supervisor podría hacer uso de la fuerza pública para que se ejecute el cese. Se aplica la Pirámide de

<sup>72</sup> Por ejemplo, en una situación de emergencia lo que debe primar para la operadora y el regulador es que los servicios caídos se restablezcan. Las operadoras no tienen incentivos para mantener sus servicios caídos puesto que ello les implica pérdidas económicas y potencialmente pérdida de clientes. Entonces el regulador, en lugar de preocuparse por iniciarle un Procedimiento Administrativo Sancionador, evalúa su desempeño en levantar el servicio y también evalúa las medidas diligentes que ha adoptado para evitar el problema o que este se vuelva a dar.



Braithwaite, en el sentido que se le va exigiendo su cumplimiento hasta que la exigencia se convierta en insubsanable.

- Si el incumplimiento es subsanable económicamente, el equipo supervisor puede coordinar reuniones para negociar un acuerdo reparatorio con la empresa operadora. Este acuerdo deberá contemplar el pago anticipado para evitar ser registrado en la base de datos de multas para la renovación de la concesión, pues no debiera tratarse como medida correctiva (al no ser un acuerdo en el que decide el Gerente General, sino un equipo de supervisión); por tanto, el pago de un acuerdo reparatorio permite librarse de la carga de perder tiempo en la próxima renovación de su concesión. A esta etapa se le conocerá como la etapa en que el OSIPTEL aplica el Principio de Oportunidad.
- El equipo de supervisión tendría potestad de negociar los acuerdos reparatorios y su conformación y funciones necesariamente deberán estar sujetas a la opinión del Órgano de Control Interno, debido a que es sumamente importante guardar las reservas en tanto dichos acuerdos podrían ser objeto de cuestionamiento, dado su carácter discrecional. No obstante, el equipo podría preparar informes y tablas a efectos de cerrar la discrecionalidad en las negociaciones.
- Si el incumplimiento es insubsanable, el supervisor inicia el expediente y procede a su evaluación por parte del equipo técnico. En esta parte, dependiendo del caso, si se trata de incumplimientos comunes o constantes, recogidas las pruebas pertinentes de manera idónea, se procede a remitir los actuados al área de instrucción. En los casos que son novedosos, delicados, que merecen atención, esos se quedan para ser objeto de estudio y discusión. También son derivados los casos en que la empresa no cumplió con sus acuerdos o compromisos, para ser evaluados por el área de instrucción.

## 5. Paso 3. Etapa de evaluación de casos delicados

Una vez que se ha limpiado el segmento de análisis en la etapa de supervisión, llegan para ser objeto de análisis los casos relevantes, que no pueden ser tratados con la aplicación del Enforcement del Perdón o el Principio de Oportunidad.

Durante esta etapa, el equipo supervisor designado se encarga de buscar las pruebas que hagan corroborar las afirmaciones que en las etapas previas han intentado solucionar los equipos supervisores. En esta etapa de investigación, se formulan tanto estrategias de recolección de pruebas, como medidas para que la defensa del Regulador en un potencial Procedimiento Administrativo Sancionador, se tenga la certeza que no se va a “caer”.

Es posible que en esta etapa, el Agente Regulado intente subsanar el incumplimiento para eximirse de responsabilidad. De ser así, mucho dependerá de las condiciones que el regulador establezca para ello. De preferencia, los casos que llegan hasta este nivel, deben ser los que no son posibles de ser subsanados por el Agente Regulado.

Sin embargo, en esta etapa puede aplicarse otro elemento responsivo. Aquellos que no forman parte de una conducta recurrente, o que a pesar que es insubsanable hace referencia a una acción que no es parte de una conducta en sí, se aplican propuestas perentorias para cesar y corregir el incumplimiento y/o multar a la empresa sin que la multa cuente para el registro de evaluación de renovación de su concesión.

Las máximas condenas que impone el regulador en este esquema responsivo son:

- Sancionar a la empresa.
- Incluir la sanción como indicador para la renovación de su contrato de concesión.

- Registro de reputación: En este registro se apuntan todas aquellas conductas que el Agente Regulado ha realizado en perjuicio del mercado. Se hace publicidad con esta información. La idea es que con estas acciones, se disminuya la propensión a incumplir.

### Ilustración 10 Pasos del *Enforcement* Responsivo Propuesto

Elaboración: Propia

PASO 1	Paso 2	Paso 3
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evaluación preliminar.</li> <li>• Implementación y aplicación de los principios de:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Necesidad</li> <li>• Oportunidad</li> <li>• Simplificación probatoria</li> <li>• Autoridad.</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Etapa de Discernimiento</li> <li>• Etapa de Vigilancia</li> <li>• Supervisión preventiva:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Monitoreos</li> <li>• Indagaciones directas</li> <li>• Mesas de diálogo</li> <li>• Emisión de cartas preventivas</li> </ul> </li> <li>• Supervisión correctiva:               <ul style="list-style-type: none"> <li>• Analiza si el incumplimiento es subsanable o insubsanable para determinar qué medida adoptar.</li> <li>• Aplica <i>Enforcement</i> del Perdón</li> <li>• Aplica Principio de Oportunidad (transacción con acuerdo reparatorio)</li> <li>• Ordena el Cese de incumplimientos</li> <li>• Inicia Expediente de Supervisión con miras a iniciar un PAS.</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Evaluación de los casos delicados ('importantes') para el inicio del Procedimiento Administrativo Sancionador</li> <li>• Registro de cumplimientos e incumplimientos</li> <li>• Registro de conducta del Agente Regulado con el Regulador</li> </ul>

Elaboración: Propia

## 6. Efecto de cumplir con las normas

Los sujetos regulados que están cumpliendo son reconocidos como tales a través de las difusiones que el regulador efectúa. Se debe tener un registro público de buenas prácticas. Esto es, hacer de conocimiento público las buenas acciones de las empresas operadoras. En este registro se encuentran inclusive las empresas que aun cuando incumplieron, realizaron las acciones correctivas dentro de los términos requeridos por el regulador. El Regulador premia anualmente al mejor Agente Regulado, de los sujetos regulados que se encuentran dentro de su alcance, por categorías y por

cuantía, reconociendo su acercamiento al regulador y a las normas emitidas por este. A continuación Graficamos el efecto de cumplir con las normas:

**Ilustración 11 Pirámide del efecto de cumplir con las normas bajo el enfoque responsivo propuesto**



Elaboración: Propia

El objetivo de esta propuesta, como se puede observar es imponer fuertes sanciones en caso de incumplir, pero no realizar muchas supervisiones. Es más, el regulador se debería enfocar en los casos de mayor relevancia, deshaciéndose de los casos que son de poca importancia.

Cabe destacar que esta actividad es actualmente efectuada por el Ministerio Público de manera permanente. Usualmente, frente a la cantidad de delitos, los fiscales deben orientar los delitos que cumplen con determinadas características por la aplicación del principio de oportunidad.

Considerando que hay un problema respecto de involucrar las multas con la renovación de la concesión, debido a que esta dependencia provoca fuertes incentivos para que las empresas impugnen sobremanera, de acuerdo a nuestra propuesta, debe orientarse con mayor cuidado y tomando en cuenta

otros elementos. Como se sabe, las impugnaciones no son buenas para ningún regulador. Como bien señala Melgar, la sobre defensa genera procedimientos muy minuciosos y demasiado engorrosos, de los cuales pueden advertirse errores procedimentales cometidos en las primeras etapas del proceso de *enforcement*.

Así por ejemplo, aquellas empresas que generan grandes ingresos podrían pagar sin mayor problema una infracción por muy grave que sea, pero podrían tener fuertes incentivos por incumplir y pagar porque ven a la multa como un pago por hacer algo y no por ajustarse a la norma.

En ese sentido es necesario realizar medidas que contrarresten este problema. Por ejemplo, modificar el registro de las multas para la renovación de concesiones por un mecanismo similar pero adverso (contrario).

#### **7. Registro de conducta de la empresa con el regulador:**

La Operadora incumplió su compromiso con el regulador (asignarle un puntaje negativo)

La operadora impugnó una medida correctiva o de cese (asignarle un puntaje negativo)

La Operadora se le inició un PAS y solucionó el problema por lo cual fue archivado (puntaje positivo)

La Operadora realizó medidas adicionales a las observadas o impuestas por el Regulador (puntaje positivo)

El regulador calculó que la multa muy grave impuesta es menor al beneficio económico obtenido (puntaje negativo). Solo aplicable en los casos en que no haya buscado resarcir el daño antes del inicio del sancionador. Aplica independientemente del inicio o no de un PAS.

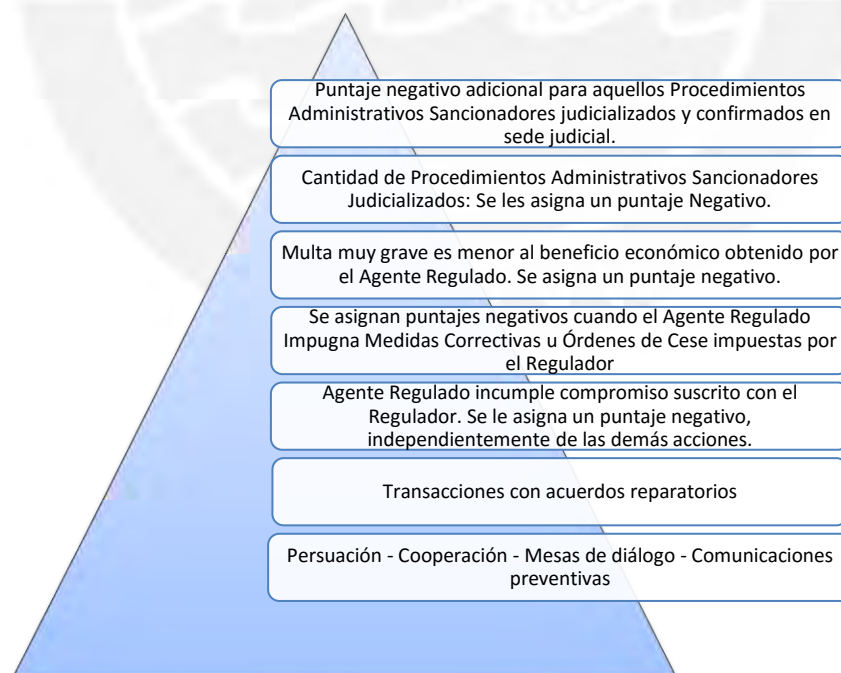
Cantidad de PAS judicializados (puntaje negativo)

Cantidad de PAS judicializados y confirmados en sede judicial (puntaje más negativo aún)

Si la experiencia ha demostrado que las multas impuestas por el Regulador son impugnadas y no surten efectos en los términos oportunos sino que terminan judicializados, lo pertinente es que la estrategia permita al Regulador llegar con la mayor ventaja posible y con la mayor fuerza posible al mecanismo último del uso de la pirámide de sanción, que sería la reducción sustancial de años de renovación, hasta la recomendación de resolución de contrato de concesión. El uso de este mecanismo debiera estar sujeto no propiamente a la cantidad de multas (porque así igualmente se judicializaría todo), sino a la conducta de la empresa, incluyendo el hecho de no computarle ningún incumplimiento que se resuelva a nivel del regulador.

Perseguir un ilícito debe tener cierto contexto y sentido en el marco del principio costo-eficiencia, de tal modo que se cumpla lo que señala Melgar (2015), si perseguir y condenar un ilícito incrementa los costos o pérdidas sociales del mismo, sería preferible no hacerlo y dedicar esos recursos a mejores usos alternativos (que puede comprender, incluso, la persecución de otro tipo de ilícitos «más rentables» para la sociedad).

**Ilustración 12 Pirámide de comportamientos que influyen en la renovación de la concesión dentro del enfoque responsivo propuesto**



Elaboración: Propia

## 8. Descripción de un caso práctico

### Caso 1

Supongamos que una empresa operadora que presta servicio de acceso a Internet realiza un bloqueo intempestivo (pero necesario) de sitios web que están atacando la red (ataque de denegación de servicio) de tal forma que para evitar daños mayores, el operador ha tenido que bloquear accesos a una cantidad significativa de usuarios. Digamos, todos los usuarios de la ciudad de Lima-Perú. Esta acción supone una acción necesaria y permitida por la normativa. Sin embargo, pasado el ataque, por cuestiones no conocidas, el operador omitió desbloquear el acceso, y por tanto, empiezan a ocurrir perjuicios en los usuarios de manera injustificada. Muchos de los usuarios no sólo no podrán contar con el acceso al internet sino que por causa de ello pueden sobrevenir fuertes impactos, como transacciones comerciales por Internet, transferencias, entre otros aspectos relacionados.

Si el regulador, una vez enterado del problema inicia el procedimiento para la determinación del incumplimiento, tendrá que comunicar de esta situación al operador, lo cual de por sí ya serían al menos 2 o 3 días en los actos de notificación. Siendo diligentes, quizá se pueda conseguir que todo se reduzca a 1 día. Pero dado que este aspecto ha sido sometido a un procedimiento, hay que esperar plazos para que se efectúen respuestas, descargos, imputaciones, etc. Durante este tiempo, bien se podría haber coordinado con el operador el cese de la medida arbitraria de manera que, paralelamente a los recaudos que pueda realizar el regulador, el operador se vea impedido de seguir incumpliendo. Para ello, es necesario que exista un acercamiento entre el regulador y la empresa para que el arreglo del servicio sea la principal e inmediata resolución. Posteriormente se verían las consecuencias pero en función a la respuesta que la empresa operadora efectivizó, luego de las coordinaciones realizadas. Ello genera un incentivo para que las empresas no vean solo el aspecto correctivo que está imponiendo el regulador, sino que también se visualice una especie de apoyo

en solucionar la prestación del servicio y que ese apoyo también contará en la determinación del incumplimiento.

### **Caso 2**

Una empresa operadora ha venido incumpliendo la remisión de información periódica que el OSIPTEL le requiere a todas las empresas operadoras. Una vez advertido el problema, el equipo supervisor coordina una reunión de sensibilización con los funcionarios de la empresa regulada y le comunica, orienta y persuade de cumplir con la remisión de la información. En esta parte, el OSIPTEL también se nutre de los aspectos que hacen que la empresa no incumpla con la remisión de la información. Posteriormente a la reunión, se llegan a acuerdos para la remisión de la información. Si la empresa cumple con la entrega pactada, no habría necesidad de iniciar acciones de supervisión, abrir expedientes, etc.

### **Caso 3**

Se ha advertido que durante el año 2016 una empresa de cable de la ciudad de Piura ha venido incumpliendo con remitir ciertos formatos requeridos. Luego de la evaluación de la importancia de contar con esta información se advierte que a la fecha, contar con dicha información resulta siendo irrelevante. Por tan razón se decide hacer de conocimiento a la jefatura correspondiente que por este caso no merece iniciarse acciones de supervisión.

## **9. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DETECTADAS**

Una de las más serias desventajas que identificamos es el riesgo de captura y la posibilidad de abrir senderos de corrupción de funcionarios para que los incumplimientos de las empresas terminen siendo negociados con un acuerdo reparatorio y este acuerdo no refleje el real daño que la empresa operadora causó.



Este temor existe actualmente en toda la administración pública. Por este motivo poco se puede hacer dentro del marco de la discrecionalidad, debido a que el funcionario puede resultar siendo investigado por la toma de decisiones que ha efectuado, pese a estar dentro de su discrecionalidad. Aquí la Contraloría de la República y los Órganos de Control Interno tendrían que contribuir en la mejora del sistema de enforcement del regulador.

Sin embargo, la identificación previa de casos en los que se puede aplicar enforcement del perdón o principio de oportunidad, el hecho que los equipos supervisores siempre actúan en conjunto y no uno solo (para evitar el riesgo de captura), el hecho de mantener un escalamiento que responde al comportamiento que tenga en el caso particular la empresa operadora y que todas las actuaciones estarán grabadas, monitoreadas y disponibles al público en general, son unas muestras de que nuestra propuesta puede enfrentar el miedo de ser investigado por la Contraloría y que por ello, se prefiera seguir con el esquema disuasorio.

Las ventajas, en cambio, son múltiples:

- Descongestión de expedientes de supervisión y de fiscalización. La mayoría de los casos son recurrentes y estos se pueden resolver sin tener que llegar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador. En muchos casos, se puede resolver, sin iniciar siquiera una acción de supervisión.
- Ahorro de tiempo. Al contar con una estrategia que responde de acuerdo al comportamiento de la empresa operadora, el Regulador contará con más tiempo, justamente para dedicarlo en investigar los casos severos, los que sí merecen que se les preste atención, porque en esos no sólo el regulador se enfocará, sino también el Agente Regulado. Por tanto estos procesos brindarán nuevas ideas, nuevos enfoques, más análisis jurídico y técnico. Con este esquema gana el operador y el regulador, y por tanto, la sociedad.

- Solución oportuna. Tanto la descongestión como la solución rápida evitando el Procedimiento Administrativo Sancionador tendrán un efecto positivo en el bienestar de los usuarios. Los beneficios van a ser palpables directamente por ellos, sobre todo en los casos en que las empresas operadoras, a efectos de mantener su reputación, implementen las propuestas del regulador o, cuando menos, se comprometan a cumplirlas en un lapso de tiempo dado. El incentivo es claro: si solucionan el problema oportunamente, ahorran los costos de un procedimiento sancionador y ganan un registro de buenas prácticas.
- Eficiencia. El Regulador despliega sus acciones de supervisión en el contexto más eficiente, sin gastar personal en procedimientos que posteriormente se caerían por aplicación de principios del Procedimiento Administrativo o porque no se goza de pruebas contundentes. También se observa la eficiencia cuando el regulador enfoca sus energías en resolver problemas que realmente impactan en el mercado y los usuarios, en lugar de tener sus fuerzas dispersas y sin control y planificación

## 10. EXPERIENCIAS EXITOSAS DE LA REGULACIÓN RESPONSIVA

Ochoa Mendoza (2016) ha demostrado como experiencia exitosa de un *enforcement* con enfoque responsivo, aquella estrategia que ha venido aplicándose en la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB) del INDECOPI, la cual ha logrado en menos de 3 años la eliminación voluntaria de más de 1000 regulaciones y trabas administrativas que afectaban, entre otros, el mercado de infraestructura en servicios públicos.

Cabe destacar que la estrategia que ha descrito Ochoa Mendoza ha logrado que en la CEB, entre los años 2013 y 2015, fueran reconocidos como un caso exitoso por parte del International Competition Network y el Banco Mundial en su reciente concurso de abogacía de la competencia a nivel mundial, especialmente por su impacto en sectores estratégicos para la

economía peruana, como el sector de infraestructura en servicios públicos, entre otros (Ochoa Mendoza, 2016).

La estrategia aplicada consiste en la coordinación con los agentes regulados para lograr el cumplimiento efectivo de la ley. Así, a partir del año 2013, ya con las nuevas potestades sancionadoras de la CEB, se desarrolló una estrategia de investigación y supervisión que contempló las siguientes 4 etapas:

**1. Etapa de evaluación y diagnóstico**, en la cual se realizaba la identificación de las regulaciones posiblemente ilegales.

**2. Etapa informativa y de persuasión**, en la cual, una vez identificado el incumplimiento se procedía a una apertura de comunicación.

Se recibía las respuestas feedback de las entidades, las cuales pueden clasificarse en:

- i. Respuestas de compromiso
- ii. Respuestas de adecuación:
- iii. Respuestas de negativa de mejora:

### **3. Etapa de diálogo y coordinación**

En el caso de las respuestas de compromiso, la CEB inició un seguimiento regulatorio que involucraba revisiones y coordinaciones telefónicas e incluso envío de nuevas comunicaciones, reiterando las posibles infracciones y recordando los compromisos de mejora.

### **4. Etapa responsiva por parte de la CEB**

En el caso de las respuestas que evidencian una negativa a adecuarse a la ley, la CEB disponía, según fuera el caso, el inicio de los procedimientos administrativo sancionador o “declarativo”

Al respecto es de mencionar que los beneficios de la estrategia responsiva han podido ser recogidos, en parte y de cierta forma, en el reciente Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas,

el cual contiene, respecto al enfoque responsivo las siguientes características:

1. *Implementación del Portal de Eliminación de Barreras Burocráticas*, donde estará la información sobre las decisiones de las barreras burocráticas. Ello contribuirá a que las entidades estatales antes de aplicar alguna barrera burocrática verifiquen si es que esta ya ha sido eliminada y por tanto barreras similares tendrán la misma suerte.
2. *Prevención y persuasión contra barreras burocráticas*:
  - a. Promoción de eliminación voluntaria de barreras burocráticas, por las entidades.
  - b. Ranking positivo y negativo (las entidades que más imponen barreras, las entidades que más eliminan barreras y las entidades que tienen medidas de prevención para evitar imponer barreras burocráticas).
  - c. *Abogacía legal anti barreras*: la CEB puede informar al congreso si hay una barrera en una norma con rango de Ley para que se elimine lo advertido.

Como se advierte, en el citado decreto legislativo se han implementado mecanismos dirigidos a que la CEB aplique una estrategia de aplicación de medidas alternativas a sancionar la irracionalidad de una barrera burocrática; esto es, medidas dirigidas a evitar que se implementen barreras irracionales, y buscar como aliados a los propios Agentes Regulados cuando se les propone incentivos, lo que es un atisbo de lo que se refiere la regulación responsiva, pero en esencia no es prominentemente dirigido a sancionar a las entidades que implementan o aplican barreras burocráticas.

## Título Quinto. ANÁLISIS DE RESULTADOS

### 1. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

- Conforme se desprende del análisis efectuado en los Títulos I y II del presente trabajo de investigación, el OSIPTEL mantiene un esquema de enforcement significativamente disuasivo, lo cual no puede significar que ello es incorrecto. Tampoco debe significar que los Agentes Regulados fueron sancionados injustamente.

Sin embargo, considerando que el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones ha crecido y complejizado sustantivamente, y al contrario, el presupuesto del OSIPTEL ha disminuido, es pertinente en nuestra opinión, adoptar medidas complementarias y eficientes, como por ejemplo, la implementación de un nuevo Proceso de Enforcement, basado en la Regulación Responsiva.

- Esta propuesta de *Enforcement* no anula las actividades que actualmente realiza el OSIPTEL, sino las refuerza y encamina para el uso eficiente de recursos. Si bien el OSIPTEL podría aplicar cualquier enfoque de *Enforcement* dependiendo del caso, se deberían elaborar directrices que permitan una respuesta eficaz y oportuna del Regulador.
- En la medida que el análisis empírico efectuado en la presente investigación permite evidenciar que la implementación de un Proceso de *Enforcement* basado en un esquema responsivo sería ventajoso para la prestación del servicio de telecomunicaciones, entonces se concluye que esta se debería llevar a cabo. De este modo, se contrasta la hipótesis y se acepta.

- Cabe destacar que para que la implementación de un esquema responsivo en materia de telecomunicaciones sea viable, requiere de la modificación de los textos legales actuales, de tal manera que permita la interacción entre las diversas áreas orgánicas del Regulador, a efectos de cumplir con los objetivos específicos con que cuenta.

## 2. RECOMENDACIONES

Se recomienda iniciar una propuesta legislativa para la actualización de la Ley 27336, Ley de desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL para la implementación de un de *enforcement* de Regulación Responsiva.



## BIBLIOGRAFÍA

- Aalders, M. V. (2003). Self-regulation and compliance with environmental law from a global perspective. (S. o. Research School CNWS, Ed.) Towards integrated environmental law in Indonesia?, 127, 21-36.
- Ángulo Arana, P. M. (2004). El principio de oportunidad en el Perú. Lima: Palestra.
- Arnaud, M. (2001). La transacción en materia administrativa en Francia. *Ius et Praxis*, VII(2), 187-207.
- Baldwin, R., & Black, J. (2007). Really Responsive Regulation. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1033322>
- Baldwin, Robert; Martin Cave & Martin Lodge. *Understanding Regulation*. 2012. Oxford U. Press, England. Segunda Edición.
- Bardach, Eugene, & Robert A. Kagan (1982) *Going by the book: The problem of regulatory unreasonableness*. Philadelphia, Temple University Press. <https://books.google.com.pe/books?id=VnJmf1PE-i8C&lpg=PP1&hl=es&pg=PA10#v=onepage&q&f=false>
- Becker, Gary (1968) *Crime and Punishment: An Economic Approach* en *Journal of Political Economy*, 76(2), 169-217.
- Benavides Vargas, R. R. (2002). *Problemática Jurídica en el Proceso Penal Peruano*. Lima: Oficina General del Sistema de Bibliotecas y Biblioteca Central UNMSM.
- Benavides Vargas, R. R. (2003). *Justicia Viva*. Recuperado el 30 de Junio de 2015, de <https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0CDYQFjAF&url=http%3A%2F%2Fwww.justiciaviva.org.pe%2Fjvn%2F07%2Fart%2Farti1.doc&ei=ehCTVcfnNcSrNuqyfgG&usg=AFQjCNElqyBxENBvzkvHc3zO6nNVJ2u0pA&sig2=zo9rRfq7Hd9QUnM2MyYU0A>

- Benavides Vargas, R. R. (n.d.). El principio de oportunidad. Retrieved from Justicia Viva: [www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/art/arti1.doc](http://www.justiciaviva.org.pe/jvnn/07/art/arti1.doc)
- Bonifaz Hernández, J. L., & Montes Tapia, K. (2015). Teoría del Enforcement y el uso de instrumentos económicos para fomentar el cumplimiento de la Ley. XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública (pp. 1-16). Lima: Presidencia del Consejo de Ministros.
- Braithwaite, J. (2002). Restorative Justice & Responsive Regulation. New York : Oxford University Press, Inc.
- Braithwaite, J. (2004). Restorative Justice and De-Professionalization. *The Good Society*, 13(1), 28-31.
- Braithwaite, J. (2011). The essence of Responsive Regulation. *UBC Law Review*, 475-520.
- Braithwaite, J., & Ayres, I. (1992). Responsive regulation: Transcending the deregulation debate. New York: Oxford University Press, Inc.
- Braithwaite, V. (2007). Responsive Regulation and Taxation: Introduction. *Law & Policy*, 29(1), 3–10. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9930.2007.00242.x>
- Braithwaite, J. (2016). Responsive Excellence. In C. Coglianese, *Achieving Regulatory Excellence* (pp. 23-35). Washington, D.C.: Brookings Institution Press.
- Breyer, S. (1990). *Regulation and Deregulation in the United States: Airlines, Telecommunications and Antitrust*. Londres: Pinter Publishers.
- Campbell Black, H. (1995). *Law Dictionary*. Retrieved abril 9, 2017, from Google Books:  
[https://books.google.com.pe/books?id=PNQgVoT2\\_aQC&dq=law+dictionary&q=responsive#v=snippet&q=responsive&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=PNQgVoT2_aQC&dq=law+dictionary&q=responsive#v=snippet&q=responsive&f=false)
- Carbonell, M. (2011). El Ministerio Público en la reforma constitucional de 2008. *La situación actual del sistema penal en México*, 79-92.



- Carmargo Chona, H., Morales Peinado, L., & Osuna López, W. (2010). La implementación del principio de oportunidad en la legislación penal coombiana. *Justicia Juris*, 79-92.
- Centro de Libre Competencia. (n.d.). El derecho de la competencia en Colombia. Retrieved from Centro de Libre Competencia: [http://www.lcuc.cl/documentos\\_down/mapa/colombia.pdf](http://www.lcuc.cl/documentos_down/mapa/colombia.pdf)
- Chaname Orbe, R. (2012). *Diccionario Jurídico Moderno* (Octava ed.). Lima: Adrus.
- Colpaert Robles, R. J. (2011). El principio de oportunidad en el Nuevo Código Procesal Peruano. *Revista de la Corte Superior de Justicia de Tacna*, 1-14.
- Culebro M., J. E., & González Laporte, C. (2013). Regulación y evolución de organismos reguladores en telecomunicaciones. *Gestión y Política Pública*, 45-83.
- De Cock Buning, M., Ottow, A., & Vervaele, J. (2014). Regulation and Enforcement in the EU: Regimes, Strategies and Styles. *Utrecht Law Review*, 10(5), 1-8.
- Demsetz, H. (1968). Why Regulate Utilities? (T. U. Press, Ed.) *Journal of Law and Economics*, 55-65. Retrieved Mayo 5, 2008, from <http://www.jstor.org/stable/724970>
- Española, R. A. (2017, abril 4). *Diccionario de la lengua española*. Retrieved from <http://dle.rae.es>
- Falla Jara, A. (2009). ¿Zanahoria o garrote: de qué depende? De los estilos de enforcement de la regulación. In U. P. Aplicadas, *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General* (pp. 487-526). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- Friedman, David (2000) *Delincuentes racionales y policía maximizadora de beneficios. El análisis económico de las leyes y de su cumplimiento. Economía y sociedad*, Cambridge University Press, 57-71.

- Garoupa, N. (2014). Análisis Económico del Derecho de Enforcement y Regulación. In A. Hostia Cardeña (Ed.), Conferencia Magistral: Análisis Económico del Derecho. 48, pp. 142-150. Lima: Revista ius et veritas.
- Gonzales Poma, C. A. (2008). El principio de oportunidad en el proceso penal Ecuatoriano. Cuenca: Universidad del Azuay.
- Gordillo, A. (2009). La defensa del usuario y del administrado (Novena ed.). Buenos Aires: F.D.A.
- Grando, J. H. (2003). Algunas consideraciones sobre la potestad sancionadora de la administración de Argentina. Retrieved from Universidad nacional del Nordeste: <http://www.unne.edu.ar/unnevieja/Web/cyt/cyt/2003/comunicaciones/01-Sociales/S-049.pdf>
- Guiloff Titiun, Matías & Soto Delgado, Pablo (2015) Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: una mirada desde la regulación responsiva. La Ley, Thomson Reuters, 101-124
- Gunningham, Neil (2007) Mine safety: Law, regulation, policy. Sydney, The Federation Press.
- Harrison, K. (1995), Is cooperation the answer? Canadian environmental enforcement in comparative context. J. Pol. Anal. Manage., 14: 221–244. doi:10.2307/3325151
- Hutter, Brigdet M. (1997) Compliance: regulation and environment. Oxford, Socio-Legal Studies. Citado por (Falla Jara, 2009).
- Kagan, R. A. (1989). Editor's Introduction: Understanding Regulatory Enforcement. Law & Policy, 11(2), 89-119. Retrieved from <http://dx.doi.org/10.1111/j.1467-9930.1989.tb00022.x>
- Lehmann Nielsen, V., & Parker, C. (2009). Testing Responsive Regulation in regulatory enforcement. Regulation and Governance, 3(4), 376–399. doi:10.1111/j.1748-5991.2009.01064.x

- Lelah, A., Bauer, T., & Brissaud, D. (2015). PSS Characterisation of Telecom Offerings. *Procedia CIRP*, 30, 78–83. <https://doi.org/10.1016/j.procir.2015.02.019>
- Loaiza Flower, R. (2016). *Evolución del mercado de las telecomunicaciones en el Perú*. Lima: OSIPTEL.
- Malik, A. S. (2014). The Desirability of forgiveness in regulatory enforcement. *J Regul Econ*, 46, 1-22. doi:10.1007/s11149-014-9254-y
- May, P. J., & Winter, S. (2000). Reconsidering Styles of Regulatory Enforcement: Patterns in Danish Agro-Environmental Inspection. *LAW & POLICY*, 22(2), 143-173.
- McAllister, L. K. (2008). Enforcement Style in the Global South. *The Virtues & Vices of Legalism – A Conference Honoring the Work of Robert A. Kagan* (pág. 17). Berkeley, CA: Berkeley. Recuperado el 11 de marzo de 2017, de <https://www.law.berkeley.edu/files/McAllisterpaperforKaganpdf.pdf>
- Melgar Córdova, E. (2014). ¿Un error lo comete cualquiera? Implicancias de los errores de condena sobre el nivel de disuasión en los procedimientos administrativos sancionadores. *Revista de Derecho Administrativo*(20), 57-122.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). *Protocolo de mecanismos de negociación y solución del conflicto penal*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). *Protocolo del principio de oportunidad*. Lima: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/a62e1f80443d430b8dafddeb309de3e9/Protocolo+de+principio+de+oportunidad.pdf?MOD=AJPERES&CA-CHEID=a62e1f80443d430b8dafddeb309de3e9>.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2015). *Guía práctica sobre el procedimiento administrativa sancionador*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos .

- Moron Urbina, J. C. (2016). La Terminación Convencional del Procedimiento Sancionador: la Administración concertada en materia sancionadora. RDA 16, 367-387.
- Morón Urbina, J. C., Danós Ordóñez, J., Martín Tirado, R., & Huapaya Tapia, R. (2012). Temas sobre Derecho Administrativo Económico y el Régimen de Concesiones en nuestro país. *Ius Et Veritas*, 42, 392-419.
- Northcote Sandoval, C. (2013). El procedimiento administrativo sancionador. *Aempresarial*(273), X1-X4.
- Ochoa Mendoza, F. (2016). ¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos. *Derecho PUCP*, 151-180.
- Oded, S. (2010). Enforcement Strategies, Compliance Programs, and the Intermediary Gatekeepers. Meeting of the American Law and Economics Association. Session 52: Crime, Labor, Health 6 (pág. 43). Nueva Jersey: Woodrow Wilson School, Princeton University.
- OSIPTEL. (2002, agosto). Marco normativo de los aportes por regulación. Retrieved from Portal Institucional del OSIPTEL: [https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Ago2002marco\\_normativo\\_aportes.pdf](https://www.osiptel.gob.pe/Archivos/Publicaciones/Ago2002marco_normativo_aportes.pdf)
- OSIPTEL. (2015, octubre 1). Ingresos del sector móvil. Retrieved from Portal Institucional del OSIPTEL: <http://www.osiptel.gob.pe/noticia/ingresos-del-sector-movil-son-el-22-del-pbi-mundial>
- OSIPTEL. (2016, Diciembre). Plan Operativo Institucional 2017. Retrieved from Portal Institucional del OSIPTEL: <https://www.osiptel.gob.pe/repositorioaps/data/1/1/1/par/poi-2017/POI-2017.pdf>
- OSIPTEL. (2016, mayo 12). Indicadores de televisión de paga. Retrieved from Portal Institucional del OSIPTEL:

<http://www.osiptel.gob.pe/documentos/7-indicadores-de-television-de-paga>

Recurso de agravio constitucional interpuesto por COTECNA INSPECTION S.A contra la sentencia de la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N.º 05503-2007-PA/TC (Tribunal Constitucional 08 18, 2008).

Riveros-Barragán, J. D. (2008). Reflexiones teóricas y prácticas sobre los acuerdos de culpabilidad y el principio de oportunidad en la Ley 906 de 2004. Montevideo, Universitas, (116), 173-200.

Roxin, C. (1997). Derecho Penal, Parte General. (L. P. otros, Trans.) Madrid: Civitas.

Salas Beteta, C. (2004). Principio de Oportunidad. Derecho y Cambio Social, <http://www.derechoycambiosocial.com/revista002/oportunidad.htm>. Retrieved from Derecho y Cambio Social .

Scholz, J. T. (1984), Voluntary Compliance and Regulatory Enforcement. Law & Policy, 6: 385–404. doi:10.1111/j.1467-9930.1984.tb00334.x

Six, F. E. (2012, junio 27). Trust in responsive regulation theory: a critical appraisal from a trust perspective. (V. U. Amsterdam, Ed.) Regulation & Governance, 18. Retrieved abril 1, 2017, from <http://regulation.upf.edu/exeter-12-papers/Paper%20044%20-%20Six%202012%20-%20Trust%20in%20Responsive%20Regulation%20Theory.pdf>

Smith, M. d. (n.d.). Teleología Jurídica, Elisa A.

Stigler, George (1974) The Optimum Enforcement of Laws. The Journal of Political Economy 78, 526-536.

Suárez Tapia, M. J. (2013). El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal pública. Ecuador: Universidad de las Américas.

- Torres Quirama, M., & Alonso, A. P. (2006). El principio de oportunidad del Nuevo Sistema Penal Acusatorio y su aplicación en la ciudad de Manizales. Manizales: Universidad de Manizales.
- Vado Grajales, L. O. (2006). Medios alternativos de solución de conflictos. In D. Cienfuegos Salgado, & M. C. Macías Vásquez, Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano (pp. 369-389). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vicente Montes, F. (2015, agosto 17). Potestad Sancionadora y Procedimiento Administrativo Sancionador. Retrieved from Colegio de Abogados de Lima: [http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/potestad\\_sanci.pdf](http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/potestad_sanci.pdf)
- Vilchez Chinchayan, R. H. (2012). Precisiones dogmáticas sobre el Principio de oportunidad y su aparente fracaso en el Ordenamiento jurídico peruano. Ita Ius Esto, 243 - 259.
- Wood, C., Ivec, M., Job, J., & Braithwaite, V. (2010). Applications of responsive regulatory theory in Australia and overseas. Australia: Regulatory Institutions Network.