

Las garantías formales de la regulación tarifaria

(En particular en el régimen peruano de las telecomunicaciones)

Gerardo Soto Carrillo*

En el presente artículo el autor, partiendo de la clasificación de los servicios de telecomunicaciones y la normativa vigente, realiza un interesante análisis de las garantías, formalidades y mecanismos de tutela presentes en el procedimiento de fijación de tarifas dentro del sector telecomunicaciones.

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda uno de los principales aspectos de la regulación económica es aquél referido al establecimiento del régimen tarifario aplicable a las empresas sujetas a la regulación.

Innumerables estudios, desde la perspectiva jurídica y sobre todo económica, han analizado las características de los esquemas regulatorios utilizados para la determinación de las tarifas de aquellas actividades que utilizan infraestructuras en red, y que en Perú y otros países denominamos **servicios públicos** (como la telefonía, servicios de saneamiento o distribución eléctrica).

En el presente artículo no se analizarán los temas directamente involucrados con la determinación del monto o valor de las tarifas establecidas administrativamente. En relación con dichos temas los distintos regímenes legales establecen parámetros de actuación del regulador y el ámbito de su discrecionalidad (de existir), principalmente, respecto de las metodologías específicas que puede utilizar. El respeto a dichos límites, conjuntamente con la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión, constituye lo que denomino las **garantías sustantivas** del régimen tarifario.

A su vez, los diversos marcos regulatorios también establecen obligaciones que el regulador o la entidad estatal encargada de establecer las tarifas debe cumplir como parte del procedimiento de determinación tarifaria. Estas obligaciones tienen como función no solo legitimar la actividad estatal dotándola

de marcos de transparencia y participación ciudadana, sino que también constituyen un conjunto de reglas que aseguran un debido proceso, o un **debido procedimiento administrativo**, cuyo incumplimiento, normalmente, determinará la nulidad del acto administrativo tarifario. Este conjunto de obligaciones constituye las **garantías formales** del régimen tarifario. El presente trabajo describirá este tipo de obligaciones aplicables al sector de servicios públicos de telecomunicaciones.

Previamente a la descripción de este régimen, es necesario precisar algunos conceptos que serán utilizados en nuestro análisis posterior.

La tarifa es el precio que el usuario paga por la prestación de un servicio público¹. Se considera superada la concepción de la tarifa como una tasa, generada por la potestad tributaria estatal². Las tarifas son precios, siendo, en principio, irrelevante para el presente estudio si las mismas tienen carácter privado, contractual, reglamentario, de acto administrativo o mixto. Sin negar que dicha calificación pueda tener efectos importantes, ello dependerá del régimen jurídico particular bajo el cual opere el servicio.

La regulación es una opción administrativa. Es el Estado el que decide establecer regulación tarifaria respecto de cierto sector de actividad económica. Debido a ello, en dicho sector no opera la totalidad de las reglas de mercado y las decisiones de los agentes económicos se ven limitadas, en gran medida, por los contornos de regulación fijados estatalmente.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Payet, Rey, Cauvi Abogados.

1 VILLAR ROJAS, Francisco José. «Tarifas, tasas, peajes y precios administrativos (Estudio de su naturaleza y régimen jurídico)» Comares: Granada, 2000 p. 234.

2 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. «Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos» En: Revista de Administración Pública N° 12, setiembre - diciembre 1953 p. 129 - 157.

Luego que en determinado país se ha elegido regular cierta actividad, se debe decidir el esquema regulatorio específico que determine el nivel de precios. Los esquemas regulatorios principales son los siguientes³: (i) Regulación por costos (tasa de retorno), (ii) Regulación por precios tope, (iii) Regulación por comparación y (iv) Regulación por ingresos tope.

Luego de haber establecido el nivel de precios, pueden utilizarse diversas estructuras de precio, como el uso de tarifas no lineales, los precios pico (*peak-load pricing*) o la discriminación de precios⁴.

II. EL RÉGIMEN GENERAL

En el Perú rige actualmente la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 13-93-TCC⁵. El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones fue aprobado por el Decreto Supremo N° 06-94-TCC. En la actualidad luego de numerosas modificaciones, existe un texto único ordenado aprobado por el Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, publicado el 04 de julio de 2007. Este Reglamento no contiene disposiciones relevantes en materia tarifaria.

La Ley de Telecomunicaciones establece que la función de fijar tarifas para servicios públicos de telecomunicaciones corresponde al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL⁶. Se genera así una primera garantía del procedimiento tarifario: es el regulador y no las entidades políticas del Estado (Ministerios) el competente para establecer la tarifa.

La Ley N° 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos⁷ (en adelante «Ley Marco») establece que una de las funciones de los organismos reguladores –entre ellos OSIPTEL– es la **función reguladora**, consistente en la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia. La Ley Marco denomina

función reguladora a lo que tradicionalmente se conoce como potestad tarifaria.

Las normas citadas implican que cualquier acto emitido por una entidad distinta a OSIPTEL, que pretenda establecer tarifas en el sector telecomunicaciones, será nulo.

Esta opción por el establecimiento de un organismo técnico especializado que no depende jerárquicamente de un Ministerio, es un mecanismo utilizado por países que no cuentan con un sistema institucional que asegure credibilidad al inversionista. Se entiende que esta estructura reduce el riesgo de que las rentas del inversionista sean expropiadas a través de reducciones no decididas a nivel técnico, sino a nivel político⁸.

La Ley de Telecomunicaciones señala también un marco genérico para el ejercicio de la función tarifaria de OSIPTEL. Su artículo 67° dispone:

«Artículo 67°.- Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones, pueden establecer libremente las tarifas que prestan, siempre y cuando no excedan del sistema de tarifas tope que establezca el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones. Compete a este organismo diseñar y aprobar el sistema de tarifas tope aplicable. En caso que el contrato de concesión establezca un criterio tarifario determinado, éste será el aplicable. El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones puede optar por no establecer tarifas topes cuando por efecto de la competencia entre empresas se garantice una tarifa razonable en beneficio del usuario.»⁹

Esta disposición es prácticamente repetida tanto por el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM¹⁰, como por

- 3 Una descripción de estos esquemas puede encontrarse en VOGELSANG, Ingo «Optimal price Regulation for Natural and Legal Monopolies» Paper prepared for CIDE Seminal on Structural Reform and Regulation in the Energy Sector, mimeo, 1998.
- 4 La diferencia entre nivel y la estructura de tarifas es descrito por BIANCHI: «En el proceso de análisis de la tarifa, han de distinguirse dos aspectos diferentes: (a) la determinación [nivel] de la tarifa y (b) la estructura o composición de la tarifa. El primero de ellos tiene como objetivo principal establecer los criterios o métodos que se seguirán para fijar el monto total de la remuneración que recibirá el concesionario. El segundo consiste en determinar qué tasa o precio unitario se aplicará a cada usuario por el servicio o los servicios que reciba.» BIANCHI, Alberto B. «La tarifa en los servicios públicos (*del rate of return al price-cap*)» En: Contratos administrativos. Universidad Austral: Buenos Aires, 2000 p. 508
- 5 El T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones recoge las disposiciones originales del Decreto Legislativo N° 702, de noviembre de 1991, y sus modificaciones.
- 6 «Artículo 77.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, es un organismo público (...) cuyas funciones fundamentalmente son las siguientes: (...) 5) Fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.»
- 7 Publicada el 29 de Julio de 2000, modificada por las Leyes N° 27631 y N° 28337.
- 8 Sobre este tema puede consultarse: LEVY, Brian y Pablo SPILLER «A framework for resolving the regulatory problem» En: «Regulations, Institutions and Commitment» Cambridge University Press, 1996 y GUASCH, José Luis y Pablo SPILLER «Managing the Regulatory Process: Design, Concepts, Issues, and the Latin America and Caribbean Story» Banco Mundial, 1999
- 9 Los artículos 67° y 77° del T.U.O. de la Ley de Telecomunicaciones tienen su origen en el texto de los artículos 71° y 80° del Decreto Legislativo N° 702 del 05 de noviembre de 1991. Desde su vigencia, la legislación le otorga al OSIPTEL la función de fijar tarifas.
- 10 «Artículo 32°.- Regulación de Tarifas. Las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado. Sin perjuicio de lo

los Lineamientos aprobados por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, tanto en su versión del Decreto Supremo N° 020-98-MTC como en el vigente Decreto Supremo N° 003-2007-MTC¹¹.

En el caso particular de OSIPTEL, aun cuando puede regular tarifas tope, ello no implica que determine el precio a ser pagado por el usuario del servicio, en la medida que es la empresa concesionaria la que establece el precio, no pudiendo exceder el valor de la tarifa tope fijada por el regulador.

2.1 Clasificación de servicios

La Ley de Telecomunicaciones, siguiendo el esquema de la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones española de 1987, clasifica los servicios de telecomunicaciones bajo dos perspectivas: a) perspectiva técnica y b) por su uso.

Desde la primera, los servicios de telecomunicaciones se clasifican en:

1. Portadores: proporcionan la capacidad necesaria para el transporte de señales que permiten la prestación de servicios finales, de difusión o de valor añadido. Dentro de esta categoría se incluyen los servicios denominados **arrendamiento de circuitos**. Este tipo de servicios permite, por ejemplo, conectar las diversas locaciones de una empresa sin necesidad que sus comunicaciones se transmitan a través de la red pública (telefónica) o permite conectar a los bancos con sus cajeros automáticos.
2. Finales o teleservicios: proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios. El ejemplo típico es la telefonía, sea fija o móvil.
3. Difusión: la comunicación se realiza en un solo sentido hacia varios puntos de recepción. Son servicios de difusión la televisión, la radio y el servicio de televisión de abonado.
4. Valor añadido: Utilizan como soporte los servicios portadores, finales o de difusión, añadiendo algu-

nas características al servicio base. Algunos ejemplos son el fax y el servicio de correo electrónico.

Por su uso, los servicios de telecomunicaciones se clasifican en:

1. Públicos: los que se encuentran a disposición del público en general a cambio de una contraprestación. Los servicios portadores son siempre públicos.
2. Privados: para necesidades propias.
3. Privados de interés público: incluye a la televisión abierta y la radio.

Solo los servicios públicos de telecomunicaciones se encuentran bajo el ámbito de competencia de OSIPTEL.

Adicionalmente, es pertinente señalar que los prestadores de servicios públicos de valor añadido establecen sus precios libremente y no pueden ser objeto de regulación tarifaria¹².

2.2 Servicios bajo régimen regulado y bajo régimen supervisado

Con la finalidad de facilitar su función tarifaria, OSIPTEL ha aprobado un Reglamento General de Tarifas¹³ en el cual describe dos regímenes aplicables:

1. Régimen Tarifario Supervisado: Régimen tarifario bajo el cual las empresas operadoras pueden establecer y modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que presten, sin encontrarse sujetas a tarifas tope, y determinándolas únicamente de acuerdo a la oferta y la demanda.

Este régimen es aplicable de manera general a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, sin perjuicio de que posteriormente OSIPTEL pueda decidir establecer tarifas tope.

2. Régimen Tarifario Regulado.- Régimen tarifario bajo el cual las empresas concesionarias pueden fijar y

establecido en el párrafo precedente, OSIPTEL podrá fijar diferentes modalidades de tarifas tope para determinados servicios públicos de telecomunicaciones, prestados por empresas operadoras. Las tarifas tope son aquellas que no pueden ser superadas por las tarifas que establezcan las empresas concesionarias. OSIPTEL puede desregular las tarifas si verifica condiciones de competencia efectiva entre las empresas operadoras, que garanticen una tarifa razonable en beneficio del usuario. Las disposiciones y criterios tarifarios que se hubiesen establecido en los contratos de concesión, serán aplicables a las empresas titulares de los mismos.»

11 «Artículo 4°.- Tarifas. (...) 2. Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones pueden establecer libremente las tarifas que prestan, siempre y cuando no excedan del sistema de tarifas tope que establezca OSIPTEL, de ser el caso. Con esta finalidad, todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones tendrán la obligación de informar a OSIPTEL sus tarifas, sean éstas sus tarifas establecidas, planes tarifarios, ofertas, promociones y descuentos.»

12 Ley de Telecomunicaciones: «Artículo 68°.- La fijación de precios por la prestación de servicios de valor añadido es libre y se regula por la oferta y la demanda.»

13 Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL, publicada el 01 de diciembre de 2000. Ha sido modificada por la Resolución N° 048-2002-CD/OSIPTEL, publicada el 19 de setiembre de 2002 y por la Resolución N° 058-2005-CD/OSIPTEL, publicada el 01 de octubre de 2005.

modificar libremente las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones que presten, sin poder exceder las tarifas tope que hayan sido fijadas en sus respectivos contratos de concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSIPTEL.

Solo la empresa Telefónica del Perú S.A.A. se encuentra sujeta al régimen tarifario regulado en la actualidad. Más adelante describiremos el régimen tarifario aplicable a esta empresa.

III. LAS GARANTÍAS FORMALES DEL PROCEDIMIENTO TARIFARIO

Actualmente las principales garantías formales aplicables en el procedimiento tarifario se encuentran en la Ley N° 27838 **Ley de transparencia y simplificación de los procedimientos regulatorios de tarifas**¹⁴ y en la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, norma de OSIPTEL que, desarrollando dicha ley, establece el procedimiento tarifario específico aplicable para servicios públicos de telecomunicaciones¹⁵ (en adelante **Reglamento de Procedimiento Tarifario** o **RPT**).

Sin embargo, la mayoría de las garantías formales que describiremos se encontraban establecidas en normativa previa del sector y en el Decreto Supremo N° 124-2001-PCM, derogado por la Ley N° 27838, que contenía casi la totalidad de garantías recogidas en esta última norma. En aplicación del Decreto Supremo N° 124-2001-PCM OSIPTEL emitió la Resolución N° 005-2002-CD/OSIPTEL, hoy derogada por el Reglamento de Procedimiento Tarifario.

3.1 Órganos competentes

En la actualidad no existe norma con rango de ley que determine el órgano de OSIPTEL competente para establecer las tarifas.

Sin embargo, el Reglamento General de OSIPTEL dispone que la función reguladora (léase, función de establecer tarifas tope) es competencia de su Con-

sejo Directivo¹⁶. Ello también ha sido establecido en el Reglamento de la Ley Marco, el Decreto Supremo N° 042-2005-PCM¹⁷, e incorporado en el RPT.

El Consejo Directivo de OSIPTEL se encuentra conformado por cinco miembros, designados a propuesta de diversos sectores del Poder Ejecutivo¹⁸. Uno de ellos es representante de la sociedad civil. Esta conformación es análoga para los Consejos Directivos de los otros organismos reguladores¹⁹.

En el Sector Telecomunicaciones, el hecho de otorgar competencia al Consejo Directivo de OSIPTEL para emitir las resoluciones tarifarias genera mayores niveles de transparencia, debido a que normas propias de dicho regulador establecen que debe publicarse en su página web institucional diversa documentación relacionada con las sesiones de su Consejo Directivo²⁰. En particular, deben publicarse:

«a) La agenda de las sesiones del Consejo Directivo con los puntos a tratar. (...) La referida información deberá publicarse cuando menos con un día hábil de anticipación a la realización de la sesión correspondiente, salvo el caso de las sesiones de urgencia a que se contrae el numeral 98.2 del artículo 98° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, en el que la publicación deberá hacerse al día hábil siguiente de la realización de la misma. b) Las actas debidamente suscritas de las sesiones del Consejo Directivo. La referida información deberá publicarse dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la fecha de realización de la sesión de Consejo Directivo en la que se apruebe el acta correspondiente».

A diferencia del Organismo Supervisor de Inversión en Energía y Minería – OSINERGMIN, no existe para el caso del Consejo Directivo de OSIPTEL un quórum mínimo para decidir sobre las cuestiones tarifarias o sobre cualquier otra materia²¹. El quórum de asistencia a sesiones es la mitad más uno de sus miem-

14 Publicada en el diario oficial El Peruano el 04 de octubre de 2002.

15 Publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de diciembre de 2003.

16 «Artículo 29°.- Órgano Competente para el Ejercicio de la Función Reguladora. La función reguladora es competencia del Consejo Directivo del OSIPTEL y se ejerce a través de Resoluciones».

17 «Artículo 2°.- Funciones del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores. La función reguladora y la normativa general señaladas en los literales b) y c) del numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del Organismo Regulador.» Norma análoga se encontraba incluida en el artículo 1° del primer reglamento de la Ley Marco, el Decreto Supremo N° 032-2001-PCM.

18 La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo dispone que el nombramiento de los miembros de los Consejos Directivos de los organismos reguladores se realiza por concurso público.

19 Ley Marco: «6.2 El Consejo Directivo estará conformado de la siguiente manera: a) Dos miembros a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros, uno de los cuales será el representante de la sociedad civil. Uno de los miembros propuestos por la Presidencia del Consejo de Ministros preside el Consejo Directivo y tiene voto dirimente. b) Un miembro a propuesta del ministerio del sector al que pertenece la actividad económica regulada. (...) c) Un miembro a propuesta del Ministerio de Economía Finanzas; y, d) Un miembro a propuesta del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.»

20 «Disposiciones que regulan la transparencia de OSIPTEL y sus Directores, Funcionarios y Servidores», aprobadas por Resolución de Consejo Directivo N° 018-2007-CD/OSIPTEL, publicada el 28 de abril de 2007.

21 En el caso de Osinergmin, el artículo 56° de su Reglamento General aprobado por Decreto Supremo N° 054-2001-PCM establece que para aquellos casos relacionados con tarifas el quórum del Consejo Directivo es de cuatro miembros hábiles.

bros hábiles²². Es decir, en un ejemplo extremo, si solo se ha nombrado a dos miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL, para reunir el quórum requerido es necesario que asistan los dos miembros designados²³ ²⁴. Puede entonces tomarse la decisión con la presencia de solo dos miembros. Lo importante es que aun en esta circunstancia, la decisión es emitida por el Consejo Directivo y no por otro órgano, preservándose el carácter colegiado de la decisión²⁵.

El Reglamento General de OSIPTEL establece que, en situaciones en las cuales no es posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, el Presidente del Consejo Directivo puede adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que son de competencia del Consejo. Aunque no se menciona de manera expresa, es necesario que en dichas circunstancias se sustente adecuadamente la imposibilidad de convocar al Consejo. En particular, una de estas situaciones puede producirse cuando es necesario y urgente dictar cierta medida, y los tiempos requeridos para la convocatoria del Consejo harían inviable su eficacia inmediata.

Existen adicionalmente otras garantías formales relacionadas con órganos competentes. El RPT detalla las competencias, dentro del procedimiento tarifario, del Consejo Directivo y establece las competencias de la Gerencia General y la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL. Dicho reglamento dispone que la Gerencia de Políticas Regulatorias «emite el informe técnico respecto a la fijación y/o revisión de tarifas tope» y que la Gerencia General «es el órgano de revisión y coordinación de las propuestas emitidas por la Gerencia de Políticas Regulatorias».

Por ende, si un procedimiento tarifario se encuentra sustentado en un informe emitido por un órgano de

OSIPTEL distinto a la Gerencia de Políticas Regulatorias, la decisión final será susceptible de ser anulada.

3.2 Determinación del procedimiento

La Ley N° 27838 estableció como obligación de los organismos reguladores, el que cada uno de ellos aprobara su procedimiento tarifario específico, en el cual debía señalarse, como mínimo²⁶:

- a) Los órganos (unidades orgánicas) que intervienen en el procedimiento tarifario.
- b) Las atribuciones de cada una de las unidades orgánicas.
- c) Los plazos para el pronunciamiento de las unidades orgánicas respecto de las materias de su competencia.
- d) Las fechas de las audiencias públicas programadas.
- e) La aplicación del recurso impugnatorio que puede ser interpuesto, el que se regirá por las disposiciones establecidas por la Ley N° 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG)– para el recurso de reconsideración.
- f) El flujograma correspondiente.

Como se ha señalado ya, OSIPTEL aprobó el RPT en cumplimiento de lo dispuesto por la ley citada.

El RPT define las etapas del procedimiento tarifario, distinguiendo entre aquél iniciado de oficio del iniciado a requerimiento de una empresa operadora. En realidad las etapas en ambos tipos de procedimiento son equivalentes.

La principal diferencia es que en el procedimiento a solicitud de parte, la empresa que requiere el inicio

22 El régimen de sesiones del Consejo Directivo de OSIPTEL se encuentra en los artículos 79° a 83° del Reglamento General de OSIPTEL siendo aplicables supletoriamente las disposiciones de la Ley del Procedimiento Administrativo General para órganos colegiados.

23 Esta norma es especial y prima sobre las generales incluidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la cual el quórum de órganos colegiados es «la mayoría absoluta de sus componentes». En el caso del Consejo Directivo de OSIPTEL su quórum se calcula respecto del número de miembros hábiles y no respecto del número de personas que deben conformar dicho órgano. En todo caso, cualquier interpretación sobre el particular debe considerar que el ordenamiento pretende que la decisión sea emitida por una pluralidad de personas, atendiendo a que ello genera un mecanismo de reducción de la probabilidad de error y que la deliberación puede enriquecer la decisión.

24 Siempre que alguno de ellos sea el Presidente del Consejo o el Vicepresidente, conforme lo señala el artículo 80° del Reglamento General de OSIPTEL.

25 BALDWIN y CAVE describen las razones que se han expresado en el entorno regulatorio para preferir decisiones colegiadas y no decisiones unipersonales: «A proposal, possibly more commonly put forward than any other, involves replacing the individual utilities regulator with a board, committee, or tribunal or establishing panels of knowledgeable persons (perhaps along the lines of non-executive directors) to assist the regulator. Proponents of reform argue that a board or committee structure will avoid the placing of weighty political pressures upon a single pair of shoulders; reduce the danger that regulators will feel vulnerable and behave defensively; create a sense that decisions follow internal debate; reduce unpredictable behaviour; and avoid the impression that individual whims have a place in regulation. A move to collegiate regulation, furthermore, is said to be liable to reduce any potential for corruption; to increase legitimacy and accountability; to quell the 'cult of personality' and stop personality clashes prejudicing discussions between regulators and regulated firms; to encourage continuity and stability of policy across changes in governments and regulators; to bring diversified experience to bear; and to spread the workload involved in regulating complex industries. Finally, such a reform, it is contended, replaces the 'rule of man' with the rule of law; and introduces the possibility of more transparency through the use of open deliberations at which interested parties may attend». BALDWIN, Robert y Martin CAVE «Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice» Oxford University Press, 1999 p. 323 - 324.

26 Artículo 3° de la Ley N° 27838.

del procedimiento debe adjuntar a su solicitud su propuesta de tarifas tope con los estudios sustentatorios correspondientes. Luego de que la Gerencia de Políticas Regulatorias verifica el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud, el Consejo Directivo emite una resolución dando inicio al procedimiento tarifario.

El procedimiento de oficio se inicia con una resolución del Consejo Directivo, la cual otorga a la empresa o empresas involucradas un plazo para la presentación de sus propuestas de tarifas con los estudios que la sustentan.

Las demás etapas son equivalentes en ambos tipos de procedimientos. En la etapa de evaluación, la Gerencia de Políticas Regulatorias analiza la información y los estudios presentados por la empresa, emitiendo un informe que, luego de su revisión por el Gerente General, se somete a la consideración del Consejo Directivo.

El Consejo aprueba la publicación del proyecto de resolución determinando la tarifa tope otorgando a los interesados un plazo no menor de veinte días calendario para la presentación de sus comentarios. Una vez recibidos los comentarios se realizan audiencias públicas, en las cuales se recogen comentarios adicionales.

Los comentarios son procesados y analizados por la Gerencia de Políticas Regulatorias, la cual –como se ha mencionado ya– emite un informe técnico que es revisado por la Gerencia General y sometido a aprobación final del Consejo Directivo, el cual emite la decisión final pudiendo acoger o no acoger, motivadamente, las propuestas de la Gerencia de Políticas Regulatorias. (Ver el flujograma del procedimiento tarifario iniciado de oficio).

OSIPTTEL debe cumplir con cada uno de los pasos y etapas del procedimiento administrativo tarifario. De no hacerlo, en la medida que las afectaciones sean relevantes, se habrá producido una violación al derecho constitucional al debido proceso²⁷, aplicable también a los procedimientos administrativos, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional²⁸.

3.3 Audiencias públicas y privadas

Desde su creación OSIPTTEL se caracterizó por utilizar el mecanismo de audiencias públicas, aunque legalmente no se encontrara obligado a convocarlas.

El Reglamento General de OSIPTTEL hace solo una breve mención a las audiencias públicas²⁹.

La Ley N° 27838 incluye la obligación de realizar audiencias públicas en procedimientos administrativos tarifarios³⁰. Su antecedente inmediato, el Decreto Supremo N° 124-2001-PCM, también contenía dicha obligación; sin embargo, la ley agrega una característica especial: las audiencias públicas deben ser descentralizadas.

La omisión de realizar la o las audiencias públicas correspondientes configura causal de nulidad de la decisión tarifaria.

El RPT ha establecido un sistema que desarrolla la obligación de realizar audiencias públicas descentralizadas. Su artículo 9° señala las reglas a aplicarse:

- a) Cuando se trate de una tarifa tope a aplicarse a un servicio que se presta en solo un Departamento de la República, la audiencia pública descentralizada será necesariamente realizada en dicho Departamento, preferentemente en su capital.

«Si un procedimiento tarifario se encuentra sustentado en un informe emitido por un órgano de OSIPTTEL distinto a la Gerencia de Políticas Regulatorias, la decisión final será susceptible de ser anulada.»

27 Constitución Política: «Artículo 139°.- Principios de la Administración de Justicia. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional».

28 Por todas, la sentencia del 16 de abril de 2003 emitida en el expediente 2050-2002-AA/TC: «En efecto, es doctrina consolidada de este Colegiado que el derecho reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución no solo tiene una dimensión, por así decirlo, «judicial», sino que se extiende también a sede «administrativa» (...).»

29 «Artículo 7°.- Principio de Transparencia. Toda decisión de cualquier órgano funcional del OSIPTTEL deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones del OSIPTTEL serán debidamente motivadas y los proyectos de decisiones normativas y/o regulatorias serán además previamente publicadas para recibir opiniones del público en general. Se excluye de esta obligación aquellas decisiones que por su urgencia o necesidad, el Consejo Directivo determine que no queden sujetas al procedimiento de publicación previa. De ser pertinente, se realizarán audiencias públicas a fin de recibir opiniones de los administrados».

30 Ley N° 27838: «Artículo 7°.- Audiencias públicas. El Organismo Regulador está obligado, con anterioridad a la publicación de la Resolución que fija tarifas reguladas, a realizar audiencias públicas descentralizadas en la cual sustentarán y expondrán los criterios, metodología, estudios, informes, modelos económicos o dictámenes que servirán de justificación en la fijación de las tarifas reguladas. De todo ello quedará constancia en la parte considerativa de la referida Resolución. El mismo trámite debe seguirse en aquellos casos en los cuales se haya producido una variación en los criterios, metodología o modelos económicos utilizados».

Flujograma del procedimiento tarifario iniciado de oficio

- b) Cuando se trate de una tarifa tope a aplicarse a un servicio que se presta en dos o más Departamentos, pero que no cubre todo el territorio nacional, se realizarán dos audiencias públicas descentralizadas, de la siguiente forma: (i) una audiencia en el Departamento con mayor número de usuarios del servicio de que se trate y (ii) una audiencia en uno de los Departamentos restantes en los que se preste el servicio. El Departamento se seleccionará por sorteo entre aquellos que cuenten con mayor número de usuarios del servicio de que se trate, hasta un máximo de tres.
- c) Cuando se trate de una tarifa tope a aplicarse a un servicio prestado en todo el territorio nacional, se realizarán tres audiencias públicas descentralizadas, de la siguiente forma: (i) una audiencia en el Departamento con mayor número de usuarios del servicio de que se trate (este Departamento no será incluido en lo señalado en los siguientes numerales); (ii) una audiencia en uno de los siguientes Departamentos: Tumbes, Piura, Lambayeque, Cajamarca, San Martín, Amazonas, Loreto, Ucayali, La Libertad, Ancash, Huánuco, Pasco y Lima; y (iii) una audiencia en uno de los siguientes Departamentos: Ica, Junín, Huancavelica, Ayacucho, Apurímac, Cusco, Madre de Dios, Puno, Arequipa, Moquegua y Tacna. En los casos (ii) y (iii) precedentes, el Departamento se selecciona por sorteo entre aquellos tres que cuenten con mayor número de usuarios del servicio de que se trate.

En algunos sectores regulados la calificación de **descentralizadas** de la Ley significa que, si se trata de establecer tarifas para una empresa que opera en el departamento de La Libertad, la audiencia pública no puede realizarse en Lima, sino debe realizarse en La Libertad. Este sería el significado del calificativo.

En el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, la situación es distinta debido a que (i) el operador dominante tiene como área de concesión el territorio completo del país, (ii) casi la totalidad de empresas concesionarias del servicio portador de larga distancia también tienen como área de concesión al territorio nacional, y (iii) las operadoras de servicios móviles tienen esa misma área de concesión.

Por ello el RPT incluye las disposiciones citadas que aseguran una pluralidad de audiencias en los luga-

res que cuenten con mayor número de usuarios, pero a la vez generando mecanismos para que no sean siempre los mismos lugares, incluyéndose el mecanismo de división de los departamentos del país en dos grupos y eligiendo por sorteo, dentro de los que más usuarios tienen, aquél en el cual se realizará una de las audiencias descentralizadas.

Los requerimientos respecto de audiencias privadas tienen dos perspectivas: (i) asegurar el derecho de las empresas u organizaciones de usuarios que participan en el procedimiento tarifario a que el regulador las reciba para intercambiar opiniones y (ii) establecer la publicidad de la existencia de dichas reuniones. La Ley obliga al organismo regulador a publicar en su página web institucional los datos resumidos sobre las reuniones privadas que se hubieren desarrollado.

La finalidad de estos requerimientos es lograr una mayor transparencia evitando reuniones secretas entre el regulador y una de las partes involucradas, en perjuicio de la otra.

3.4 Motivación

Por los importantes efectos que generan en las empresas operadoras, pero sobre todo en los usuarios de los servicios, las decisiones regulatorias en general y las tarifarias en particular, deben encontrarse adecuadamente motivadas.

El derecho a obtener una decisión motivada constituye parte del derecho constitucional al debido procedimiento administrativo, tal como lo ha señalado el Tribunal Constitucional³¹.

Sin embargo, cabe señalar que la LPAG señala que la motivación parcial o insuficiente es un vicio no trascendente que, al ser enmendado, produce la conservación del acto administrativo.

Como hemos señalado, el procedimiento tarifario cuenta con una etapa en la cual se publica un proyecto de decisión para que los interesados realicen sus comentarios. Dicho proyecto, y no solo la decisión final del procedimiento, debe encontrarse debidamente sustentado. De no haber expresado el debido sustento del proyecto, el derecho a presentar comentarios u objeciones sería solo aparente, careciendo de contenido real. Los comentarios se dirigen principalmente al sustento expresado por el regula-

31 Sentencia del 02 de abril de 2007 emitida en el Expediente N° 9358-2006-AA/TC: «10. Sobre el particular el inciso 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, del Procedimiento Administrativo General, establece que forma parte del debido procedimiento administrativo el derecho del administrado a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Dicha motivación debe efectuarse en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico, en concordancia con lo establecido por el numeral 4) del artículo 3 de la citada ley. Asimismo el apartado 6.1 del artículo 6 de esta ley indica: «La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado». 11. En tal sentido, el derecho fundamental al debido procedimiento comprende el deber de la Administración de motivar sus resoluciones de manera que el justiciable pueda tener conocimiento de los criterios empleados para la toma de decisiones que se concretan en actos administrativos».

dor. Si éste no manifiesta de manera expresa su sustento, la etapa de comentarios al proyecto devendrá en inválida.

OSINERGMIN ha tenido oportunidad de enfrentarse a una situación como la descrita. Dentro del procedimiento de fijación de cargos de acometida del servicio de distribución de gas natural, el regulador publicó un proyecto de decisión tarifaria. En la etapa anterior del procedimiento la empresa regulada había presentado nuevas acometidas, ante lo cual el regulador contrató un consultor que se encargara de analizar el tema. Cuando publicó su proyecto de decisión, no incluyó el detalle de costos de las nuevas acometidas pues el consultor no había concluido su análisis. Esta situación fue cuestionada por la empresa, y el Consejo Directivo de OSINERGMIN declaró nula la publicación del proyecto alegando falta de motivación adecuada, disponiendo una nueva publicación³².

3.5 Publicación de proyecto y evaluación de comentarios

La validez de las normas que emite OSIPTEL está su-
bordinada a que la entidad publique un proyecto y

luego del análisis de comentarios emita la norma definitiva³³. Este régimen replica el mecanismo denominado **notice and comment** incluido en la Ley de Procedimiento Administrativo de Estados Unidos, aprobada en 1946, y utilizado para la emisión de normas por parte de entidades de la administración pública en ese país³⁴.

Este mecanismo ha sido extendido también a los procedimientos tarifarios. En efecto, el artículo 10° de la Ley N° 27838 establece la obligación de publicar un proyecto de decisión, así como la relación de documentos de sustento, todos ellos accesibles por cualquier persona, salvo cuando se trate de información confidencial.

El RPT establece que la información de sustento y los informes elaborados serán incluidos en la página web institucional de OSIPTEL al momento de publicación del proyecto.

El mecanismo comentado es de inmensa importancia debido a los intensos efectos de las decisiones tarifarias, tanto en el aspecto financiero de la empresa regulada como desde la perspectiva del gasto de los usuarios del servicio.

32 Resolución N° 410-2005-OS/CD, publicada el 05 de noviembre de 2005: «Que, el 9 de octubre del 2005 y mediante Resolución OSINERG N° 337-2005-OS/CD, el OSINERG, de acuerdo con las fechas establecidas en el referido proceso, efectuó la prepublicación del proyecto de Resolución que fija los Topes Máximos de Acometidas y sus Cargos de Mantenimiento y su Informe Técnico OSINERG-GART/DGN N° 029-2005; Que, en dicho proyecto de Resolución, se establecieron los costos de instalación de las ERM's y el costo de operación y mantenimiento para la ERM de Edegel S.A.A, basados en un análisis preliminar del consultor contratado, que no incluye el sustento en detalle de tales costos, debido a haber iniciado su asesoría recién en los días previos; Que, en tal sentido, el OSINERG no efectuó el suficiente sustento técnico de los costos de instalación de las ERM's y de los costos de operación y mantenimiento de Edegel S.A.A, lo cual es cuestionado por el Concesionario en su documento OC-JEQ-05-1751 del 21 de octubre con el que presentó sus comentarios a la Resolución OSINERG N° 337-2005-OS/C; documento en el que se señala que el OSINERG no incluyó el sustento de los costos de instalación de las ERM's y el costo de operación y mantenimiento para la ERM de Edegel S.A.A, apreciación que debemos considerarla correcta, originada sin embargo por el corto tiempo disponible para finalizar el sustento de caso; Que, conforme lo establece el inciso 4 del Artículo 3° de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, uno de los requisitos de validez de los actos administrativos lo constituye la debida motivación, en el sentido que el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico. A este respecto, el punto 6.1 del Artículo 6° de dicha norma dispone que la motivación debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acta adoptado; Que, de otro lado, el Artículo 10° de la norma citada, establece como una de las causales de nulidad en su inciso 2, el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere su Artículo 14°; (...) RESUELVE: Artículo 1.- Declarar la nulidad de oficio de la Resolución OSINERG N° 337-2005-OS/CD debiéndose retrotraer el Procedimiento Regulatorio para la Fijación de los Topes Máximos de Acometida y los Cargos para su Mantenimiento, aplicables al período 2005 - 2008 para la Concesión de Distribución de Gas Natural de Lima y Callao, a la etapa establecida en el ítem g) del Anexo I del procedimiento contenido en la Norma «Procedimiento para Fijación de Precios Regulados».

33 Reglamento General de OSIPTEL: «Artículo 27°.- Participación de los interesados. Constituye requisito para la aprobación de los Reglamentos, normas y disposiciones regulatorias de carácter general que dicte OSIPTEL, el que sus respectivos proyectos hayan sido publicados en el diario oficial El Peruano, con el fin de recibir las sugerencias o comentarios de los interesados. Se exceptúan de la presente norma los reglamentos considerados de urgencia, los que deberán, en cada caso, expresar las razones en que se funda la excepción. OSIPTEL tiene facultad discrecional para decidir respecto de la incorporación de las sugerencias recibidas. La presentación de sugerencias no tiene carácter vinculante, ni da inicio a un procedimiento administrativo. La mencionada publicación deberá contener lo siguiente: a) El texto completo del Reglamento, Norma y/o Regulación, que se propone expedir. b) Una Exposición de Motivos. c) El plazo dentro del cual se recibirán las sugerencias o comentarios escritos al mismo y, de considerarlo necesario, la fecha en la que se realizará la audiencia pública en la que se recibirán los comentarios verbales de los participantes. El plazo para la recepción de comentarios y la respectiva audiencia, cuando corresponda, no podrá ser menor de quince (15) días calendario contados desde la fecha de publicación o de la convocatoria».

34 Administrative Procedure Act (1946) § 553: «(b) General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include— (1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings; (2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and (3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved. Except when notice or hearing is required by statute, this subsection does not apply— (A) to interpretative rules, general statements of policy, or rules of agency organization, procedure, or practice; or (B) when the agency for good cause finds (and incorporates the finding and a brief statement of reasons therefor in the rules issued) that notice and public procedure thereon are impracticable, unnecessary, or contrary to the public interest».

Constituye una manifestación del derecho de defensa, aplicable a procedimientos administrativos; por lo que su omisión implica un estado de indefensión que acarrea la nulidad de los actos emitidos, incluso cuando esa omisión sea parcial.

Una situación de omisión parcial de un tema en un proyecto se produjo en el procedimiento tarifario de revisión de las tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (servicio portador) de Telefónica del Perú S.A.A.

En dicho procedimiento la empresa había propuesto una distribución de costos de 50% para el tramo variable y 50% para el tramo fijo, lo cual fue incluido en el proyecto publicado por OSIPTEL. Sin embargo, en la decisión que fijó las tarifas, el regulador modificó la asignación porcentual de costos a 27,2% para el tramo variable y 72,8% por el tramo fijo. El haber realizado esta modificación es lo que interesa resaltar a nuestros efectos, independientemente de los porcentajes citados.

La empresa impugnó la decisión, incluyendo como uno de sus argumentos el que no se le había otorgado la posibilidad de comentar la asignación final de 27,2% - 72,8%. OSIPTEL acogió esta argumentación y declaró fundada en parte la impugnación, dejando sin efecto la aplicación de tarifas que había determinado, hasta que se permitiera a la empresa comentar la nueva asignación de porcentajes y se emitiera una nueva decisión sobre el particular. El sustento del regulador fue expresado en la Resolución N° 030-2007-CD/OSIPTEL³⁵:

«4.5 Debido procedimiento y posibilidad de presentar comentarios antes de la decisión Telefónica señala que en el proyecto del OSIPTEL se incluyó su propuesta respecto de la distribución de costos (50% para el tramo variable y 50% para el tramo fijo), habiéndose variado dicha distribución en la resolución impugnada (27,2% por el tramo variable y 72,8% por el tramo fijo), sin posibilidad por parte de Telefónica de realizar comentarios.

Al respecto, este organismo considera pertinente señalar que el referido cambio se ha producido como consecuencia directa del proceso de consulta pública al que fue sometido el correspondiente proyecto regulatorio, conforme al Procedimiento establecido. (...) al emitir la Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL que estableció la decisión final del OSIPTEL sobre las tarifas del servicio de acceso ADSL, se realizó efectivamente un cambio en la distribución de costos que había sido utilizada en el proyecto, considerando que Telefónica sí había estado en posibilidad de

manifestar su posición respecto de los comentarios que motivaron el referido cambio.

No obstante, la regulación tarifaria aplicable a Telefónica constituye un caso particular, pues se trata de una empresa cuyos contratos de concesión contienen criterios y estipulaciones procedimentales especiales que el OSIPTEL debe observar al momento de ejercer su función regulatoria con respecto a las tarifas de los servicios prestados por dicha empresa, de acuerdo con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 67° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones.

De acuerdo con dicho marco normativo y contractual, este Consejo Directivo debe reconocer la exigibilidad de cumplimiento de los procedimientos regulatorios especiales estipulados en los contratos de concesión celebrados entre Telefónica y el Estado Peruano.

En tal sentido, resulta necesario adoptar las acciones pertinentes para permitir que Telefónica pueda contar con la posibilidad efectiva de presentar sus comentarios u objeciones sobre la referida variación en el cambio en la distribución de costos, en los plazos previstos en sus contratos de concesión, correspondiendo que el OSIPTEL evalúe tales comentarios u objeciones que presente dicha empresa, antes de emitir la resolución tarifaria final sobre las tarifas tope para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

Para tal efecto, debe declararse que a partir del 21 de marzo de 2007 –fecha de publicación de la resolución impugnada en el diario oficial El Peruano–, queda sin efecto el artículo 1° de la Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL y, acto seguido, debe disponerse que las tarifas tope que estaban contenidas en dicho artículo se notifiquen a Telefónica, de tal forma que la empresa pueda presentar sus comentarios u objeciones respecto al extremo referido a la distribución de costos que ha determinado los valores tarifarios previstos en el referido artículo.

En relación con ello, debe precisarse que los demás cuestionamientos sobre la supuesta subestimación de los costos reales de la red de Telefónica para brindar el servicio de acceso ADSL no estarán sujetos a nuevos comentarios por parte de Telefónica, toda vez que tales cuestionamientos ya han sido ampliamente discutidos en la presente instancia de revisión, habiendo sido desestimados (...).

35 Publicada el 09 de junio de 2007.

Dicha decisión evitó que posteriormente la empresa pudiera, probablemente de manera exitosa, cuestionar la determinación tarifaria efectuada en vía judicial.

Sin embargo, no cualquier situación acarreará la nulidad de la decisión tarifaria, sino solamente aquellas en las cuales se hubiere producido indefensión en el administrado. Si éste tuvo la posibilidad real de presentar sus comentarios al proyecto del regulador, no procederá una posterior alegación de indefensión^{36 37}.

Por supuesto, uno de los objetivos en el procedimiento tarifario debe ser que este tipo de alegaciones no sean esgrimidas con probabilidad de éxito, para lo cual dicho procedimiento debe cumplir con estándares muy estrictos de transparencia y de acceso público a la información de sustento.

3.6 Modificación de criterios

El organismo regulador, una vez iniciado un procedimiento de fijación o de revisión de tarifas tope, puede variar la metodología propuesta en un primer proyecto, siempre que otorgue a los interesados la posibilidad de comentar dichos cambios metodológicos por escrito, y además debe realizar la audiencia correspondiente (o una adicional si la propuesta de cambio se produce luego de una primera audiencia).

Este régimen se encuentra vigente desde la Ley N° 27838, la cual dispone:

«Artículo 4°.- (...) el Organismo Regulador deberá prepublicar, en su página web institucional y en el diario oficial El Peruano, el Proyecto de la Resolución que fije la tarifa regulada y una relación de la información a que se refiere el párrafo anterior, con una antelación no menor a 15 días hábiles (...)
Artículo 7°.- El Organismo Regulador está obligado, con anterioridad a la publicación de la Resolución que fija tarifas reguladas, a realizar audiencias públicas descentralizadas

en la cual sustentarán y expondrán los criterios, metodología, estudios, informes, modelos económicos o dictámenes que servirán de justificación en la fijación de las tarifas reguladas. De todo ello quedará constancia en la parte considerativa de la referida Resolución. **El mismo trámite debe seguirse en aquellos casos en los cuales se haya producido una variación en los criterios, metodología o modelos económicos utilizados»** (sin resaltado en el original).

Como se puede apreciar, a fin de que un organismo regulador pueda variar su metodología propuesta en el procedimiento, debe –según la ley citada– realizar nuevamente audiencias descentralizadas para explicar las variaciones.

El RPT, además de establecer la obligación de realizar audiencias públicas en caso de cambio de metodología, va aún más allá y señala que se debe publicar la propuesta de variación de manera previa a la audiencia³⁸. En el proyecto anterior a la aprobación del RPT, sólo se había incluido como requisito ante un cambio metodológico, el realizar una audiencia pública, sin embargo, la versión final incluyó mayores requisitos en atención a los comentarios efectuados por algunas empresas.

Se establece así un esquema de protección a los administrados que intervienen en el procedimiento, con la finalidad de que puedan comentar u objetar la propuesta del regulador y un posible cambio de metodología.

En el procedimiento tarifario de revisión del servicio portador de arrendamiento de circuitos de larga distancia que presta Telefónica del Perú S.A.A. a otras empresas de telecomunicaciones, OSIPTEL aplicó las normas citadas al haberse producido una variación de los criterios económicos utilizados en un primer proyecto, ordenando la publicación de un segundo proyecto para que los interesados pudieran realizar sus comentarios respecto de los nuevos criterios pro-

36 Aunque no en un procedimiento de regulación tarifaria, sino de determinación de cargos tope de interconexión, OSIPTEL ha tenido la oportunidad de manifestarse sobre este punto. En la resolución N° 007-2006-CD/OSIPTEL descartó un argumento de impugnación acreditando que no existió indefensión en el caso.

37 En relación con la indefensión y la nulidad, el Tribunal Constitucional Peruano ha señalado en su sentencia del 02 de julio de 2004 (Expediente N° 961-2004-AA/TC): «Que la finalidad de las nulidades procesales es asegurar la garantía constitucional de la defensa en juicio. Con suma claridad, Hugo Alsina ilustra este propósito mediante la fórmula «donde hay indefensión hay nulidad; si no hay indefensión no hay nulidad» [Maurino Alberto Luis, Nulidades Procesales, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2001, página 37]». Idéntico texto fue incluido en su sentencia del 07 de setiembre de 2004 (Expediente N° 2265-2003-AA/TC). Igual criterio ha sido asumido por la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de casación N° 3570-2002-UCAYALI y 1332-2003-UCAYALI, en las cuales se señala, respectivamente: «(...) la Corte Suprema en reiteradas ejecutorias ha precisado que la nulidad solo debe ser declarada cuando causa indefensión a las partes en litigio, lo que no ha ocurrido en autos debido a que este proceso se tramitó conforme al debido proceso (...)» y «(...) resulta un requisito básico para la declaración de la nulidad la existencia de un perjuicio del interesado, tal como reza la antigua máxima pas de nullite sans grief (no hay nulidad sin daño o perjuicio) y que en el caso de autos no se evidencia (...)».

38 RPT: «Artículo 10°.- Modificación de criterios. En casos en los cuales OSIPTEL considere necesario variar los criterios, metodologías o modelos económicos utilizados en el proyecto de resolución tarifaria publicado en El Peruano, se convocará a nueva Audiencia Pública. La propuesta de variación y su sustento correspondiente deberán ser publicados en El Peruano, como mínimo diez (10) días hábiles previos a la realización de la nueva audiencia pública».

«Se establece así un esquema de protección a los administrados que intervienen en el procedimiento, con la finalidad de que puedan comentar u objetar la propuesta del regulador y un posible cambio de metodología».

puestos, convocando a una nueva audiencia pública descentralizada³⁹.

3.7 Publicación de documentos de sustento

La Ley N° 27838 también dispone que los documentos de sustento de las decisiones tarifarias se encuentren a disposición de cualquier persona⁴⁰, debiéndose incluir en la página web y en la publicación en el diario oficial, una lista de los documentos de sustento.

El RPT establece un régimen con un mayor nivel de transparencia, al señalar que los documentos de sustento se publicarán en la página web institucional de

OSIPTEL, no restringiéndose a la publicación de una lista de dichos documentos.

Con ello el particular interesado no tiene que seguir el trámite formal requiriendo uno o más de los documentos de sustento. Ello genera ahorros tanto por parte del particular como por parte de OSIPTEL y agrega un elemento adicional de legitimidad al procedimiento tarifario.

Por supuesto, OSIPTEL se encuentra obligado a proteger la información confidencial de las empresas, por lo que ésta deberá ser suprimida de los documentos que se hagan públicos. La decisión calificando determinada información como confidencial debe encontrarse debidamente motivada.

3.8 Informes orales

En algunas decisiones emitidas en procedimientos tarifarios o relacionadas a temas tarifarios OSIPTEL ha denegado a la empresa involucrada poder realizar un informe oral antes de la emisión de la decisión⁴¹.

Ha sustentado su denegatoria principalmente en lo siguiente: (i) en el procedimiento administrativo es aplicable el principio de celeridad, (ii) a diferencia del proceso judicial en el procedimiento administrativo rige el principio de informalismo, (iii) el informe oral está vinculado al principio procesal de inmediación, el cual se atenúa o desaparece en el procedimiento administrativo y (iv) no existe etapa de **vista de la causa** en el procedimiento administrativo⁴².

39 Resolución del Consejo Directivo N° 036-2007-CD/OSIPTEL, publicada el 07 de julio de 2007: «Que la metodología y el modelo que sustenta la determinación de los costos que derivan en la tarifa por el servicio de alquiler de circuitos de larga distancia nacional no se han modificado; sin embargo, de la evaluación de los comentarios recibidos, se ha determinado que resulta necesario variar los criterios económicos utilizados para la determinación de la tarifa final a ser ofrecida a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones respecto de la tarifa propuesta en el proyecto de resolución tarifaria publicado el 08 de julio de 2006; Que la referida variación en los criterios económicos se ha dado en la medida que el proyecto cuya publicación se dispone mediante la presente resolución, plantea un esquema tarifario diferente -tarifa máxima promedio ponderada- para la recuperación de los costos considerados para la determinación de la tarifa, planteando asimismo un procedimiento para la validación del cumplimiento de dicho promedio ponderado; Que siendo así, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 6° del Procedimiento, y en mérito a los fundamentos que sustentan el Proyecto del literal (i) de la sección de VISTOS, se considera pertinente disponer su publicación en el Diario Oficial El Peruano, definiendo el plazo para que los interesados puedan presentar sus comentarios respecto de dicho proyecto, convocar a la correspondiente Audiencia Pública y disponer la publicación, en la página web del OSIPTEL, de la respectiva documentación sustentatoria; (...).»

40 «Artículo 4°.- Transparencia en la información. Las empresas prestadoras y las organizaciones representativas de usuarios, así como toda persona, tienen el derecho a acceder a los informes, estudios, dictámenes, modelos económicos y memorias anuales que constituyan el sustento de las Resoluciones que fijan los precios regulados, de conformidad con lo establecido en el artículo 2, incisos 5) y 6) de la Constitución del Estado. Asimismo, el Organismo Regulador deberá prepublicar, en su página web institucional y en el diario oficial El Peruano, el Proyecto de la Resolución que fije la tarifa regulada y una relación de la información a que se refiere el párrafo anterior, con una antelación no menor a 15 días hábiles. La Resolución que fija tarifas reguladas, su exposición de motivos, así como toda Resolución que pudiera tener implicancia en dicho proceso, deberá ser publicada en el diario oficial El Peruano, bajo sanción de nulidad.»

41 Resolución N° 018-2008-PD/OSIPTEL, publicada el 13 de febrero de 2008 emitida en el procedimiento de revisión de tarifas tope de arrendamiento de circuitos de larga distancia nacional y Resolución N° 174-2007-PD/OSIPTEL emitida ante la impugnación de la determinación de un ajuste tarifario aplicable a los Servicios de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A.

42 Resolución N° 018-2008-PD/OSIPTEL: «El propósito de lo establecido en la LPAG es que los procedimientos se resuelvan respetando el principio de celeridad a que se contrae el numeral 1.9 y el de eficacia a que se contrae el numeral 1.10 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG. A diferencia del proceso judicial (civil o contencioso-administrativo) en que hay un respeto irrestricto por las formas, en el procedimiento administrativo impera el principio de informalismo, no existiendo en este último una etapa denominada vista de la causa, en donde las partes puedan informar oralmente. Asimismo, a diferencia del proceso judicial (civil o contencioso-administrativo) la intermediación no es un requisito fundamental, de modo que no existe por ejemplo en el procedimiento administrativo, una norma que permita a la autoridad administrativa, como sí se lo permite el Código Procesal Civil al Juez, repetir audiencias, cuando se produce la sustitución del Juez. Es evidente que la necesidad de conceder la posibilidad de informar oralmente a la vista de la causa, está íntimamente vinculada al principio de intermediación,

Los principios de informalismo y celeridad han sido establecidos por la legislación en beneficio de los administrados y no para ser alegados en su contra. En efecto, los administrados gozan de plena libertad de actuación, conforme se encuentra reconocido en la LPAG⁴³, por lo cual es legítima la solicitud para la realización de algún acto en el procedimiento que no se encuentre prohibido.

El principio de informalismo impide que los intereses de los administrados sean afectados por requerimientos formales de la Administración que puedan ser subsanados⁴⁴. Por ejemplo, la Administración no puede declarar improcedente una solicitud por no haberse presentado el documento de identidad del administrado, sin permitirle subsanar la omisión dentro del mismo procedimiento. ¿Tiene este principio relación con la posibilidad o no que el administrado informe oralmente, incluso a su propia solicitud?

No.

Al parecer, el argumento planteado por el regulador asumiría que el principio de informalismo significaría que en el procedimiento administrativo no se pueden realizar actuaciones que sí son permitidas en el proceso judicial (en el cual sí **«hay un respeto irrefragable por las formas»**). Se interpreta el principio a favor de la Administración. Desde esta perspectiva – errónea – la Administración puede alegar la aplicación del principio para evitar realizar actuaciones legítimas solicitadas por los administrados, no prohibidas por norma alguna. El principio se distorsiona y aparece así como uno de titularidad de la Administración, que opera como una especie de derecho a denegar solicitudes respecto de actos que no se encuentren expresamente señalados en el procedimiento administrativo específico, aunque su reali-

zación pueda aportar mejores elementos de juicio para resolver.

Por otro lado, el principio de celeridad implica dar dinámica al procedimiento administrativo, evitando actos que dificulten su desarrollo o constituyan meros formalismos⁴⁵. Su finalidad es evitar el retraso en las decisiones que debe emitir la Administración, sobre todo aquellas que afectan a una pluralidad de interesados con intereses diversos.

Las decisiones emitidas en el procedimiento tarifario afectan a la empresa involucrada y a los usuarios del servicio. En relación con la primera porque varía el flujo de sus ingresos al variar la tarifa y respecto de los usuarios porque varía el monto de su gasto en el servicio.

Una empresa, dentro del procedimiento tarifario, tiene incentivos para dilatar la decisión del regulador si estima que la decisión de éste implicará una reducción de su tarifa. Puede entonces, por ejemplo, presentar su solicitud de informe oral un día antes del vencimiento del plazo para la emisión de la decisión del regulador. Cualquier retraso opera a favor de la empresa debido a que mientras sigue en curso el procedimiento, puede cobrar las tarifas actuales, mayores a las que determinará el regulador a la conclusión del procedimiento tarifario. En este tipo de escenarios el regulador se encontrará legitimado para denegar la solicitud por ser manifiestamente dilatoria, pero el sustento es la afectación de los intereses de los usuarios, que ocurriría si se accediera a programar un informe oral de la empresa que retrase la decisión⁴⁶. El sustento no es el interés de la Administración por realizar el menor número de actuaciones posible, ni su interés por evitar que se expresen mayores argumentos a favor del administrado.

puesto que el litigante informará ante el juez o a los miembros de la sala que resolverán la causa para que tengan presente lo señalado al momento de resolver. Esta necesidad no se presenta en el caso de los procedimientos administrativos en los que se atenúa o desaparece el principio de inmediación. Es así que, en atención a las diferencias evidenciadas entre el procedimiento administrativo y el proceso civil, no es obligatorio citar a Telefónica a informar oralmente antes de resolver su recurso de reconsideración, más aún cuando no ha existido restricción alguna para que el administrado ofrezca los medios de defensa y presente los escritos que considere necesarios conforme lo autoriza la LPAG, y en atención a que no existe en el presente procedimiento recursivo una etapa como la que existe en el proceso civil o contencioso administrativo, en donde las partes podrán informar oralmente a la vista si así lo solicitan. Asimismo, resulta evidente que en el presente caso se ha garantizado a la recurrente el ejercicio de un debido procedimiento administrativo.»

- 43 «Artículo 54°. Libertad de actuación procesal. 54.1 El administrado está facultado, en sus relaciones con las entidades, para realizar toda actuación que no le sea expresamente prohibida por algún dispositivo jurídico. 54.2 Para los efectos del numeral anterior, se entiende prohibido todo aquello que impida o perturbe los derechos de otros administrados, o el cumplimiento de sus deberes respecto al procedimiento administrativo.»
- 44 LPAG: «1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público.»
- 45 LPAG: «1.9. Principio de celeridad.- Quienes participan en el procedimiento deben ajustar su actuación de tal modo que se dote al trámite de la máxima dinámica posible, evitando actuaciones procesales que dificulten su desenvolvimiento o constituyan meros formalismos, a fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento.»
- 46 «Procedural requirements make it more easy to mount legal challenges to regulator's actions and make regulators more vulnerable to capture by those who are adept to manipulating such challenges. The effective pursuit of legitimate regulatory objectives may have to be traded off against the more effective protection of regulate and consumer interests.» BALDWIN y CAVE, op. cit. p. 315

A diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el procedimiento administrativo no rige el principio de preclusión⁴⁷. En particular, el administrado puede presentar en cualquier momento mayores argumentos a su solicitud o impugnación y la Administración se encuentra obligada a evaluarlos⁴⁸. El administrado puede decidir si refuerza sus argumentos por escrito o en un informe oral, la Administración no es titular de esa opción, por lo cual una negativa sustentada en criterios diversos al interés efectivo (y no abstracto) de terceros, otras empresas o usuarios, no responderá a lo dispuesto por la legislación administrativa. Además constituirá una fuente de pérdida de legitimidad de las decisiones.

Más aún, la decisión de no permitir informar oralmente en procedimientos tarifarios es contradictoria con el hecho que dichas actuaciones sí son realizadas en procedimientos administrativos sancionadores tramitados por OSIPTEL⁴⁹. En este tipo de procedimientos la decisión involucra solamente a la Administración y a la empresa supuestamente infractora (salvo la necesidad de alguna medida correctiva). Sin embargo, en los procedimientos tarifarios, aquello que se decide trasciende al regulador y a la empresa involucrada, afectando normalmente a una enorme cantidad de usuarios del servicio. Por tanto, el procedimiento tarifario debe generar un escenario mayor de transparencia y posibilidad de discusión.

No debe pensarse que la denegatoria de informe oral solo afecta a la empresa. Una asociación de usuarios podría también solicitar un informe oral, o acaso también las empresas competidoras de aquella sujeta a la determinación de tarifas tope.

La línea de análisis adoptada para denegar el informe oral es, lamentablemente, aplicable a cualquier interesado que lo solicite.

3.9 Impugnación y legitimidad

Previamente a la vigencia de la Ley N° 27838, la legislación aplicable solo reconocía expresamente la legitimidad de la empresa prestadora a fin de impugnar la decisión tarifaria del regulador⁵⁰.

La mencionada ley incluyó no solo a las empresas como legitimadas para impugnar la decisión tarifaria, sino también a las organizaciones representativas de usuarios⁵¹.

El recurso impugnativo se rige por las normas de la LPAG para el recurso de reconsideración. En dicho sentido, su interposición es opcional, pudiendo la decisión tarifaria ser impugnada directamente en vía judicial. Asimismo, debe ser resuelto en treinta días hábiles por el mismo órgano que lo emitió, que – como se ha señalado anteriormente – es el Consejo Directivo del regulador; y al tratarse de única instancia no es requisito para su interposición que se sustente en un medio probatorio no evaluado previamente en el procedimiento.

Una particularidad de la Ley N° 27838 es que obliga al organismo regulador a publicar el recurso interpuesto en su página web institucional, otorgando un plazo para que cualquier interesado exprese lo que considere pertinente al respecto. Aunque no se señale de manera expresa, los comentarios recibidos de los interesados deben ser comunicados a quien impugnó la decisión (empresa u organización de usuarios) con la finalidad de resguardar su derecho de defensa.

3.10 Ajustes tarifarios

Una vez determinada la tarifa tope (o el factor de productividad si se trata de un régimen *price cap*), la regulación o los contratos de concesión pueden establecer mecanismos de ajuste, que constituyen úni-

47 CASSAGNE, Juan Carlos «Acerca de la conexión y diferencias entre el procedimiento administrativo y el proceso civil» En: Revista Jurídica Argentina La Ley Tomo 1990-C.

48 OSIPTEL respeta este derecho del administrado. Un ejemplo de ello aparece en la Resolución N° 070-2006-CD/OSIPTEL, publicada el 05 de noviembre de 2006. El regulador resolvió una impugnación de una empresa (aunque no en un procedimiento tarifario sino relacionado con un cargo de interconexión), analizando a detalle los argumentos incluidos no sólo en el escrito de impugnación, sino también en un escrito posterior que amplía los argumentos.

49 Por ejemplo, así aparece en la Resolución N° 560-2007-GG/OSIPTEL publicada el 24 de febrero de 2008.

50 Decreto Supremo N° 124-2001-PCM: «Artículo 4°.- Los Organismos reguladores establecerán (...) el procedimiento de fijación de precios regulados, el cual comprenderá como mínimo lo siguiente: (...) c) Los recursos que las Empresas Prestadoras pueden interponer en contra de las Resoluciones emitidas por los órganos competentes (...)»

51 Ley N° 27838: «Artículo 3°.- Procedimiento de determinación de tarifas.- El Organismo Regulador fijará el procedimiento para determinar la regulación de las tarifas (...) comprenderá, entre otros aspectos, los siguientes: (...) 5. La aplicación del recurso impugnatorio que las Empresas Prestadoras y los Organismos Representativos de Usuarios pueden interponer en contra de la resolución emitida por el Organismo Regulador, se regirá por las disposiciones establecidas por la Ley del Procedimiento Administrativo General para el recurso de reconsideración. El texto completo del recurso deberá publicarse en la página web del organismo regulador ante el cual se presente, pudiendo los legitimados interesados expresar lo que consideren pertinente en el plazo que se establezca para tal efecto.» La Ley define a una organización representativa de usuarios como «la persona jurídica debidamente inscrita que tiene por objeto velar por los intereses de los usuarios y/o consumidores que de forma eventual o permanente tienen acceso o se sirven de algún servicio público».

camente la actualización de los valores de las tarifas tope que ya han sido establecidas.

Las normas de la Ley N° 27838 y el RPT no son aplicables respecto de las decisiones de OSIPTEL que aprueban ajustes tarifarios, por ejemplo, no es aplicable el requisito de realizar audiencias públicas⁵².

Ello no implica que la decisión que aprueba un ajuste no sea impugnabile. Solo se señala que la impugnación no debe encontrarse sustentada en las normas aplicables para una determinación tarifaria (Ley N° 27838 y RPT).

3.11 Desregulación tarifaria

OSIPTEL puede eliminar la regulación tarifaria de algún servicio, si respecto de éste existe un nivel de competencia adecuado en el mercado. Ante ello la regulación tarifaria deviene innecesaria.

El procedimiento de desregulación tarifaria se encuentra previsto con carácter general en el artículo 34° del Reglamento General de Tarifas⁵³.

Aunque no existe una norma expresa sobre el particular, considero que los requerimientos formales de la Ley N° 27838 deberían ser aplicados también a los procedimientos de desregulación tarifaria. Ello incluye la obligación de realizar audiencias públicas descentralizadas, de que los documentos de sustento se encuentren disponibles al público, etc.

IV. LA REGULACIÓN TARIFARIA EN LOS CONTRATOS DE TELEFÓNICA DEL PERÚ

4.1 Régimen de contrato-ley

De acuerdo con los contratos de concesión suscritos en 1994 con las empresas Compañía Peruana de Teléfonos S.A. y Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (hoy fusionadas en Telefónica del Perú S.A.A.) y su addenda de 1998; a partir de

setiembre de 2001 se aplica, para determinados servicios, el sistema tarifario de Fórmula de Tarifas Tope –también denominado **price cap**– que incluye la aprobación de un Factor de Productividad, de manera que la empresa traslade a los usuarios las mejoras de productividad, a través de la reducción de tarifas de acuerdo a la fórmula de tarifas tope establecida en los referidos contratos.

Para otro grupo de servicios se aplica un régimen de tarifas máximas. No se encuentran sujetos al esquema **price cap**.

En el presente trabajo no se incluyen las características de estos mecanismos, la intención es resaltar las protecciones procedimentales incluidas en dichos contratos, relacionadas con el procedimiento tarifario.

Sí es relevante señalar los alcances de la protección del carácter de contrato-ley de los contratos de concesión. La ley que les asigna el carácter de contrato-ley a los contratos de concesión de Telefónica es la Ley N° 26285⁵⁴, la cual dispone lo siguiente:

«Artículo 1°.- Los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía fija Local y de Servicios de Portadores de larga distancia nacional e internacional serán desmonopolizados progresivamente mediante la fijación de un período de concurrencia limitada durante el cual se adecuarán estos servicios a un régimen de libre competencia.

Artículo 2°.- Los contratos de concesiones de servicios públicos que se otorguen en cumplimiento de esta Ley deberán contener, entre otras, las siguientes estipulaciones: (...)

Artículo 3°.- Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley.

52 En el año 2003 una asociación de usuarios impugnó una resolución de OSIPTEL aprobando un ajuste tarifario alegando justamente el incumplimiento de la Ley N° 27838 al no haberse realizado audiencias públicas descentralizadas. OSIPTEL, correctamente, declaró infundada la impugnación señalando: «(...) no existe una fijación tarifaria efectuada por la Resolución N° 011-2003-CD/OSIPTEL, simplemente es la aplicación trimestral de la fórmula de los contratos de concesión, incluyéndose el valor del factor de productividad ya aprobado en el año 2001. Debido a ello no son pertinentes evaluaciones de estudios, metodologías, modelos económicos o dictámenes a que hace referencia la Ley N° 27838 a efectos de la realización de audiencia pública. No es entonces necesaria la convocatoria de una audiencia pública, tal como lo señala la Ley N° 27838, al hacer ésta referencia sólo a los casos en que se fije la tarifa regulada. Como ya se ha explicado, en el caso de la Resolución N° 011-2003-CD/OSIPTEL no se ha fijado tarifas, solamente se ha aplicado la fórmula establecida para los ajustes trimestrales (incluyendo el factor de productividad vigente).»

53 «Artículo 34°.- Proceso de desregulación tarifaria. OSIPTEL podrá, de oficio o a pedido de las empresas concesionarias involucradas, abstenerse de establecer una regulación tarifaria o suprimir la regulación tarifaria vigente; siempre que se verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva y la regulación ya no resulte necesaria debido a que la competencia entre las empresas concesionarias respectivas puede asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios. En el caso que OSIPTEL pretendiera dictar una Resolución disponiendo la desregulación tarifaria de un determinado servicio, notificará dicha intención mediante publicación en el Diario Oficial El Peruano, estableciendo: (i) el plazo dentro del cual pueden ser presentados los comentarios u objeciones por escrito de cualquier persona con un interés legítimo. Dicho plazo no puede ser inferior a treinta (30) días hábiles contados a partir de la fecha de publicación de la notificación; (ii) la fecha y el lugar para la realización de la audiencia pública respectiva, no pudiendo dicha fecha ser inferior a veinte (20) días hábiles a contar desde el vencimiento del plazo de presentación de comentarios u objeciones.»

54 Publicada el 14 de enero de 1994.

Artículo 4°.- En ningún caso estarán dentro del ámbito de esta ley, los servicios de difusión, telefonía móvil en sus distintas modalidades, de buscapersonas, teléfonos públicos y servicios de valor añadido y servicios portadores locales.»

Como se aprecia, el carácter de contratos-ley asignado por la Ley N° 26285 a aquellos que se suscribieran solo para la prestación de los servicios telefónico local de abonados y portador de larga distancia, no alcanza a la prestación del servicio portador local, servicio móvil, servicio de teléfonos públicos, o a cualquiera distinto del servicio de telefonía fija local de abonados y del servicio portador de larga distancia⁵⁵.

Era perfectamente permisible que el Estado incluyera en un solo documento las concesiones de telefonía fija de abonados y larga distancia, así como la de teléfonos públicos, servicio portador local o incluso televisión por cable o buscapersonas. Pero ello no implica –ni puede implicar– que esa inclusión tenga como efecto inmediato ampliar el alcance de la Ley N° 26285, haciendo extensible el carácter de contrato-ley a dichos otros servicios expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la Ley N° 26285, según su artículo 4°.

Siendo la Ley N° 26285 la **ley autoritativa** necesaria para otorgar la calidad de contrato-ley a determinados actos, se debe respetar el propio ámbito de aplicación que dicha ley autoritativa dispone⁵⁶.

Lo señalado es perfectamente concordante con lo establecido por el Tribunal Constitucional al declarar infundada la demanda de inconstitucionalidad planteada contra la Ley N° 26285⁵⁷. En el fundamento jurídico N° 34 de la sentencia del Tribunal Constitucional se señala:

«En el caso del contrato-ley al que se refiere el Fundamento N.º 1 de esta sentencia [se refiere justamente a los contratos de concesión de Telefónica], no todos los aspectos de los contratos celebrados entre el Estado Peruano y Telefónica del Perú pertenecen al ámbito de protección que brinda el contrato-ley. En efecto –como lo ha indicado la Defensoría del Pueblo, en su Informe sobre la libre competencia en los términos de los contratos-ley suscritos entre el Estado y Telefónica del Perú– el artículo 1° de la referida Ley N° 26285 circunscribe sus disposiciones normativas a los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios de portadores de larga distancia nacional e internacional. Por su parte, el artículo 4° de dicha ley excluye expresamente a los servicios de difusión, telefonía móvil en sus distintas modalidades, de buscapersonas, teléfonos públicos, servicios de valor añadido y servicios portadores locales».

Ante alegaciones de Telefónica del Perú S.A.A. relacionadas con el carácter de contratos-ley de sus contratos de concesión, en procedimientos tarifarios no relacionados con el servicio de telefonía local de abonados o el servicio portador de larga distancia, OSIPTEL ha expresado el razonamiento antes descrito⁵⁸.

4.2 Clasificación de servicios según su tratamiento tarifario

Los contratos de concesión establecen regímenes tarifarios específicos para los servicios prestados por Telefónica del Perú S.A.A.

En efecto, señalan dos categorías de servicios⁵⁹. Utilizando su propia nomenclatura, la primera se deno-

55 Ello es perfectamente coherente con el sistema que se utilizó, dado que solo los servicios portadores de larga distancia y telefónico local estuvieron sometidos a un régimen de monopolio, el servicio portador local (y todos los mencionados en el artículo 4° citado) se encontraba en libre competencia, sin barreras de entrada normativas.

56 «Recordemos que si bien toda relación jurídica obligatoria creada por un contrato es obligatoria para las partes intervinientes, también es válido afirmar, como ya se ha expresado anteriormente, que una ley puede modificar aquellos aspectos involucrados en dicha relación jurídica que no estén librados a la decisión de las partes (por ejemplo, el régimen tributario cuya modificación indirectamente puede alterar la relación jurídica obligatoria). Es por ello, justamente, que la figura de los contratos-ley requiere de una ley, la cual sustentada en razones de interés social nacional o público fija las garantías y seguridades que son otorgadas por el Estado mediante contrato (lo que hemos llamado ley autoritativa), y estas garantías y seguridades permanecerán inmodificables aunque se dicten normas que expresamente las traten de modificar o se derogue la propia ley autoritativa. Por consiguiente, es nuestra opinión que todo aquello que esté fuera de los alcances de la ley autoritativa, si bien por formar parte de la relación jurídica creada por el contrato sólo puede, en principio, ser modificado por otro acuerdo entre partes, no formará parte del régimen que debe permanecer inmodificable frente a normas imperativas dictadas con posterioridad a la suscripción del contrato. Esto implica que estos excesos del contrato con relación a la ley autoritativa, podrán ser afectados por normas posteriores dictadas por el Estado gracias al ius imperium que le es connatural.» PINILLA CISNEROS, Antonio «Los contratos-ley en la legislación peruana» Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1999 p. 94 Adicionalmente el autor señala que «(...) la institución de los contratos-ley en el Perú se encuentra restringida al ámbito de lo especificado en la llamada ley autoritativa, la cual generalmente es una ley sectorial, sea la Ley de Minería, de Hidrocarburos u otra.» *Ibidem*, p. 27

57 Sentencia del 03 de octubre de 2003 emitida en el expediente N° 005-2003-AI/TC, publicada el 18 de octubre de 2003.

58 Resolución N° 030-2007-CD/OSIPTEL: «En tal sentido, reiteramos que al no encontrarse el servicio portador local bajo el ámbito de la ley autoritativa (Ley N° 26285), las disposiciones del contrato de concesión referidas a dicho servicio no gozan de la protección característica de un contrato-ley. Ante ello, el sustento que Telefónica presenta en su recurso, basado en tal carácter, no es pertinente para el presente caso, en el extremo referido al servicio portador local.»

59 Sección 9.01 de los contratos de concesión.

mina **Servicios de Categoría I** que incluye: (i) establecimiento de una nueva conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada a través de un cargo único de instalación, (ii) la prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente, (iii) llamadas telefónicas locales, (iv) llamadas telefónicas de larga distancia nacional y (v) llamadas telefónicas de larga distancia internacional^{60 61}.

Los **Servicios de Categoría I** fueron agrupados en tres canastas: a) canasta C: que incluye solo el establecimiento de una nueva conexión de servicio de te-

lefonía fija local a ser cobrada a través de un cargo único de instalación; b) Canasta D: que incluye la prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente y las llamadas telefónicas locales; y c) la Canasta E, que incluye llamadas telefónicas de larga distancia nacional y llamadas telefónicas de larga distancia internacional.

El siguiente cuadro presenta una perspectiva comparativa de la clasificación de servicios efectuada por la Ley de Telecomunicaciones respecto de la clasificación que los contratos de concesión realizan a efectos tarifarios:

| Clasificación general | Contratos de Concesión de Telefónica: Servicios de Categoría I | |
|--|--|---|
| Servicio de telefonía fija local de abonados (áreas urbanas) | Canasta C | Establecimiento de una nueva conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada a través de un cargo único de instalación |
| | Canasta D | prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente – renta mensual |
| | | Llamadas telefónicas locales |
| Servicio portador de larga distancia | Canasta E | Llamadas telefónicas de larga distancia nacional |
| | | Llamadas telefónicas de larga distancia internacional |

Los «Servicios de Categoría II» son listados en la sección 9.01 .a (ii) de los contratos de concesión:

«Servicio de telefonía fija local en áreas rurales incluyendo el establecimiento de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser tarifado mediante una tarifa única de instalación, la prestación de una conexión de servicio fijo local a ser tarifada mensualmente y llamadas telefónicas locales;

- Llamadas telefónicas locales y de larga distancia, nacional e internacional de teléfonos públicos;
- servicio de telefonía celular;
- servicio de buscapersonas;
- otros servicios móviles basados en tecnología de radio (...)
- arrendamiento de líneas;
- prestación de servicios de televisión por cable;
- servicio de *telex*;
- servicio de conmutación para transmisión de datos;

- prestación de servicios telefónicos suplementarios, como por ejemplo multiconferencia, llamada en espera, discado abreviado;
- cualquier otro servicio de telecomunicaciones existente y cualquier servicio de telecomunicaciones futuro o que se desarrolle como resultado de los avances tecnológicos, siempre que dicho servicio de telecomunicaciones existente o futuro: (i) se preste a través de la red pública de telecomunicaciones de la empresa concesionaria; y (ii) no sea un servicio de valor añadido.»

Respecto de los Servicios de Categoría I, OSIPTEL establece la tarifa tope promedio ponderada, aplicando el factor de productividad a cada canasta, y no a cada elemento individual. La empresa tiene la flexibilidad de establecer las tarifas de cada uno de estos servicios siempre que el promedio ponderado no supere el tope^{62 63}.

60 Bajo la nomenclatura de la legislación de telecomunicaciones, los tres primeros están referidos al servicio de telefonía fija local de abonados y los dos restantes al servicio portador de larga distancia.

61 Desde setiembre de 2001 se aplica el régimen de fórmulas de tarifas tope, que responde al régimen internacionalmente conocido como «price caps». Bajo este mecanismo regulatorio se crean «canastas» que incluyen diversos servicios y se fijan topes por cada canasta, y no respecto de cada servicio incluido en la canasta.

62 Como se puede apreciar, la empresa cuenta con la flexibilidad, dentro del sistema price caps, de establecer la tarifa de cada servicio, sin que el regulador pueda modificarla, siempre que respete el tope de la canasta.

63 El factor de productividad se expresa a través un porcentaje. Las tarifas deben reducirse anualmente en dicho porcentaje, por un período de tres años, luego de lo cual se determinará un nuevo valor de factor de productividad. La primera aplicación del factor de productividad se realizó aplicando dicho porcentaje de reducción a tarifas establecidas directamente por los contratos de concesión. OSIPTEL no realizó –ni podía realizar– un cálculo de los costos de la empresa para definir un valor inicial sobre el cual aplicar el primer factor de productividad. En países como Estados Unidos o Reino Unido, la aplicación del régimen de price caps se produjo luego de muchos años de aplicación de regulación por costos, por ello se tenía información confiable sobre el valor sobre el cual se aplicaría el primer factor de productividad.

Los «Servicios de Categoría II» no se encuentran sujetos a un régimen de precios tope con factor de productividad. La Sección 9.05 de los contratos señala que las tarifas para este tipo de servicios son establecidas por la empresa dentro de las tarifas máximas fijas que el OSIPTEL determina.

Los contratos de concesión establecen entonces el régimen de precios tope con factor de productividad para la telefonía fija local de abonados y para el servicio portador de larga distancia –llamadas telefónicas de larga distancia–, es decir para los «Servicios de Categoría I». Para todos los demás servicios públicos de telecomunicaciones sujetos a regulación, «Servicios de Categoría II», los contratos establecen el régimen de tarifas máximas fijas⁶⁴.

4.3 El procedimiento tarifario en los contratos de concesión

Las disposiciones tarifarias de los contratos de concesión priman respecto de las normas generales⁶⁵. Los contratos de concesión de Telefónica del Perú S.A.A. establecen los procedimientos para la fijación y revisión de tarifas para los servicios sujetos a factor de productividad (Sección 9.04(c)) y para servicios sujetos a tarifas máximas fijas (Sección 9.05 (b)):

Sección 9.04(c): «Procedimiento. El OSIPTEL entregará por escrito a la EMPRESA CONCESIONARIA los resultados de las revisiones mencionadas en los incisos (a) y (b) juntamente con: (i) las propuestas de modificación, en su caso, preparadas por OSIPTEL; y, (ii) una notificación especificando el periodo dentro del cual los comentarios u objeciones podrán ser formulados por escrito por la EMPRESA CONCESIONARIA. Dicho periodo no podrá ser menor a veinte (20) días a partir de la fecha de entrega de la notificación. Después de la debida consideración de los comentarios u objeciones escritas, pero en ningún caso después de veinte (20) días hábiles después de la fecha de recepción de comentarios u objeciones, OSIPTEL emitirá y entregará a la EMPRESA CONCESIONARIA su mandato final. Dicho mandato será por escrito, establecerá las razones de su adopción, y será publicado en el diario oficial «El Peruano».»

Sección 9.05(b): «Procedimiento. Antes de emitir una Resolución respecto a las TARIFAS

MAXIMAS FIJAS para los SERVICIOS DE CATEGORIA II, OSIPTEL notificará a la EMPRESA CONCESIONARIA estableciendo: (i) que pretende emitir una Resolución relativa a TARIFAS MAXIMAS FIJAS; (ii) la propuesta de OSIPTEL respecto a las TARIFAS MAXIMAS FIJAS; y, (iii) el periodo durante el cual la EMPRESA CONCESIONARIA podrá formular por escrito comentarios u objeciones con respecto a las TARIFAS MAXIMAS FIJAS propuestas, no pudiendo dicho periodo ser inferior a veinte (20) días hábiles a partir de la fecha de recepción. Después de haber sido recibidos y considerados los comentarios u objeciones formuladas, pero en ningún caso después de veinte (20) días hábiles después de la fecha efectiva para comentarios u objeciones, OSIPTEL emitirá y comunicará a la EMPRESA CONCESIONARIA la Resolución relativa a TARIFA MAXIMA FIJA. Dicha Resolución será por escrito y contendrá las razones del por qué ha sido emitida y se publicará en el diario oficial «El Peruano».»

Como se puede apreciar, los procedimientos contractuales son análogos entre sí.

Respecto del procedimiento seguido en relación a los servicios sujetos a factor de productividad, el laudo emitido en el arbitraje iniciado por la empresa cuestionando el primer factor de productividad establecido por OSIPTEL ha señalado el alcance de las obligaciones del regulador según este procedimiento⁶⁶:

«El procedimiento tarifario cuenta con una etapa en la cual se publica un proyecto de decisión para que los interesados realicen sus comentarios. Dicho proyecto, y no solo la decisión final del procedimiento, debe encontrarse debidamente sustentado».

64 Para este tipo de regulación, el Reglamento de Tarifas del OSIPTEL señala que se establecerá la tarifa sobre la base de información de costos complementariamente con simulación de un modelo de empresa eficiente. Se trata de una regulación a costos, pero no de la típica regulación de tasa de retorno, sino de una regulación en el cual el nivel del precio está en relación con una operación eficiente.

65 Si se tratara de normas imperativas anteriores a los contratos, deben primar las primeras, pues ningún contrato (incluso los contratos-ley) pueden incluir acuerdos contrarios a las normas imperativas vigentes al momento de su suscripción.

66 Las citas del laudo arbitral se reproducen según los extractos del mismo que han sido incluidos en los documentos de sustento de OSIPTEL y de Telefónica del Perú S.A.A. durante los procedimientos tarifarios, y que son de acceso público.

«(...) este Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción, de que, para dar cabal cumplimiento al derecho que los CONTRATOS DE CONCESIÓN reconocen a favor de TELEFÓNICA para formular comentarios y objeciones, es necesario, cuando menos: (a) que, OSIPTEL concluya su tarea de revisión como la denominan los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN, antes de la notificación de sus resultados (nos estamos refiriendo al proyecto de Mandato Final), lo que significa que una vez cumplida esa tarea, OSIPTEL no puede introducir nuevos elementos de juicio o evidencia cuya existencia no sea advertida oportunamente a TELEFÓNICA; (b) que, conjuntamente con la notificación del resultado de la revisión del factor de productividad, OSIPTEL debe cuidar de poner a disposición de TELEFÓNICA por escrito, toda la información necesaria para que esta última pueda formular debidamente sus comentarios y objeciones; y, (c) que, OSIPTEL debe otorgar debida consideración a los comentarios y objeciones de TELEFÓNICA, lo que supone que en el Mandato Final o la documentación anexa a éste deben de precisar las razones por las que los comentarios u objeciones merecen o no que el proyecto originalmente notificado sea modificado. Justamente sobre esto último, cabe a este Tribunal Arbitral señalar que si bien OSIPTEL tiene la obligación de escuchar y tomar en cuenta los comentarios y objeciones que haga TELEFÓNICA, éstos solo constituyen una recomendación; en otras palabras, se tratan de opiniones o sugerencias de carácter no vinculante, por lo que OSIPTEL, si bien debe tomarlos en consideración, no está obligado a aceptarlos. De esta manera, luego de estudiar y evaluar los comentarios u objeciones, será OSIPTEL quien al final adoptará su propia decisión y notificará su Mandato Final, lo cual obviamente tiene que producirse en base a criterios razonables».⁶⁷

El laudo arbitral describe apropiadamente los derechos de la empresa derivados del procedimiento tarifario pactado, con énfasis en su derecho a que OSIPTEL evalúe adecuadamente sus comentarios u objeciones⁶⁸, materia vinculada con el deber de motivación del regulador en la emisión de su decisión tarifaria.

El texto de los propios contratos de concesión señala la posibilidad de modificaciones en el análisis del OSIPTEL en un procedimiento tarifario. La Sección 9.04(c) menciona «las propuestas de modificación, en su caso, preparadas por OSIPTEL».

Los propios contratos de concesión permiten variaciones entre las distintas determinaciones del factor de productividad. La determinación tarifaria actual no es dependiente de los métodos específicos utilizados en procedimientos anteriores, los propios contratos señalan la posibilidad de una modificación. Por supuesto, la misma debe ser necesariamente notificada previamente a la empresa concesionaria para que pueda expresar sus comentarios u objeciones, antes de la emisión de la decisión final de OSIPTEL.

Los contratos de concesión también incluyen el régimen mediante el cual el regulador puede (de oficio o a solicitud de la empresa) establecer la desregulación de tarifas reguladas, específicamente en el literal (c) de la Sección 9.01; procedimiento que es análogo al incluido en el Reglamento General de Tarifas.

V. REFLEXIONES FINALES

El procedimiento tarifario contiene etapas y actos que son de obligatorio cumplimiento. Ello no debe ser percibido por el regulador como una barrera o una dificultad para ejercer su potestad tarifaria.

Por el contrario, un procedimiento correctamente tramitado no solo implica el cumplimiento de la legalidad, sino también legitima la actuación administrativa.

Una decisión técnica adecuadamente sustentada puede ser anulada si la actuación del regulador es contraria a las normas procedimentales y a los principios del procedimiento administrativo. No nos encontramos por tanto ante meras formalidades que la Administración puede decidir si cumple o no. Tendencias hacia la dirección de eliminar garantías del procedimiento tarifario son contrarias al interés del regulador, dado que simplemente sirven para aumentar la probabilidad de una anulación judicial posterior o de eventuales indemnizaciones a los administrados afectados.

Posiblemente, ante incumplimientos del procedimiento, se reciba beneficios transitorios en la imagen del re-

67 Laudo arbitral, p. 108

68 «(...) en lo único que OSIPTEL sí estaba (y está) obligado a hacer, es otorgar adecuada consideración a los comentarios y objeciones de la empresa regulada, lo que exige que sea capaz de motivar, suficientemente y por escrito, las razones por las que las opiniones de TELEFÓNICA merecen o no ser tomadas en cuenta. A su vez, en lo que se refiere a la motivación y al control de dichas razones, el Tribunal Arbitral reconoce que la determinación del factor de productividad constituye una facultad discrecional en cuanto al fondo, por lo que el único límite impuesto al regulador una vez que éste haya motivado su decisión es el de la razonabilidad (...)» Laudo arbitral, p. 115

gulator ante la opinión pública, en la medida que puede ser percibido como una entidad fuerte que se impone ante las actitudes de las empresas. Pero ésa es una apuesta de corto plazo. La credibilidad del regulador se irá destruyendo, primero ante la industria, afectando las inversiones; y luego ante los usuarios, cuando las decisiones incorrectas sean anuladas.

En los últimos años OSIPTEL ha establecido prácticas de transparencia mayores a las impuestas por normativa superior. Esta tendencia no debe ser eli-

minada, por el contrario debe continuar siendo fortalecida. Cada funcionario del organismo regulador tiene la responsabilidad de promover dicha tendencia, aportando sus conocimientos profesionales para la defensa del interés público.

Al igual que los estudios económicos relacionados con la regulación tarifaria consideran el equilibrio de la industria en el largo plazo, los funcionarios del regulador deben interiorizar que sus decisiones jurídicas o políticas tienen efectos en el equilibrio institucional de largo plazo.