



Telefónica del Perú S.A.A.

Escrito	:	1
Sumilla	:	Recurso de Reconsideración contra la Resolución del Consejo Directivo No. 217-2024- CD/OSIPTEL
Cuaderno	:	Principal
Expediente	:	00001-2022-CD-DPRC/TT

**AL SEÑOR PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO
SUPERVISOR DE LA INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL:**

TELEFÓNICA DEL PERU S.A.A. (en adelante, “**Telefónica**”), con Registro Único del Contribuyente No 20100017491, sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica No 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con domicilio real en Jirón Domingo Martínez Luján, No 1130, Distrito de Surquillo, Provincia y Departamento de Lima, con domicilio procesal para estos efectos en la cuenta de correo electrónico centrodocumentacionregulacion@telefonica.com, debidamente representado por Antonio José Rodríguez Lobatón, identificado con Documento Nacional de Identidad No 07686146, según poder inscrito en la partida electrónica correspondiente a nuestra empresa, ante usted nos presentamos y decimos que:

Con fecha 10 de octubre de 2024 fuimos notificados vía correo electrónico con la Resolución de Consejo Directivo No. 217-2024-CD/OSIPTEL (en adelante, la “Resolución Impugnada”)¹, la misma que fijó las tarifas tope para las prestaciones de reactivación por suspensión del servicio, reactivación por suspensión temporal del servicio solicitada por el abonado y reactivación por corte (en adelante, “Prestaciones Adicionales”). La mencionada Resolución Impugnada fue publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 12 de octubre de 2024.

Que, estando dentro del plazo legal de quince (15) días hábiles para la interposición de nuestro recurso de impugnación, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de

¹ Con la Resolución Impugnada fuimos notificados con la Exposición de Motivos, el Informe Sustentatorio No 185-DPRC/2024, la Matriz de comentarios, los diversos comentarios realizados por los interesados y el Modelo tarifario.

la Resolución No 215-2018-CD/OSIPTEL, Normas Procedimentales para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope y Tarifas Tope (en adelante, “Normas Procedimentales”)²; y con los artículos 207 y 208 del Decreto Supremo No 4-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”)³, interponemos expreso **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** contra los artículos 1 y 2 de la Resolución No. 217-2014-CD/OSIPTEL, en cuanto establece las tarifas de **(i)** reactivación por suspensión del servicio, **(ii)** reactivación por suspensión temporal del servicio solicitada por el abonado, y, **(iii)** reactivación por corte, para los servicios de acceso a internet fijo, acceso a Internet móvil, distribución de radiodifusión

² **Resolución No 215-2018-CD/OSIPTEL**

Artículo 19o.- Recurso Especial

La empresa operadora puede interponer ante el Consejo Directivo, Recurso Especial contra:

- Resoluciones regulatorias que establezcan tarifas tope aplicables únicamente para el servicio que preste la empresa operadora, derivadas tanto de procedimientos de fijación como de revisión. En este caso, el recurso especial también puede ser interpuesto por las organizaciones representativas de usuarios.
- Resoluciones normativas que establezcan cargos de interconexión tope aplicables únicamente para el servicio que preste la empresa operadora, derivadas tanto de procedimientos de fijación como de revisión.
- Resoluciones que pongan fin al procedimiento, sin aprobar la fijación o revisión correspondiente.

El Recurso Especial se rige por las disposiciones establecidas por la LPAG para el recurso de reconsideración.

³ **LPAG**

Artículo 218. Recursos administrativos

218.1 Los recursos administrativos son:

- a) Recurso de reconsideración
- b) Recurso de apelación

Solo en caso que por ley o decreto legislativo se establezca expresamente, cabe la interposición del recurso administrativo de revisión.

218.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deben resolverse en el plazo de treinta (30) días, con excepción del recurso de reconsideración que se resuelve en el plazo de quince (15) días. Excepcionalmente, en los procedimientos administrativos de instancia única de competencia de los consejos directivos de los organismos reguladores, el recurso de reconsideración se resuelve en el plazo de treinta (30) días.

(Texto según el artículo 207 de la Ley No 27444, modificado según el artículo 2 Decreto Legislativo No 1272); Modificado por el Artículo Único de la Ley No 31603 y por el artículo 2 del Decreto Legislativo No 1633.

Artículo 219.- Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración se interpondrá ante el mismo órgano que dictó el primer acto que es materia de la impugnación y deberá sustentarse en nueva prueba. En los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen única instancia no se requiere nueva prueba. Este recurso es opcional y su no interposición no impide el ejercicio del recurso de apelación.

(Texto según el artículo 208 de la Ley No 27444)

por cable (TV de paga), telefonía fija y telefonía móvil provistos por Telefónica sea que las mencionadas prestaciones se comercialicen en la modalidad de monoproducción o de forma empaquetada.

La Resolución Impugnada constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de LPAG⁴. Como consecuencia de ello, el procedimiento que lleva a Osiptel a determinar las tarifas de reactivación constituye un procedimiento administrativo, según lo expresamente señalado en el artículo 29 de la LPAG⁵.

La Resolución Impugnada causa agravio a Telefónica en la medida que las tarifas de reactivación establecidas por Osiptel han sido aprobadas sin respetar el procedimiento legalmente establecido, careciendo por ello de una adecuada motivación que justifique su promulgación de acuerdo con la legislación vigente; por otro lado, del análisis realizado por Osiptel no se puede inferir en modo alguno que nos encontremos ante los supuestos necesarios para proceder a una regulación tarifaria. Por otro lado, Osiptel ha señalado expresamente que pretende desconocer abiertamente los derechos de Telefónica, al pretender que las tarifas aprobadas sean aplicables también a los servicios de valor añadido de acceso a internet que brinda Telefónica, ello a pesar que el Estado peruano a través de los Contratos de Concesión de los que es titular nuestra empresa se comprometió expresamente a no regular las tarifas de los mencionados servicios; finalmente, no se han tomado en cuenta todos los costos en los que incurre nuestra

⁴ **LPAG**

Artículo 1.- Concepto de acto administrativo

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.

1.2 No son actos administrativos:

1.2.1 Los actos de administración interna de las entidades destinados a organizar o hacer funcionar sus propias actividades o servicios. Estos actos son regulados por cada entidad, con sujeción a las disposiciones del Título Preliminar de esta Ley, y de aquellas normas que expresamente así lo establezcan.

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

(Texto según el artículo 1 de la Ley No 27444)

⁵ **LPAG**

Artículo 29.- Definición de procedimiento administrativo

Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

(Texto según el artículo 29 de la Ley No 27444).

empresa para brindar las Prestaciones Adicionales, ocasionándonos de implementarse la Resolución Impugnada con los valores establecidos en ella un grave perjuicio a nuestra empresa que no dudamos será corregido por los ilustres miembros del Consejo Directivo de Osiptel.

I.- DE QUÉ TRATA NUESTRO RECURSO ESPECIAL

Como es de conocimiento de los ilustres miembros del Consejo Directivo la libre iniciativa privada se encuentra perfectamente alineada con el rol subsidiario del Estado, lo que implica que antes que tomar una decisión que es sólo apariencia favorable al consumidor, la Administración debe ser escrupulosa al analizar todos los elementos presentados en el expediente y sopesar todas las consecuencias que tendrá su actuación, a fin de encontrarse en capacidad de tomar una decisión. Nada garantiza que las decisiones que Osiptel se propone adoptar en nombre e interés de nuestros clientes y abonados sea finalmente la más adecuada a los intereses de éstos. Como quiera que una falla del regulador es incluso más grave que una falla del mercado (porque la primera se producirá con carácter general para todos los usuarios y sus efectos son difíciles de corregir en el tiempo), la mejor respuesta que puede proporcionarse para solucionar problemas como los hallados por Osiptel a lo largo de la tramitación del presente expediente, es el perfeccionamiento en todo caso de los mecanismos, sin castigar a aquellos agentes del mercado que como Telefónica apuestan decididamente por un desarrollo en infraestructura, y no únicamente a través de la intervención directa del regulador, que como en este caso vulnera el principio de subsidiariedad.

Pero esta no es la única afectación que está produciendo el Osiptel con la Resolución Impugnada. A través de la misma Osiptel está vulnerando la libertad de empresa de no sólo de Telefónica, sino de numerosos agentes económicos que participan en el mercado de telecomunicaciones nacional, derecho fundamental que se encuentra reconocido y protegido por la Constitución Política del Estado⁶.

⁶ **Constitución Política del Perú**

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

En efecto, pese a reconocer que Telefónica tiene el derecho a fijar libremente las tarifas de los servicios que presta como regla general, salvo las excepciones consagradas en sus Contratos de Concesión y en las diferentes regulaciones tarifarias dictadas por el regulador en ejercicio de sus competencias legalmente atribuidas, Osiptel en este caso ha limitado este derecho de Telefónica, sin que exista elemento alguno que determine que su actuación es plausible o recomendable.

Por otro lado, esta decisión vulnera también el derecho fundamental a la propiedad, en la medida que se afecta el retorno de nuestras inversiones al no poder incrementar nuestras tarifas hasta unos niveles que nos permita recuperar nuestras inversiones y, a su vez, se nos impide gozar de todas las prerrogativas conferidas por nuestros Contratos de Concesión, en relación con la prestación de servicios de valor añadido, que como en el caso del acceso a internet se pretenden regular con la Resolución Impugnada. Consideramos que establecer un nivel de tarifas por debajo de los reales niveles de costos que tiene nuestra empresa constituye una expropiación indirecta, un derecho que además ha sido adjudicado a través del correspondiente procedimiento y aprobado -a nivel administrativo- a través del Decreto Supremo No. 11-94-TCC, dispositivo que aprobó los Contratos de Concesión de los que es titular Telefónica.

Lo cierto es que el Osiptel ha adoptado una decisión sin que exista verdadero y concreto sustento que evidencie la necesidad de regular las tarifas por las Prestaciones Adicionales que cobramos por brindar nuestros servicios de telecomunicaciones. Como bien sabe el Osiptel, los derechos fundamentales no pueden limitados sin que exista no solo plena evidencia de la necesidad de ello, sino que debe realizarse en favor de otro derecho de igual categoría y solo una vez que se ha evaluado la proporcionalidad de tal medida, concluyendo que esta es la única manera de salvaguardar el derecho que se busca proteger. Lo señalado adquiere mayor relevancia por cuanto se afecta el derecho de propiedad, respecto del cual no puede ser afectado sin una compensación por el perjuicio causado conforme se desprende de lo establecido en el artículo 70 de la Constitución Política del Estado.

Asimismo, debemos advertir que la actuación del organismo regulador, lamentablemente, carece de razonabilidad y la vuelve una actuación arbitraria. Como explicaremos con mayor detenimiento en los siguientes acápites, la decisión del Osiptel materializada en la Resolución Impugnada, carece de sustento, lo que deriva en su inevitable carencia de razonabilidad.

Este aspecto es sumamente relevante debido a que cualquier exigencia o gravamen impuesto por una autoridad administrativa -como es el caso del establecimiento de tarifas reguladas- está sometida a un análisis de legalidad y razonabilidad⁷. Como parte de este análisis, se evalúa si la entidad ha justificado suficientemente -y de acuerdo con su propia experiencia- la existencia de un problema, o en este caso de un fallo de mercado; la relación entre dicho problema y el acto emitido; la idoneidad de la decisión adoptada; que los costos que genera no superen los beneficios; y que se trate de la medida menos gravosa para el administrado.

En simple, se analiza si la medida es arbitraria o desproporcionada⁸. Creemos que existe suficiente evidencia para concluir que la Resolución Impugnada, no sólo no supera el

⁷ Resolución 182-1997/TDC-INDECOPI.

"Para evaluar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública - incluso aquellas del ámbito municipal o regional -, que no establecen tributos, constituyen barreras burocráticas que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado, se seguirán los criterios interpretativos descritos a continuación:

(...)

- En segundo término, se analizará la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:

a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas). De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada.

b. En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión: (i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

c. Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costes privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas."

⁸ **Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.**

Artículo 16.- Indicios sobre la carencia de razonabilidad

16.1 Los indicios a los que hace referencia el artículo precedente deben estar dirigidos a sustentar que la barrera burocrática califica en alguno de los siguientes supuestos:

a. Medida arbitraria: es una medida que carece de fundamentos y/o justificación, o que teniendo una justificación no resulta adecuada o idónea para alcanzar el objetivo de la medida; y/o

estándar por las normas sectoriales en telecomunicaciones sino tampoco es una medida razonable, pues termina regulando las tarifas de las Prestaciones Adicionales sin ninguna razón aparente para ello.

Entonces, como veremos a continuación existen diversas vulneraciones que la Resolución Impugnada ha generado, pues su falta de sustento y justificación legal resulta más que evidente como veremos a continuación. Si bien lo anterior resulta suficiente para que el Consejo Directivo declare la nulidad de la Resolución Impugnada (por aplicación de lo establecido en el numeral 1 del artículo 10 de la LPAG⁹), en el siguiente acápite analizaremos también cómo esta suerte de inicio de un “procedimiento de revisión de régimen tarifario” en sí mismo vulnera el derecho de defensa y al debido procedimiento de Telefónica.

II.- FUNDAMENTOS DE HECHO

Mediante la Ley No 31487, publicada en El Peruano el 1 de junio de 2022, se aprobó la Ley que modifica la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, con la finalidad de regular las tarifas tope en la reactivación del servicio y en aquellas que se deriven de las normas de Condiciones de Uso. Dicho dispositivo, estableció que el Osiptel es quien debía fijar los topes tarifarios de las empresas concesionarias supervisadas, respecto de

b. Medida desproporcionada: es una medida que resulta excesiva en relación con sus fines y/o respecto de la cual existe otra u otras medidas alternativas que puedan lograr el mismo objetivo de manera menos gravosa.

⁹ LPAG

Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
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 el artículo 14.
3. Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
4. Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

(Texto según el artículo 10 de la Ley No 27444)

las prestaciones de reactivación del servicio y aquellas que se deriven de las normas de Condiciones de Uso. Así, la norma aprobada señala que la mencionada regulación de tarifas tope se efectuará siempre sobre la base a costos y en el marco de lo establecido en la Ley 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas (en adelante, “Ley de Transparencia”).

Es sobre la base de la Ley No 31487, que mediante la Resolución No 205-2022-CD/OSIPTEL del 10 de noviembre de 2022, Osiptel dio inicio al procedimiento de revisión y/o fijación de tarifas tope para las que denominó “Prestaciones Adicionales”, otorgando a los interesados un plazo de setenta (70) días hábiles para que remitan sus respectivas propuestas tarifarias.

Luego que los interesados presentaran sus propuestas, mediante Resolución No 49-2024-CD/OSIPTEL del 22 de febrero de 2024, Osiptel publicó, el proyecto de resolución para comentarios de la resolución que establece las tarifas tope para las prestaciones de reactivación del servicio y aquellas otras que se derivan de la Norma de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

Es en virtud de los comentarios recibidos por los interesados al proyecto publicado por Osiptel, es que el regulador decidió publicar la Resolución No 95-2024-CD/OSIPTEL del 26 de marzo de 2024, con un nuevo proyecto de resolución, el cual estableció nuevamente las tarifas tope para las prestaciones de reactivación y aquellas derivadas de las Condiciones de Uso, otorgándose en esta ocasión un plazo de veinte (20) días hábiles para que los interesados remitan sus comentarios.

En esta nueva propuesta tarifaria, se estableció la regulación de las tarifas para diecisiete (17) Prestaciones Adicionales. Sin embargo, de acuerdo con lo sustentado por Osiptel, se planteó que la aplicación de las tarifas tope alcanzaría a los servicios provistos únicamente por siete (7) empresas operadoras en el mercado nacional, y, sólo para determinados servicios públicos. Tal como podemos observar en el siguiente cuadro.

Cuadro No 1

Procedimiento No	Prestaciones
1	Reactivación por suspensión del servicio
2	Reactivación por suspensión temporal del servicio solicitada por el abonado

3	Reactivación por corte
4	Facturación detallada
5	Inclusión en directorio telefónico móviles
6	Copia impresa del contrato de abonado
7	Cambio de número a solicitud de abonado
8	Cambio de titularidad del servicio
9	Cambio de nombre
10	Traslado del servicio
11	Registro de llamadas entrantes
12	Cambio de sitio de block de conexión
13	Bloqueo de llamadas
14	Información de número telefónico de otro país
15	Exclusión de guía telefónica
16	Casilla de voz
17	Locución a solicitud del abonado

Sobre el particular, Osiptel indica en el Informe que sustenta la Resolución Impugnada que fueron veintitrés (23) las comunicaciones recibidas con comentarios al Proyecto de Resolución. Entre los que cabe resaltar catorce (14) empresas operadoras, tres (3) entidades relacionadas con la industria (la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional (AFIN), la Cámara de Comercio Americana del Perú y la Asociación Interamericana de Empresas de Telecomunicaciones (ASIET) y, finalmente, el ente sectorial encargado de las políticas públicas en telecomunicaciones en el Perú, es decir el Ministerio de Transportes y Comunicaciones. Es importante destacar en este punto, que ningún comentario presentado por los interesados fue favorable a la propuesta tarifaria impulsada por Osiptel.

A partir de la utilización de un modelo eTOM (*Enhanced Telecom Operations Map* – Mapa de operaciones de Telecomunicaciones Mejorado), utilizando a Telefónica como operador de referencia, Osiptel calculó los valores de las tarifas tope para las prestaciones de reactivación de acuerdo con el siguiente cuadro:

Cuadro No 2
Valores de las tarifas tope

No	Prestación	Valor (en S/ sin IGV)
1	Reactivación por suspensión del servicio	3.88
2	Reactivación por suspensión temporal del servicio solicitada por el abonado	3.88
3	Reactivación por corte	3.88

Asimismo, Osiptel, decidió -a pesar de que con ello contradice sus propias justificaciones para regular las tarifas por las Prestaciones Adicionales-, implementar una regulación asimétrica que afecta sólo a determinadas empresas operadoras, las cuales cuentan -según Osiptel- con los mayores índices de participación en los servicios públicos de telecomunicaciones afectados con la propuesta tarifaria. De esta forma, la Regulación Impugnada se aplicará para las tarifas tope aprobadas, para cada una de las prestaciones detalladas por parte de las empresas señaladas en el siguiente cuadro.

Cuadro No 3
Alcance de las tarifas tope

Empresa operadora	Servicios
Telefónica del Perú S.A.A.	Acceso a Internet fijo, TV de paga, telefonía fija, acceso a Internet móvil y telefonía móvil.
América Móvil Perú S.A.C.	Acceso a Internet fijo, TV de paga, telefonía fija, acceso a Internet móvil y telefonía móvil.
Entel Perú S.A.	Acceso a Internet móvil y telefonía móvil.
Viettel Perú S.A.C.	Acceso a Internet móvil y telefonía móvil.
Wow Tel S.A.C.	Acceso a Internet fijo.
Wi-Net Telecom S.A.C.	Acceso a Internet fijo.
Directv Perú S.R.L.	TV de paga.

Como veremos a continuación, la Resolución Impugnada no debió aprobarse -no al menos en los términos y sobre las bases que ha sido finalmente sancionada-, ello en la medida que no se ha respetado el procedimiento legalmente establecido para su aprobación, los análisis que sustentan las tarifas son sumamente febles, los análisis económicos realizados por Osiptel están claramente sesgados y no son concluyentes, las

tarifas aprobadas no están alineadas a costos, y, finalmente, las tarifas aprobadas no pueden ser oponibles a Telefónica en lo que corresponde a la prestación de reactivación para el servicio de internet fijo.

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

A) OSIPTel NO HA RESPETADO EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO

El marco normativo que regula los aspectos tarifarios del sector de las telecomunicaciones en el Perú, parte de lo dispuesto en el artículo 67 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No 13-93-TCC (en adelante, la “Ley de Telecomunicaciones”)¹⁰, dispositivo que establece como principio general, que 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”*, lo que ha venido a denominar Osiptel a partir del Reglamento General de Tarifas aprobado por Resolución No 60-2000-CD/OSIPTel (en adelante, el “Reglamento de Tarifas”) como Régimen Regulado.

En ese contexto, la norma mencionada establece que es competencia de Osiptel *“diseñar y aprobar el sistema de tarifas tope aplicable”*, dispositivo que también se encuentra replicado en el numeral 5, del artículo 77 de la Ley de Telecomunicaciones, cuando desarrolla las funciones que son competencia de Osiptel, y, lo cual se reitera en el literal a) del artículo 8 de la Ley No 26285, Ley que Dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de

¹⁰ **Ley de Telecomunicaciones**

Artículo 67o.- 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.

Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia (en adelante, “Ley de Desmonopolización Progresiva”)¹¹.

No obstante, el artículo 67 de la Ley de Telecomunicaciones, señala también que “*en caso el contrato de concesión establezca un criterio tarifario determinado, este será el aplicable*”. A su vez, dicho artículo establece que el Osiptel puede optar por no establecer tarifas tope “*cuando por efecto de la **competencia entre empresas** se garantice una tarifa razonable en beneficio del usuario*” (el énfasis es agregado).

Como puede apreciarse, cuando se determine la existencia de condiciones de competencia en el mercado de un determinado servicio público de telecomunicaciones no será preciso de la intervención de Osiptel para fijar las tarifas tope, por lo que corresponderá en este caso a los operadores, establecer libremente las tarifas que cobrarán a sus usuarios de la forma que consideren más conveniente. Esta ausencia de regulación directa de las tarifas por los servicios públicos de telecomunicaciones que oferten las empresas concesionarias, es lo que se ha venido a denominar por Osiptel, Régimen Supervisado.

En sintonía con lo señalado, cabe mencionar que los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú, aprobados por Decreto Supremo No 3-2007-MTC (en adelante, los “Lineamientos para Consolidar la Competencia”), señalan su artículo 4 que,

*“El Perú **seguirá la tendencia de desregular todos los servicios que reflejen las condiciones de competencia efectiva**. En aquellos mercados donde no exista competencia efectiva en la prestación de determinados servicios, se establecerá la regulación de los mismos a través de fijación de tarifas, cargos de interconexión, entre otros instrumentos regulatorios. Para tales efectos, el alcance de dicha regulación, así como el detalle del mecanismo específico a ser implementado, será establecido por OSIPTEL, de acuerdo con las características, la problemática de cada mercado y las necesidades de desarrollo de la industria. (...) Las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones pueden establecer libremente las tarifas que*

¹¹ **Ley de Desmonopolización Progresiva**

Artículo 8o.- Las funciones del OSIPTEL son, entre otras, las siguientes:

a) Fijar los sistemas de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, creando condiciones tarifarias que sean compatibles con la existencia de competencia.

prestan, siempre y cuando no excedan del sistema de tarifas tope que establezca OSIPTEL, de ser el caso” (el énfasis es agregado).

Por otro lado, cuando sea precisa la intervención de Osiptel para fijar una tarifa tope, esta intervención deberá darse en base al sistema que dicho regulador hubiese diseñado, con la excepción de aquellos casos en los que el contrato de concesión de las empresas concesionarias hubiese establecido criterios tarifarios particulares.

Esta prevalencia del contrato de concesión en cuanto a los aspectos tarifarios se refiere, se ve reflejada a su vez en el numeral 1 del artículo 129 del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo No 20-2007-MTC (en adelante, el “Reglamento General”), que establece como uno de los derechos de los concesionarios el *“prestar el servicio y percibir del usuario, como retribución por los servicios que presta, la tarifa que se fije siguiendo la metodología pactada en el contrato de concesión”*. Sin embargo, no debe dejarse de lado que de conformidad con el numeral 13 del artículo 153 del Reglamento General, los contratos de concesión única incluyen un *“compromiso de cumplimiento de las normas que dicte Osiptel en materia de tarifas”*.

Ahora bien, en cuanto al sistema de tarifas tope diseñado y aprobado por el Osiptel siguiendo el mandato contenido en la Ley de Telecomunicaciones, debemos tener en cuenta lo señalado sobre el particular en el Reglamento de Tarifas, aplicable a la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. El artículo 3 del Reglamento de Tarifas define a la tarifa tope como aquella *“tarifa que ha sido fijada para un determinado servicio en los respectivos contratos de concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSIPTEL, y cuyo valor no puede ser superado por las tarifas que establezcan las empresas concesionarias que sean titulares de dichos contratos de concesión o que estén comprendidas en la correspondiente resolución tarifaria”*.

Por su parte, el artículo 4 del Reglamento de Tarifas señala que el organismo regulador *“tiene competencia exclusiva sobre la regulación tarifaria de servicios públicos de telecomunicaciones, pudiendo disponer la fijación, revisión o ajuste de tarifas tope, y en general, el establecimiento de sistemas de tarifas que incluyan las reglas para la aplicación de tarifas. Asimismo, posee la potestad para suprimir*

la regulación tarifaria en los casos en que verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva y la regulación ya no resulte necesaria”

En dicha línea, el artículo 32 del Reglamento de Tarifas establece los distintos casos en los que el Osiptel se encontraría facultado para disponer la fijación, revisión o ajuste de tarifas tope, a saber: **(i)** cuando se sustente en la aplicación de las disposiciones y criterios tarifarios estipulados en los contratos de concesión (en estos casos la resolución tarifaria será aplicable a la empresa titular de los respectivos contratos de concesión); **(ii)** cuando se verifique la existencia de operadores dominantes en el mercado (la resolución tarifaria será aplicable a la empresa concesionaria respecto de la cual se haya determinado que goza de una posición de dominio en el mercado); y, **(iii)** cuando se determine que no existe competencia efectiva en el mercado (la resolución tarifaria será aplicable a todas las empresas concesionarias del respectivo mercado). En todos estos casos, se señala, que el Osiptel actuará sólo **“cuando lo considere necesario a fin de crear las condiciones tarifarias adecuadas para el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones, garantizando la calidad y eficiencia económica”**.

Nótese de un análisis sistemático de la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General, los Lineamientos para Consolidar la Competencia y el Reglamento de Tarifas, que mientras el Régimen Supervisado, es decir, aquellos casos en los que las empresas concesionarias del sector de las telecomunicaciones pueden brindar sus servicios en un régimen de libertad es la regla; la excepción es el Régimen Regulado, teniendo por ello aquellas circunstancias Osiptel se encuentra en la necesidad de regular las tarifas de determinados servicios de telecomunicaciones, siempre que detecte que nos encontramos ante la presencia indubitable de operadores dominantes en el mercado y cuando se determine invariablemente que no existe competencia efectiva en el mercado. En tal sentido, dado que la legislación debe seguir la tendencia de desregular todos los servicios, la intervención de Osiptel debe ser excepcional y rigurosa. Situación que como veremos en las siguientes páginas no ha ocurrido con ocasión de la tramitación del procedimiento que derivó en la aprobación de la Regulación Impugnada.

La necesaria verificación de la ocurrencia de alguno de los supuestos indicados en el Reglamento de Tarifas ya mencionados en párrafos anteriores, así como la

determinación de la excepcional conveniencia de que se proceda a una fijación de tarifas tope en el caso en específico, presupone que el Osiptel ejecute ciertos estudios, análisis e investigaciones preliminares en relación con el mercado de servicios de telecomunicaciones de que se trate a fin de determinar si de su composición y en función de dicho estudios se concluya que la única vía posible para solucionar la falla de mercado detectada sea a partir de un procedimiento tarifario.

Es por ello por lo que las Normas Procedimentales desarrollan las diversas etapas que debe seguir Osiptel para proceder a la fijación de tarifas tope (así como para su eventual revisión cuando estas ya existen previamente). Etapas que como veremos no han sido respetadas con ocasión del presente procedimiento que derivaron en la sanción de la Resolución Impugnada.

Dentro de las etapas antes referidas es importante traer a colación aquella denominada “Etapa Preparatoria”, en la que precisamente es que deben llevarse a cabo los estudios preliminares *“que sustenten la pertinencia de iniciar el procedimiento, conforme a lo establecido en las normas y lineamientos de la materia”*. Estos estudios deben ser conducidos por la Dirección de Políticas Regulatorias y de Competencia de Osiptel (en adelante, “DPRC”); y, pueden dar lugar excepcionalmente a una propuesta de resolución de inicio para su evaluación y presentación al Consejo Directivo del Osiptel, instancia desde donde se determina finalmente el inicio del procedimiento a través de una resolución debidamente motivada, lo que en este caso no ha ocurrido respecto de la Resolución Impugnada.

Como comentamos, la Ley No 31487, al introducir el artículo 39 en la Ley No 27336, señaló que la regulación y fijación de las tarifas tope en cuestión que establezca Osiptel, deben efectuarse siempre en base a costos y en el marco de lo establecido en la Ley 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas. Aunque como veremos, esta no es la única norma que debe respetar Osiptel al momento de evaluar la idoneidad de aprobar determinada regulación tarifaria.

Así, debemos tomar en cuenta que el objeto expreso de la Ley No 27838, fue el de *“garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a*

criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas, mediante el acceso a toda la información utilizada por los Organismos Reguladores”.

Ahora bien, es claro de la revisión del Informe No 174-DPRC/2022 del 27 de octubre de 2022, emitido por la DPRC, y sobre la base del cual se sustenta la Resolución de Inicio, que no se habían realizado los estudios preliminares necesarios que, de conformidad con las Normas Procedimentales, corresponden a la Etapa Preparatoria y que deben llevarse a cabo con el objeto de sustentar la pertinencia -o no- del inicio de un procedimiento tan importante como el que se proponía implementar.

En efecto, en el informe antes mencionado en el párrafo anterior, se advierte únicamente que el mismo se emite *“en cumplimiento de las disposiciones que establece la Ley No 31487, corresponde a este organismo regulador dar inicio al procedimiento de revisión y/o fijación, según corresponda (...)”*, lo que permite inferir que, a criterio de la DPRC, a partir de la entrada en vigencia de la Ley No 31487 el Osiptel se encontraba de algún modo obligado mecánicamente a fijar tarifas tope por concepto de reactivación del servicio y para aquellas que se deriven de las normas de condiciones de uso.

Tal como se destaca en el Informe del Estudio Garrigues que presentamos en el presente procedimiento en nuestro escrito del 15 de mayo de 2024, esta posición asumida por la GPRC no es sostenible, si tenemos en consideración que mediante una ley no puede obligarse a un organismo regulador a llevar a cabo un procedimiento de fijación tarifaria, máxime cuando otras normas -a las que incluso se hace referencia-, disponen que la fijación de tarifas en general por los organismos reguladores debe responder a siempre a criterios “técnicos, legales y económicos” y cuando el marco normativo que regula los aspectos tarifarios del sector exigen el cumplimiento de ciertas condiciones para que ello pueda darse en modo y forma.

En realidad, no habría sido sino hasta la emisión del Informe No 25-DPRC/2024 elaborado también por la GPRC con fecha 15 de febrero de 2024 y en el cual se sustenta la Resolución del Proyecto de Fijación Tarifaria (lo que corresponde al

cierre de la “Etapa de Análisis” según las Normas Procedimentales de Fijación), que se mencionaría el sustento de la intervención del Osiptel (a la par que ya no se haría referencia a una suerte de obligación directamente impuesta al Osiptel sino de una facultad atribuida por la Ley No 31487).¹²

Dicho sustento residiría en el artículo 32 del Reglamento de Tarifas que hemos citado, específicamente en cuanto dispone que Osiptel podrá fijar las tarifas tope de los servicios públicos de telecomunicaciones únicamente en caso se determine que no existe competencia efectiva en el mercado analizado.

Así, según se indica en el informe mencionado en el párrafo anterior, las prestaciones objeto del Procedimiento de fijación tarifaria tendrían la particularidad de que se gestionan luego de la contratación del servicio principal. En ese sentido, según se sostiene en el informe antes indicado, siendo que las tarifas de tales prestaciones son establecidas por los operadores sin poder ser negociadas previamente por los abonados, estos últimos se encontrarían en una situación de asimetría informativa y sin contar además con poder de negociación, lo que justificaría la intervención regulatoria por parte del Osiptel. Como vemos, Osiptel nuevamente, obvió realizar cualquier análisis serio de las condiciones de competencia del mercado para determinar la idoneidad de la propuesta tarifaria que estaba presentando. Al parecer, lo que adicionalmente podría llevar a Osiptel por una senda de arbitrariedad muy peligrosa, bastaría con dar algunas cifras agregadas de la industria, citar tres o cuatro *papers* de economistas reconocidos, para a partir de ello, determinar que nos encontramos ante una situación de ausencia de competencia y concluir la necesidad de una regulación específica. Como resulta evidente, una argumentación de esta naturaleza, no satisface en lo más mínimo los estándares de motivación exigidos por la legislación, no sólo para proceder a una regulación tarifaria, sino incluso para sostener cualquier acto administrativo.

Siguiendo este análisis cuestionable, cabe destacar que el Informe No 185-DPRC/2024, de fecha 27 de septiembre de 2024 (en adelante, “Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada”), llega a afirmar, de forma -en nuestra

¹² El Osiptel no ha indicado en ninguno de los Informes Sustentatorios elaborados con ocasión del presente procedimiento en cuál de los supuestos contemplados en el artículo 32 del Reglamento de Tarifas nos encontraríamos.

opinión- ciertamente muy cuestionable, que cada operador ejercería una suerte de monopolio respecto de las Prestaciones Adicionales de fijación tarifaria con relación a sus propios abonados, por lo que es altamente probable -siguiendo siempre la lógica señalada en el Informe- que las tarifas que los operadores han declarado en el marco de dicho procedimiento que cobran a sus usuarios superen los costos por su prestación. Si la lógica seguida por Osiptel, como justificación de acciones de regulación, fuera cierta, cientos de miles de actividades cotidianas estarían reguladas, y no lo están precisamente porque a pesar de existir condiciones reales -no ficticias- de monopolio, coexisten otros supuestos que desaconsejan cualquier acción regulatoria más allá de cualquier obsesión por las tarifas finales que pagan los clientes y usuarios. Por ejemplo, tanto el documento de la OECD¹³ como el libro de Massimo MOTTA¹⁴, citados en el Informe Sustentatorio de la Resolución Final, nos señalan una serie de ejemplos de mercados de postventa (*aftermarkets*) pero en ningún caso, los mencionados documentos recomiendan desplegar algún tipo de regulación tarifaria para paliar esta situación en dicho mercado, al tiempo que se deja de intervenir en el mercado principal. Este es sólo un ejemplo de cómo es que Osiptel utiliza la literatura económica a la carta, de forma aleatoria, sólo como una justificación para su intervención y no como un mecanismo válido para determinar la conveniencia de su intervención, lo cual constituye en la práctica una inobservancia al principio de verdad material consagrado en la LPAG¹⁵. Ya nos detendremos más adelante a

¹³ OECD. *Market Definition: Key findings, summary and notes. OECD Roundtables on Competition Policy Papers*. 2012, No. 130.

¹⁴ MOTTA, Massimo. *Política de competencia. Teoría y práctica*. México D.F., 2018, Fondo de Cultura Económica.

¹⁵ LPAG

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público. (el énfasis es agregado)

cuestionar los presupuestos teóricos del Informe sustentatorio de la Resolución Impugnada.

No obstante, como hemos comentado líneas atrás, el marco normativo que regula los aspectos tarifarios del sector telecomunicaciones es claro en el sentido de que la fijación de tarifas tope por parte del Osiptel constituye una facultad excepcional, que requiere de la verificación de ciertos supuestos específicos y del análisis de su conveniencia en el caso en particular, siendo que se requiere de la realización de estudios preliminares serios según el procedimiento diseñado y aprobado por el propio regulador antes de que se disponga propiamente el inicio del procedimiento, lo que no habría ocurrido en el presente caso.

Esta última constatación constituye un primer cuestionamiento con relación al Proyecto de Fijación Tarifaria, toda vez que al no haberse ejecutado a cabalidad de la primera de las etapas contemplada en las Normas Procedimentales de Fijación se habría viciado el procedimiento desde un inicio al haberse inobservado el marco normativo aplicable.

Sin embargo, en la medida en que más adelante con la emisión del Informe No 25-DPRC/2024 (reproducida también en el Informe No Informe No 185-DPRC/2024) se habría pretendido introducir una aparente justificación para que proceda la fijación tarifaria, Osiptel podría alegar que la omisión inicial constituiría en realidad un vicio no trascendente, el que habría quedado ya superado con la justificación dada en el informe No 25-DPRC/2024. Sin embargo, nos encontraríamos únicamente ante una justificación aparente, pues ninguno de los tres informes que se han elaborado en el presente procedimiento justifican la intervención excepcional de Osiptel.

Otro cuestionamiento en relación la Resolución Impugnada reside en la constatación de que no todos los operadores resultan ser destinatarios del procedimiento en cuestión. Al respecto, cabe hacer notar que contrariamente al resultado final, en el Informe No 174-DPRC/2022 se señaló que la Ley No 31487 tenía alcance general y, en consecuencia, su aplicación comprendía a todas las empresas operadoras de los servicios públicos de telecomunicaciones que aplican tarifas por las prestaciones previstas en sus disposiciones para las tarifas por

concepto de reactivación y Condiciones de Uso que se encuentran bajo la aplicación de tarifas tope.

No obstante lo señalado en el propio informe que da inicio al presente procedimiento, finalmente se determina que las tarifas tope alcanzarán a las prestaciones provistas por un grupo reducido de empresas operadoras, a saber: Telefónica del Perú S.A.A., América Móvil Perú S.A.C., Entel Perú S.A., Viettel Perú S.A.C., Wow Tel S.A.C. y Wi-Net Telecom S.A.C., y, Directv Perú S.R.L.

Consideramos que esta discriminación va en contra del marco normativo aplicable, toda vez que, si el sustento dado por Osiptel para justificar su intervención estaría en lo dispuesto en el artículo 32 del Reglamento General de Tarifas, específicamente en cuanto dispone que el Osiptel podrá fijar las tarifas tope de los servicios públicos de telecomunicaciones en caso se determine que no existe competencia efectiva en el mercado analizado, lo resuelto debió alcanzar a todas las empresas concesionarias sin distinción, tal como lo indica expresamente el referido artículo al señalar que *“en estos casos, la resolución tarifaria será aplicable a las otras empresas concesionarias del respectivo mercado”*. Esto último, más aún cuando no existiría una justificación aparente por la cual, partiendo de la alegada existencia de un monopolio entre un operador y sus usuarios respecto de las prestaciones objeto de fijación tarifaria, unos operadores deban verse afectados y otros no, máxime si en los análisis realizados por Osiptel no se observa ningún razonamiento a partir del cual se pueda determinar que unos operadores sí ejerzan determinada dominancia respecto de sus abonados, y en otros casos, para las mismas prestaciones, otros operadores estén libres de dichas circunstancias económicas.

En resumidas cuentas (...)

B) OSIPTel NO HA DEMOSTRADO LA NECESIDAD DE UNA INTERVENCIÓN REGULATORIA

A continuación, desarrollaremos brevemente la posición de Osiptel para justificar su intervención regulatoria, la cual se encuentra detallada en el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada.

Para Osiptel, las denominadas Prestaciones Adicionales se caracterizan porque su provisión se realiza luego de la contratación de un servicio minorista, en este caso, un servicio público de telecomunicaciones. Por lo tanto, siendo que sus tarifas son establecidas por la empresa operadora, este no es un aspecto que pueda ser negociado por los abonados.

A partir de este aserto, para aclarar la diferencia entre el mercado del servicio público de telecomunicaciones y el mercado de cada Prestación Adicional (aunque en realidad este análisis particular no se realiza), Osiptel emplea un análisis teórico de la OECD -en un documento que ya hemos citado-, en el cual se reconoce que la definición del mercado **puede ser compleja** cuando la complementariedad entre dos productos es necesaria para que el usuario pueda obtener beneficios de su consumo. En ese contexto, el producto primario y producto secundario conforman un sistema en el que el demandante estará obligado (*locked in*) a comprar estos últimos una vez que haya adquirido el primero, como ocurre por ejemplo en el caso de las impresoras y los cartuchos de tinta compatibles con ella, presentándose una restricción por compatibilidad en el mercado secundario de cartuchos de tinta (*aftermarket*).

Bajo este paraguas teórico, en el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada se señala que adicionalmente a la suscripción de un contrato, está presente la complementariedad entre el servicio público de telecomunicaciones y las Prestaciones Adicionales. Así pues, en el caso de que un abonado requiera de alguna de estas prestaciones, está supeditado a solicitarla únicamente a su empresa operadora. El servicio público de telecomunicaciones se encontrará en el mercado primario, mientras que la Prestación Adicional estará en el mercado secundario.

Luego, siguiendo siempre lo expresado por el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada, se advierte que una vez definido que el servicio y la prestación pertenecen a “mercados diferentes”, es de interés evaluar si es que los mismos son analizados en su conjunto cuando el consumidor decide la adquisición del servicio público de telecomunicaciones.

Para develar esta interrogante, se recurre a la Encuesta Residencial de Servicios de Telecomunicaciones (ERESTEL del 2022), concluyéndose que, para ninguno

de los servicios de telecomunicaciones, se advierte que el precio de una Prestación Adicional constituye una razón para los usuarios de los servicios de telecomunicaciones que amerite el cambio de operador. Es entonces, en virtud de ello, que las Prestaciones Adicionales no forman parte de la decisión del abonado a la hora de contratar su servicio público.

Así, Osiptel advierte que la tarifa cobrada por las Prestaciones Adicionales por parte de las concesionarias de servicios públicos excede en un 50% respecto del costo calculado por el regulador, lo que evidenciaría la posición de dominio de la cual gozan las operadoras. Problemática que corresponde tanto a las empresas de gran escala multiservicio como a aquellas empresas de menor tamaño con ofertas monoproducto, a partir de lo cual se infiere que la tendencia en el sector no se orienta hacia la determinación de tarifas cercanas a costos.

Para Osiptel, a través de la medida regulatoria implementada en la Resolución Impugnada, buscaría corregir la falla de mercado detectada, acotando la determinación de tarifas por las Prestaciones Adicionales, de forma tal que las mismas se sitúa a valores concordantes con los costos incurridos para su provisión.

No podemos estar de acuerdo con el análisis realizado por Osiptel. Como hemos explicado in extenso en la primera parte de este documento, la intervención regulatoria de Osiptel sólo se justifica ante una situación irresistible producto de una falla real y permanente del mercado, sin que existan medidas adicionales que pudieran debilitarla. Como veremos a continuación, el análisis de Osiptel es sesgado, incompleto, parcial y en modo alguno permite identificar una falla de mercado que pueda ser solucionada únicamente a partir de una intervención regulatoria. Nos explicamos a continuación.

Como hemos visto, Osiptel utiliza básicamente un argumento para concluir respecto de la necesidad de una intervención regulatoria que supere la falla de mercado, esto es que los servicios se prestan en una situación de “monopolio”¹⁶,

¹⁶ Si bien el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada, emplea en repetidas ocasiones el término “monopólico”, el mismo no se encuentra plasmado ni en las normas sectoriales de telecomunicaciones, así como tampoco en las normas tarifarias que regulan la actividad de Osiptel; tampoco lo encontramos en las normas de proveedor importante o en los dispositivos que regulan la libre competencia en el Perú, por tanto no encontramos ante un término ajeno a nuestra tradición jurídica de competencia, en tal sentido

donde las tarifas que cobran las empresas operadoras se sitúan por encima del precio marginal a partir de un análisis según el índice de Lerner, donde el insumo principal para demostrar que dicho índice supera el umbral considerado como monopolístico ha sido determinado por el propio Osiptel. Ejercicio en extremo simplista para una tarea que la literatura más especializada reconoce como sumamente compleja¹⁷.

Sobre el particular, respecto de la afirmación contenida en el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada que los precios por las Prestaciones Adicionales que cobran las empresas concesionarias no están orientados a costos, cabe señalar que el hecho de que existan precios que no se encuentran alineados a costos (definidos de forma arbitraria por Osiptel) no implica en modo alguno que nos encontremos ante la existencia de poder de mercado o una situación de monopolio para utilizar la terminología empleada en el Informe Sustentatorio. Como bien saben los ilustres miembros del Cuerpo Colegiado de Osiptel, en la economía real, prácticamente ningún precio ofertado por los diversos agentes económicos está orientado a un nivel técnico de costos, lo que no supone en modo alguno la existencia de una falla competitiva que amerite algún tipo de intervención regulatoria por parte del Estado.

Por ejemplo, Massimo MOTTA¹⁸, en el documento citado por Osiptel señala como ejemplo de mercado secundario, al automotriz, en una situación que se requiere de faros especiales para vehículos que no son compatibles con los de otras marcas. En este caso, para MOTTA, si el fabricante de automóviles también produce faros y cobra por ellos un precio elevado, es posible definir el mercado relevante del producto como faros para una determinada marca de automóviles, lo que podría dar lugar a una posición dominante del fabricante automotor en el mercado secundario, incluso si este tiene una posición débil en el mercado primario. Sin embargo, el profesor MOTTA no recomienda regular el mercado secundario de faros, como aparentemente sí se debería hacer de acuerdo con el

carece de contenido, como si lo tienen otros términos como poder de mercado o posición dominante, que contrariamente al término empleado por Osiptel se encuentran bien definidos por parte de nuestros tribunales administrativos.

¹⁷ Vid. DE LOECKER, Jan, Jan Eeckhout y Gabriel Unger. *The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications*. En: *The Quarterly Journal of Economics*, Volumen 135, número 2, mayo de 2020. Pág. 561.

¹⁸ MOTTA, Massimo. Op. Cit. Pág. (...).

análisis que nos ha presentado Osiptel. En realidad, si siguiéramos a rajatabla el análisis de Osiptel presentado en los documentos que forman parte del presente procedimiento, miles de mercados secundarios debieran de estar regulados, cuando la realidad nos dice que ninguno de ellos lo está. En este caso, Osiptel debió explicar cómo es que su marco teórico de dominancia para mercados de postventa (como el de repuestos automotrices o cartuchos de tinta para impresoras) es adaptable con el de los servicios públicos de telecomunicaciones, ejercicio que evidentemente no ha realizado.

Es más, Osiptel al citar al profesor MOTTA no ha tomado en cuenta que lo indicado respecto del caso Kyocera, a saber, un importante productor de impresoras para computadoras. Kyocera fue acusado de haber abusado de su posición dominante en el mercado de productos secundarios para sus impresoras. Sin embargo, en un hecho muy relevante si tenemos en cuenta que en Europa las prácticas explotativas son sancionables, las autoridades de competencia de la Unión Europea rechazaron la denuncia planteada, al determinar que los consumidores siempre tuvieron en cuenta los precios de los productos secundarios al comprar el producto primario y que había competencia significativa en el mercado de las impresoras. Tal como ocurre en el presente caso respecto de los servicios públicos de telecomunicaciones, donde se evidencia un importante nivel de competencia en el mercado primario; y, Osiptel no ha logrado presentar prácticamente ninguna evidencia de que los usuarios de estos servicios desconocen los precios de las Prestaciones Adicionales en el mercado secundario.

Como resulta más que evidente, y hemos destacado en el párrafo anterior, Osiptel ha utilizado una motivación circular e incompleta para identificar la supuesta situación de monopolio existente en el mercado secundario. Es circular pues, para llegar a la conclusión de que los precios están por encima del costo marginal, se basa únicamente en un modelo de costos que únicamente demuestra que los precios de mercado están por encima de los precios de su propio modelo de costos. Modelo que por otra parte ha sido desarrollado a partir de una metodología equivocada.

Osiptel no ha demostrado que exista poder de mercado a partir de un análisis de competencia serio, ejercicio que por su propia experiencia no le es ajeno, como

por ejemplo, cuando realiza la determinación de proveedor importante para diversos mercados de telecomunicaciones. No existe evidencia que las Prestaciones Adicionales se brinden en situación de monopolio, ni siquiera teniendo en cuenta la literatura económica que cita Osiptel para sustentar su intervención regulatoria. Tanto ello es así, que Osiptel al desarrollar su justificación obvia el impacto en su modelo teórico respecto de aquellos casos en los que las empresas operadoras no cobran tarifa alguna por las Prestaciones Adicionales o éstas se acercan al modelo de costos elaborado por el propio regulador. Si ello es así, es decir, que existe un gran abanico de tarifas ofrecidas por los diversos agentes que participan en el mercado de las telecomunicaciones nacional, es lógico presumir que las mismas se encuentran en situación competencia, y que las operadoras las incluyen de algún modo dentro de su oferta primaria, lo que ha decir de MOTTA es una circunstancia para no considerar que nos encontramos ante dos mercados diferenciados. Sin embargo, ningún análisis adicional sobre el particular ha realizado Osiptel.

Si el propio Osiptel ha señalado en su análisis, que existen diferentes ofertas, por lo que el cliente tendría opciones de cambiar de servicio a las de otro operador, asumiendo el cliente de la existencia de un *trade-off* entre el no pago de dichos servicios y la posible imposición de un compromiso de permanencia, así como asumir los tiempos de instalación que ello implica, o, por el contrario, el abonado tiene la opción de reconectar su servicio y pagar la tarifa por ello. Lo relevante en este caso, es que el cliente tiene diversas opciones, y, en algunos casos estas son incluso hasta gratuitas, por lo que no se puede argumentar válidamente que las denominadas Prestaciones Adicionales se provean en una situación de monopolio.

Consideramos que nos encontramos ante un caso único en la experiencia internacional, tanto en lo que respecta a la determinación de un mercado relevante, como en lo relacionado a la aplicación de una determinada regulación tarifaria sólo a los mercados secundarios o de postventa (*aftermarkets*), sobre todo si tenemos en cuenta que la imposición de tarifas, es una medida estatal de última ratio, recomendable sólo cuando otras imposiciones menos invasivas no han tenido efecto. Huelga decir que para el presente caso, dado que no existe una

falla de mercado, no sería recomendable la imposición de ninguna obligación regulatoria.

Es claro que la tendencia internacional, no pareciera ir en el sentido de regular las tarifas de reactivación de los servicios públicos de telecomunicaciones, como a contracorriente pareciera que se encuentra Osiptel. En efecto, es claro que el control de los precios a nivel minorista fue una opción regulatoria de la época del carbón y del acero, una derivada del tiempo de los monopolios naturales. Luego de más de tres décadas de la liberalización del sector de las telecomunicaciones en el país, no parece que la opción regulatoria más recomendable sea por la que ha optado Osiptel.

Sobre lo señalado, haríamos bien en tener como referencia la regulación de mercados de telecomunicaciones que viene realizando la Comisión Europea ("CE") respecto de los mercados de telecomunicaciones que pueden ser objeto de una regulación ex ante. Mientras que en la primera y segunda revisión de 2003¹⁹ y 2007²⁰ se definieron una serie de mercados relevantes en el nivel minorista; en las revisiones posteriores de 2014²¹ y 2020²² ya no se incluyeron mercados minoristas para regular, e incluso se ha venido reduciendo el número de mercados mayoristas a ser intervenidos, identificándose en la actualidad, sólo a dos mercados mayoristas que reúnen las condiciones generales que merecen ser analizados.

¹⁹ Comisión Europea. 2003/311/CE. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 11 de febrero de 2003 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

²⁰ Comisión Europea. 2007/879/CE. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

²¹ Comisión Europea. 2014/710/UE. RECOMENDACIÓN DE LA COMISIÓN de 9 de octubre de 2014 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

²² Comisión Europea. 2020/2245. RECOMENDACIÓN (UE) 2020/2245 DE LA COMISIÓN de 18 de diciembre de 2020 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

En sintonía con la tendencia mundial a desregular los mercados de telecomunicaciones, tal como ocurre en el caso peruano si recordamos lo que sobre el particular se ha dispuesto en los Lineamientos para Consolidar la Competencia, la Comisión Europea nos detalla como uno de sus principales objetivos los siguientes²³:

“La aplicación de estos tres criterios acumulativos debe limitar el número de mercados regulados en el sector de las comunicaciones electrónicas y contribuir así a reducir progresivamente la regulación sectorial ex ante a medida que se desarrolle la competencia en dichos mercados. El hecho de no satisfacer cualquiera de los tres criterios indicaría que el mercado de que se trate no es susceptible de regulación ex ante. Es esencial imponer obligaciones reglamentarias ex ante a un mercado mayorista con el fin de garantizar una competencia sostenible solamente cuando existan una o varias empresas con un peso significativo en el mercado y cuando las soluciones previstas en el Derecho de la competencia no sean suficientes para resolver el problema.” (el énfasis es agregado)

Es claro, que la tendencia actual a nivel comparado, a más de tres décadas de la apertura del sector, es la de la desregulación y el tránsito a una intervención en todo caso ex post (véase la reciente consulta pública de la UE sobre la regulación del sector²⁴). Es por ello por lo que llama la atención la reciente posición de Osiptel sobre una serie de prestaciones residuales, que a todas luces constituye un paso atrás respecto de las mejores prácticas internacionales.

En definitiva, Osiptel estaría mostrando una seria y preocupante confusión en al realizar su análisis de mercado y respecto de la imposición de unos remedios que distan mucho de ser los más idóneos. Creemos que al pretender imponer obligaciones de precios regulados a unos mercados secundarios sobre la base de una serie de conceptos no contrastados respecto de la situación de unos mercados primarios (mercados donde sí se han llevado a cabo análisis de Proveedor Importante y no se ha encontrado que exista dominancia en la mayor parte de los mercados investigados). Por otro lado, si los mercados primarios

²³ Comisión Europea. 2020/2245. RECOMENDACIÓN (UE) 2020/2245 DE LA COMISIÓN de 18 de diciembre de 2020 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación ex ante de conformidad con la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

²⁴ Comisión Europea. 2023. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/consultations/consultation-white-paper-how-master-europes-digital-infrastructure-needs>

están en competencia efectiva como no cuestiona Osiptel, y por lo tanto, la iniciativa privada es libre, creemos que carece de sentido que los mercados secundarios de éstos, muestren evidencia de condiciones de “monopolio”. Finalmente, la imposición de precios regulados en el nivel minorista es siempre una medida excepcional, situación que en modo alguno Osiptel ha llegado a motivar con un grado mínimo de razonabilidad.

Osiptel señala en el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada, que una evidencia que las Prestaciones Adicionales no forman parte de la decisión del abonado a la hora de contratar su servicio público es la información contenida en la ERESTEL del 2022 donde se revela que para ninguno de los servicios de telecomunicaciones el precio de las Prestaciones Adicionales constituye una razón que amerite el cambio de operador. En este caso, podría interpretarse que el hecho que los abonados no señalen el costo de las Prestaciones Adicionales como un motivo de migración a otros operadores, bien podría ser porque estos consumidores han internalizando el precio de los servicios primarios y secundarios en su gasto, considerándolos como un monto global, lo cual implicaría que nos encontramos ante un solo mercado relevante y no con mercados relevantes primario y secundario separados como erróneamente señala Osiptel.

A mayor abundamiento, llama la atención la preocupación reciente que sobre el particular demuestra Osiptel, cuando el número de quejas recibidas por los servicios de atención al cliente respecto de los cargos de reconexión son muy reducidas, prácticamente insignificantes, algo que Osiptel bien puede corroborar fácilmente. Tampoco encontramos mayor incidencia en redes sociales o en la prensa nacional sobre el particular. No parece por lo tanto existir una afectación directa al bienestar de los consumidores que merezca ser tutelada por el Estado a través de Osiptel. Creemos que nos encontraríamos con una abundancia de argumentos que sustentan la inexistencia de una falla de mercado.

Consideramos que Osiptel está utilizando como prueba de la supuesta provisión de servicios en situación de monopolio, un modelo de costos elaborado a posta únicamente para el presente procedimiento. Este modelo de costos es el insumo principal para elaborar un índice de Lerner que sirve como sustento para determinar que nos encontramos ante unas Prestaciones Adicionales que se prestan en situación de monopolio. Sin aceptar que la metodología de análisis

empleada por Osiptel sea la adecuada -en lo que claramente discrepamos a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores-, es claro que si se demuestra que el modelo de costos es erróneo, también lo es la supuesta oferta en monopolio de las Prestaciones Adicionales. En dicho sentido, demostraremos en el título siguiente cómo es que el modelo de costos elaborado por Osiptel está equivocado, tanto en su metodología como en sus resultados finales, y, por lo tanto, los resultados del índice de Lerner utilizado para determinar la situación de monopolio en el mercado de las Prestaciones Adicionales no pueden ser tomados en cuenta, no al menos válidamente.

C) LA TARIFAS APROBADAS POR OSIPTel NO SE ENCUENTRAN ALINEADAS A COSTOS

Como hemos señalado en el título anterior, el modelo de costos desarrollado por Osiptel en el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada, constituye la pieza angular de la decisión para imponer cargas regulatorias a las Prestaciones Adicionales brindadas por las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. Ello porque el modelo de costos comparado con las tarifas más altas existentes en el mercado a través del índice de Lerner constituye en realidad el único argumento que sostiene la decisión de regular las Prestaciones Adicionales. Ya hemos demostrado que incluso aunque no existiera orientación a costos, ello no justifica una falla de mercado o una merma del bienestar del consumidor pero, en todo caso, demostraremos en este acápite que el propio modelo de costos es equivocado, y, por tanto, no es una herramienta idónea para sustentar las conclusiones de necesidad regulatoria a las que arriba Osiptel.

Como veremos a continuación, el modelo de costos construido por Osiptel con ocasión del presente procedimiento, no es correcto pues subestima de forma notable el costo real de provisión de las Prestaciones Adicionales por lo menos a lo que Telefónica se refiere.²⁵

²⁵ A pesar de los numerosos comentarios presentados por Telefónica y otros agentes económicos en los que se destaca las inconsistencias del modelo de costos presentado por Osiptel para regular las Prestaciones Adicionales, se tomó la decisión de aprobarla. Por ejemplo, aún cuando Telefónica presentó una serie de más que fundamentadas objeciones al modelo de costos, en la Matriz de Comentarios que acompaña la Resolución impugnada sólo se señaló escuetamente que la metodología estaba de acuerdo

El modelo de costos utiliza como insumos principales, los costos registrados en la contabilidad de Telefónica para el año 2021, tomando sólo algunas de las partidas de costos de CAPEX²⁶ y OPEX²⁷, que, sin dar mayor explicación para ello, participarían en los costos de los servicios de reactivación.

El principal inconveniente metodológico del modelo de costos de Osiptel, es que no nos encontramos ante un modelo de costos según la metodología ABC (*Activity Based Costing*)²⁸, que de manera justificada, repercuta los costos de la compañía a las actividades de la empresa, a sus componentes de red, y finalmente a los servicios, atendiendo a inductores de costos justificados según el empleo que hace cada servicio de los recursos y actividades de la compañía. Esto es, los servicios de telecomunicaciones que están siendo considerados como un todo, tienen una naturaleza y uso de los recursos de la empresa (y por lo tanto costos asociados diferentes) marcadamente específicos. Como puede fácilmente entenderse, no tiene el mismo uso de recursos y costos un evento totalmente automatizado y con un volumen masivo procesado por los sistemas de información de la empresa, que un evento que requiere de todo un ciclo de intervención de personas (por ejemplo, el Centro de Atención al Cliente, visita de técnicos a casa del cliente, sistemas de información, etc.). Pueden ser uno o varios

con el marco normativo, sin debatir ninguno de los argumentos presentados a lo largo del procedimiento, tal como veremos de la siguiente cita de la Matriz que reproducimos a continuación:

*“Ahora bien, adoptar un modelo de costeo distinto al sugerido por Telefónica del Perú S.A.A. **no es un error**. Por el contrario, **la metodología desarrollada por el organismo regulador es consistente con su marco normativo**, siendo que el artículo 33, inciso 1, del Reglamento General de Tarifas faculta al Osiptel a calcular tarifas tope orientadas a costos y en base a la información proporcionada por las empresas.”*

- ²⁶ **CAPEX** (*Capital Expenditure* - Inversión en activos tangibles), es un término que se refiere a los gastos de capital o inversiones que realiza una empresa en activos a largo plazo, los cuales pueden tener un impacto a largo plazo en su capacidad de generar ingresos y beneficios.
- ²⁷ **OPEX** (*Operational Expenditure* - Gastos operativos o gastos de funcionamiento), se refiere a los costos en los que una empresa incurre en sus operaciones diarias, como el mantenimiento de equipos, la planilla, el alquiler de inmuebles o el pago de los servicios públicos.
- ²⁸ El ABC es un procedimiento de dos etapas que se utiliza para asignar costos generales a los productos y servicios producidos. En la primera etapa, se identifican las actividades significativas y los costos generales se asignan a los grupos de costos de las actividades de acuerdo con la forma en que las actividades consumen los recursos. En una segunda etapa, los costos generales se asignan de cada grupo de costos de las actividades a cada línea de productos en proporción a la cantidad del generador de costos consumido por la línea de producto. Vid. GOSSELIN Maurice. *A Review of Activity-Based Costing: Technique, Implementation, and Consequences*. En: *Handbooks of Management Accounting Research*. Volumen 2. 2006. Página 641.

órdenes de magnitud de diferencia (x10 o x100 veces) en cuanto al tipo de recursos implicados y costo entre cada tipo de evento.

Para tener en cuenta esta diferencia, en un modelo de costos adecuadamente desarrollado según la metodología ABC, a cada tipo de servicio le repercutirá un uso específico de los recursos y actividades de la empresa (lo que se conoce como factores de enrutamiento). Así, un evento automático que sólo involucra a los sistemas tendrá factores de enrutamiento que sólo consideran estos recursos, mientras que un evento en el que interviene el CAC o personal técnico que visita la casa de los clientes o una central, tendrá unos factores de enrutamiento con mayor peso en estas partidas de costos donde el costo de la mano de obra será el componente principal de costo.

Sin embargo, el modelo de costos presentado por Osipitel es simplista en el sentido que, primero, elige arbitrariamente un subconjunto reducido de partidas de costos que utilizará para calcular los costos unitarios de los servicios, cuando la realidad es que la mayor parte de las partidas podrían contribuir al costo de los servicios involucrados, en mayor o menor medida atendiendo a los denominados “factores de enrutamiento”, y, profundizando en el error, aglutina todas las partidas de costos en una única partida general, que será utilizada como numerador para ser dividida como denominador por la suma de todos los eventos individuales, sin tener en consideración el distinto uso de los recursos y costos individuales. Por otro lado, otro error importante, es que el modelo de costos de Osipitel considera que todos los servicios, tanto los que pretende regular como otros servicios -a entender del modelo- utilizan los mismos recursos (bajo el concepto de economías de alcance), y por lo tanto tienen en el modelo exactamente el mismo peso, uso de los recursos y actividades, pues lo que hace el modelo es sumar todos los eventos considerados como iguales, como si fueran homogéneos -cuando no lo son- aglutinándolos como un sumatorio único para calcular el costo unitario de lo que serían servicios equivalentes en uso de recursos y actividades.

El modelo de Osipitel es en esencia erróneo. Para Osipitel, es como si emitir una gestión tramitada de manera automática mediante un proceso y sistemas automatizados que conlleva milisegundos de computación en el sistema, tuviera el mismo peso y costo que un proceso que involucra al Centro de Atención al Cliente, desplazamiento de funcionarios de la empresa a la casa del cliente, así



como otras actividades que requieren de una fuerte intervención humana, y, por lo tanto, estamos ante costos diferenciados asociados. Por lo tanto, el modelo presentado por Osiptel suma eventos con el mismo peso -cuando en realidad éstos tienen un uso de recursos y actividades distintos- lo que lleva equivocadamente a homogeneizar todos los eventos como si tuvieran el mismo uso de los recursos y, por lo tanto, el mismo costo.

En efecto, primero, el Osiptel elige discrecionalmente sin justificar un subconjunto reducido de las partidas de costos de la empresa, las aglutina y suma sin distinción.

COSTOS RELACIONADOS A LA RED DE TELECOMUNICACIONES		
CONCEPTOS	CAPEX	OPEX
TOTAL		493.948.347,17 Soles

COSTOS RELACIONADOS A LA GESTIÓN DE CLIENTES		
CONCEPTOS	CAPEX	OPEX
TOTAL		276.727.801,01 Soles

Concepto	Monto anual (en S/)
Costos relacionados a la red de telecomunicaciones	493 948 347
Costos relacionados a la gestión de clientes	276 727 801
Total	770 676 148

Elaboración: DPRC-Osiptel.

Partidas de costos consideradas (Fuente: OSIPTel - Informe No 25-DPRC/2024)

Posteriormente, el modelo identifica todos los eventos que pueden participar en las economías de alcance de los servicios considerados y sin distinción de su distinta naturaleza, los suma como eventos iguales como si tuvieran el mismo peso y uso de los recursos de la compañía.

EVENTOS RELACIONADOS A LA RED	
VOZ FIJA	12.876.852
VOZ TUP	398.832
VOZ MÓVIL	149.988.252
MENSAJES DE TEXTO MÓVIL	149.988.252
INTERNET FIJO	20.404.140
INTERNET MÓVIL	102.868.140
TV DE PAGA	12.530.724
TOTAL	449.055.192
EVENTOS RELACIONADOS A LA GESTIÓN DE CLIENTES	
RECLAMOS	1.660.003
AVERÍAS REPORTADAS	343.037
QUEJAS	40.293
CONSULTAS	1.967.473
EQUIPOS VENDIDOS	1.651.733
FACTURACIÓN	196.747.332
ALTAS	19.812.380
BAJAS	8.630.763
MANTENIMIENTO	196.747.332
INTERRUPCIONES	7.280
TOTAL	427.607.627

Eventos considerados para calcular el costo unitario (Fuente: OSIPTEL - Informe No 25-DPRC-2024²⁹)

Si bien es cierto que el modelo considera alguna de las partidas de costos como la del Centro de Atención al Cliente, este costo se diluye totalmente a partir de una aproximación simplista cuando considerar a todos los eventos con el mismo peso y uso de recursos, tanto los que constituyen procesos automáticos, que suelen tener un número de eventos, uno, dos y hasta tres órdenes de magnitud superior al de los eventos en los que existe participación humana; y, por ende un tiempo de dedicación que debe medirse a partir de unos pocos minutos hasta varias horas de dedicación de mano de obra. Como resulta evidente, ocurre que los eventos con intervención automática, sólo insumen tiempo de los sistemas informáticos o automáticos, por su bajo uso de recursos y muy superior número de eventos, lo cual diluye completamente el mayor peso que tienen los eventos que requieren de la intervención humana para su realización, y, por lo tanto, tienen como es evidente un mayor costo unitario.

En efecto, tomemos como ejemplo una actividad que involucra una serie de acciones de varios funcionarios y, por lo tanto, representa un costo de mano de obra asociados, que a todas luces tienen un consumo de recursos y costos

²⁹ Adicionalmente, desconocemos el motivo por el que Osipitel -para los eventos relacionados con la red-, multiplica el número de líneas por los 12 meses del año, para luego convertirlos en eventos equivalentes al resto de los eventos. De esta forma, Osipitel parece estar asumiendo que cada línea genera un evento de red de algún tipo al mes, lo cual no sólo no está sustentando, sino que consideramos que es incorrecto.

importante, el cual puede ser hasta diez veces mayor a un evento intensivo pero que sólo insume un uso exclusivo de recursos automáticos de nuestros sistemas automáticos. Si el tipo de evento con intervención humana tiene una ocurrencia del orden de 100 ó 1,000 veces menor que la ocurrencia del evento automático, si aglutináramos y sumáramos los costos y eventos de ambos tipos de servicio, el costo del servicio que requiere la intervención humana quedará completamente diluido dentro del costo global único considerado al hacer la suma sin distinción de ambos tipos de eventos.

Concretamente y acudiendo a las cifras del modelo de costos elaborado por Osiptel. Puede verse como el modelo considera un total de casi 1,000 millones de eventos, a partir de los cuales se calcula el costo unitario (con los eventos como denominador) a partir de la suma de los costos de las partidas de costos de la empresa que el modelo ha elegido arbitrariamente. Si un evento marcadamente diferenciado en cuanto al nivel de recursos y costos insumidos, como puede ser el de reactivación (el cual, necesita de la intervención humana tanto en el Centro de Atención al Cliente, como de nuestros colaboradores técnicos que se desplazan hasta el domicilio del abonado para realizar la tarea), el cual tiene apenas unos pocos millones de eventos al año. Sin embargo, el modelo diluye el peso de este evento dentro del total de eventos (su peso es uno entre mil) al calcular sesgadamente un costo único por evento, incluso si su costo real unitario fuera por ejemplo de diez veces mayor al costo promedio por evento.

En líneas generales, la mayoría de los eventos que el Osiptel está considerando en su modelo de costos, no pertenecen a los servicios materia del presente procedimiento regulatorio, a partir de lo cual, el operador no está ni remotamente recuperando los costos de provisión eficiente de los servicios de reactivación regulados por la Resolución Impugnada.

El modelo suma con el mismo peso todos los eventos, a pesar de su muy distinta naturaleza, y así hace equivalente eventos tan dispares como el número de líneas de voz fija, móvil, internet fijo, internet móvil, TV de paga, etc., con llamadas de reclamos, actividades de facturación, averías, etc.

Un modelo de costos elaborado correctamente asignaría un uso de los recursos y actividades característicos y únicos para cada tipo de evento, y a partir de todas

las categorías de costos de la empresa, no sólo a partir de un reducido subconjunto escogido arbitrariamente por Osiptel, para llegar a un valor único, causal y justificado para cada tipo de servicio según el uso real de los recursos y actividades de la empresa.

Sin embargo, el modelo de costos de Osiptel no considera las economías de alcance de la empresa, que es lo que parece intentar hacer al sumar eventos de tan distinta naturaleza como si tuvieran el mismo peso. Lo que hace el Osiptel con su errada metodología, es homogeneizar e igualar tareas y servicios que son en realidad heterogéneas y con un muy distinto uso de los recursos y actividades de la empresa. Por lo tanto, el efecto de esta práctica, es el de sobre representar la proporción de costos a los que mayor volumen de eventos tienen, que son precisamente los eventos automatizados, que insumen un menor costo unitario. Volviendo a lo señalado anteriormente, hay eventos automáticos que representan 9 de 10 ocurrencias (los que tienen más de 100 millones de eventos anuales), de forma tal que se diluye completamente el costo individual de los eventos y servicios con una distinta naturaleza y que tienen un fuerte componente de intervención humana.

Efectivamente, un modelo que tenga en cuenta las reales economías de escala y alcance, es la forma rigurosa y correcta de hacer un ejercicio de costos -a pesar de las dificultades que ello implica-, pero identificando adecuadamente, mediante los inductores de reparto y factores de enrutamiento, el uso específico de cada servicio. Así, el modelo correcto considera todos los servicios, recursos y actividades de la compañía, pero asigna adecuadamente a cada servicio el uso específico de los recursos y actividades de la compañía.

Reconocemos que implementar un modelo de costos de forma correcta es un ejercicio sumamente complejo y que, incluso haciéndolo de la forma pulcra -lo que en el presente caso lamentablemente no ha ocurrido-, el ejercicio puede distar mucho de ser considerado como correcto, tal como reconoce la literatura unánimemente, por lo tanto, resulta más preciso elaborar un modelo del tipo *bottom-up* que considerara el flujo de actividades y recursos, y calcula un costo representativo del servicio, añadiendo los markups necesarios para el resto de los costos de la compañía. En la práctica, el modelo de Osiptel que estamos analizando, dista mucho de ser correcto, pues reduce el real nivel de costos de

las Prestaciones Adicionales que se pretenden regular, con el agravante que es utilizado a su vez como insumo para elaborar el índice de Lerner a partir del cual se determina la existencia de prestaciones que se proveen en situación monopólica por parte de las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones. Evidentemente nos encontramos ante una cadena de yerros que vulneran directamente el principio de verdad material, principio respecto del cual Osiptel debiera alinear todos sus actos administrativos.

En efecto, como hemos señalado en el párrafo anterior, una aproximación del tipo *bottom-up* simple (lo que no quiere decir simplista o trivial) del flujo de actividades para una reconexión (por tomar uno de los servicios considerados) y que tome el tiempo promedio de dedicación de las personas involucradas (Centro de Atención al Cliente, desplazamiento a central o a casa del cliente, etc.) habría sido una aproximación mucho más adecuada, pues identifica con precisión qué recursos están involucrados y el tiempo medio que cada recurso dedica a una petición de reactivación, con el costo promedio por unidad de tiempo que lleva aparejado cada recurso o persona involucrada en el proceso. Es claro que Osiptel está en capacidad de realizar una tarea de esta naturaleza, pues ya la ha realizado repetidas veces en el pasado, siguiendo con ello la práctica internacional, para calcular los costos de servicios regulados one-time, como por ejemplo, el caso del *Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications* (BIPT), cuando calculó las tarifas one-time de los servicios de desagregación del bucle³⁰.

Telefónica, de buena fe y con la mayor seriedad, presentó su propuesta de tarifas de reconexión en el mes de marzo de 2023³¹, oportunidad en la cual señalamos que para servicios como el de reactivación, el principal componente de costos era el tiempo de dedicación de operarios del Centro de Atención al Cliente y los colaboradores técnicos; costos que como es de conocimiento de Osiptel, son inflacionarios, más un mark-up atribuible a los sistemas, que constituyen el menor peso para este tipo de prestaciones.

³⁰ Belgian Institute for Postal Services and Telecommunications. *Decision on the revision of the “one-time fees” and the monthly fee for the “ISLA repair”*. 2020.

³¹ Mediante comunicación No TDP-1314-AG-AER-23, de fecha 24 de marzo de 2023, a través de la cual presentamos nuestra “*Propuesta sobre las tarifas tope para las prestaciones de reconexión del servicio y aquellas derivadas de la norma de Condiciones de Uso*”.

Asimismo, e nuestra comunicación de abril de 2023³², presentamos a partir de un esfuerzo serio por parte de diversas áreas de nuestra empresa, una aproximación del tipo *bottom-up* más completa, sobre la base de aquella presentada en nuestra comunicación de marzo de 2023. Este documento, sobre la base de información contrastable de la propia empresa, fue elaborado únicamente para el costo que representaba la prestación reactivación. Como podrá observarse, este enfoque es más adecuado, causal y preciso al momento de mostrar los reales costos de provisión del servicio de manera eficiente, pues muestra los principales costos realmente involucrados en la provisión de la mencionada prestación.

Este análisis nos llevó a calcular directamente a un costo por cliente contactado, antes de impuestos, de PEN 9.48. Dado el enfoque *bottom-up* elegido, habría que añadirle los costos comunes correspondientes y, el uso de los sistemas de la compañía, que puede aproximarse por un *mark-up* conservador del orden del 10% (el cual suele ser un valor habitual en los modelos de costos desarrollados por el propio Osipitel). Ello nos lleva a un costo de PEN 10.42 antes de impuestos, para el proceso de contactar al cliente recordándoles que mantiene una deuda pendiente con Telefónica.

Por otro lado, al costo de reactivación, también contribuye el costo que genera la deuda de los clientes que tienen facturas vencidas, y, no pagadas, hasta que finalmente reconectan el servicio y se ponen al día con sus recibos pendientes. Para ello obtuvimos la siguiente información y los siguientes resultados:

Cuadro No 4

Costo promedio mensual adeudado con demora entre 0 y 30 días	PEN 206.438.565
Costo promedio mensual adeudado con demora entre 30 y 60 días	PEN 5.204.176
Costo promedio mensual adeudado con demora entre 60 y 90 días	PEN 1.122.411
WACC	10,31%
WACC diario	0,03%

³² Mediante carta No TDP-1769-AG-AER-24, de fecha 30 de abril de 2024, donde presentamos nuestros comentarios a la propuesta contenida en la Resolución No 95-2024-CD/OSIPTEL.

Costo deuda entre 0 y 30 días (promedio 15 días)	PEN 834.146
Costo deuda entre 30 y 60 días (promedio 45 días)	PEN 63.340
Costo deuda entre 60 y 90 días (promedio 75 días)	PEN 22.860
Número promedio de reconexiones mensuales	874.771

El ejercicio anterior, nos conduce a un costo unitario por este concepto, antes de impuestos, de PEN 1.05. Si le añadimos también el *mark-up* de los costos generales y sistemas de la compañía del orden del 10%, quedaría un total de PEN 1.16.

Sumando ambos conceptos entonces tendríamos: Costo de reconexión (antes de impuestos) = (Costo contacto cliente recordatorio de deuda) + (Costo del capital de la deuda vencida) = S/ 10.42 + S/ 1.16 = S/ 11.58.

En este ejercicio, no hemos calculado el costo incurrido por las visitas a los hogares de los abonados para retirar los equipos o, en caso de no conseguirlo, el valor promedio de los equipos no recuperados. Dicho componente de costo debería ser recuperado por la tarifa de reconexión. Sin embargo, aunque no calculamos el valor del costo de las visitas a los hogares de los clientes, señalamos que dicho costo existía, y por lo tanto, la tarifa de reconexión debería incorporar este componente, lo que arrojaría un valor estimado cercano a los PEN 20.

Como es evidente, el valor calculado mediante una aproximación del tipo *bottom-up* refleja que la tarifa de reactivación sería cuando menos del orden de PEN 11.58, la cual estaría incluso por encima de la tarifa vigente, lo cual resulta evidente desde que tomamos en cuenta que con el paso de los años, el principal componente de costo de la prestación de reactivación, es la mano de obra, insumo que es sensible a la inflación máxime si tenemos en cuenta los 25 años que la tarifa ha permaneció congelada.

Entonces, es evidente que el componente principal del análisis regulatorio de Osipitel, está errado. Las tarifas que actualmente cobra Telefónica, no sólo sí se

encuentran ajustadas a costos, sino que incluso su nivel actual debería de elevarse hasta los niveles indicados.

Si concluimos que el modelo de costos de Osiptel es errado, todo el proceso regulatorio para determinar las tarifas de las Prestaciones Adicionales también lo está, en la medida que es a partir de un modelo de costos viciado que se ha establecido un índice de Lerner que sirvió para demostrar supuestamente el nivel monopólico en que se brindaban las prestaciones en el mercado secundario, definido por otro lado arbitrariamente por Osiptel.

D) LAS TARIFAS ESTABLECIDA POR OSIPTel NO SON OPONIBLES A TELEFÓNICA

Las afectaciones detalladas en los títulos anteriores, no son las únicas en las que incurre la Resolución Impugnada.

Como es de conocimiento de los miembros del Consejo Directivo de Osiptel, Telefónica es parte del denominado “*Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú*” y del “*Contrato de Concesión para la prestación de servicio portador y servicio telefónico local de las ciudades de Lima y Callao por la Compañía Peruana de Teléfonos*”, celebrados en año de 1994 y aprobados mediante Decreto Supremo 11-94-TCC (en adelante, los “*Contratos de Concesión*”).

A través de estos Contratos de Concesión, el Estado peruano ha establecido una serie de garantías en favor de nuestra empresa. Como parte de estas garantías contractuales, se estableció expresamente y con toda claridad los servicios que serían brindados por Telefónica y que estarían sujetos a un régimen tarifario. En este contexto, se excluyó de los servicios que serían materia de cualquier regulación a los servicios de valor añadido:

Sección 9.01: Servicios regulados

(a) Categorías de SERVICIOS REGULADOS: Los SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES que están sujetos a

regulación de TARIFAS (“SERVICIOS REGULADOS”) se clasifican como sigue:

(i) SERVICIOS DE CATEGORÍA I:

[...]

(ii) SERVICIOS DE CATEGORÍA II:

[...]

*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**” (el énfasis es agregado).*

Como se puede apreciar, el Estado peruano ha garantizado no solo un régimen tarifario específico para los servicios prestados por Telefónica en virtud de los Contratos de Concesión, sino que también excluyó de dicha regulación tarifaria a determinados servicios. Tal es el caso de los servicios de valor añadido (como es el caso del acceso a internet) que pretende regular el Osiptel a través de la Resolución Impugnada. No obstante, lo cierto es que estas garantías son inalterables, especialmente teniendo en cuenta el carácter de contratos-ley que el artículo 3 de la Ley No. 26285 otorga a los Contratos de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones de los que es titular nuestra representada, y que le permite acceder a la garantía de estabilidad jurídica total contemplada en el artículo 62 de la Constitución Política³³.

Adicionalmente a esta protección contractual, estas garantías incluso encuentran un correlato en las normas emitidas por el propio Osiptel. Así, el Reglamento de Tarifas, señala expresamente que lo regulado en el Contrato de Concesión prima sobre la regulación sectorial:

Artículo 8.- Aplicación de criterios tarifarios establecidos en contratos de concesión

³³ **Constitución Política del Perú**

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

Las disposiciones y criterios tarifarios **que se hubieren establecido en los Contratos de Concesión, serán aplicables a las empresas titulares de los mismos**; no obstante, las empresas concesionarias deberán sujetarse al presente reglamento y a la regulación tarifaria que establezca OSIPTEL, **en todo lo que no se oponga a lo estipulado en sus respectivos contratos de concesión**. (el énfasis es agregado).

La decisión de revisar el régimen tarifario aplicable a las Prestaciones Adicionales relacionadas con el servicio de acceso a internet fijo prestado por Telefónica del y materializado en la Resolución Impugnada, colisiona directamente con las garantías otorgadas por el Estado peruano a través del Contrato de Concesión, así como con la propia regulación sectorial emitida por Osipitel³⁴.

Pero esta no es la única afectación que está produciendo el Osipitel con ocasión de la aprobación de la Resolución Impugnada. La regulación de las Prestaciones Adicionales para el servicio de acceso a internet fijo, se nos impide establecer nuestras tarifas libremente en el sentido expresado en el artículo 3 de la Ley de Desmonopolización, de esta forma Osipitel vulnera la libertad de empresa de Telefónica, un derecho fundamental de nuestra empresa que reconocido y protegido por la Constitución del Estado³⁵.

En efecto, pese a reconocer que Telefónica tiene el derecho a fijar libremente las tarifas del servicio de acceso a internet, Osipitel limita este derecho de Telefónica sin que exista elemento alguno que determine que su ejecución implicaría una

³⁴ **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 demanda. Sin embargo, en caso el OSIPTEL determine la ausencia de condiciones de competencia en la prestación de algún servicio de valor añadido, o declare la existencia de un proveedor importante, podrá establecer la regulación tarifaria en dicho servicio de valor añadido.

Reglamento de Tarifas

Artículo 9.- Regímenes tarifarios

La prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, podrá estar sujeta a los siguientes regímenes tarifarios:

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 estar 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 la aplicación del Régimen Tarifario Regulado, de la normativa legal y contractual vigente y de las facultades de supervisión que le corresponden a OSIPTEL.

³⁵ **Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

actuación ilegal. Si en este procedimiento -y pese a la contravención a la garantía de estabilidad que tienen los Contratos de Concesión de Telefónica en su calidad de contratos-leyes- Osiptel ha establecido la necesidad de regular las tarifas aplicables al mencionado servicio de acceso a internet. Bajo dicho supuesto, cualquier modificación de tarifas por parte de Telefónica sin respetar los parámetros ilegítimamente impuestos en la Resolución Impugnada sería considerada como una contravención al ordenamiento jurídico, caso en el cual, Osiptel podría iniciar los procedimientos sancionadores correspondientes.

Por otro lado, esta decisión vulnera también el derecho fundamental a la propiedad, en la medida que se afecta el retorno de nuestras inversiones al no poder establecer nuestras tarifas por encima de un real nivel de costos y, a su vez, se nos impide gozar de todas las prerrogativas conferidas por nuestros Contratos de Concesión, en relación con la prestación de los servicios de valor añadido. Es decir, la Resolución Impugnada constituye a no dudarlo una suerte de expropiación indirecta de un derecho que además ha sido adjudicado a través del correspondiente procedimiento y aprobado -a nivel administrativo- a través del Decreto Supremo No. 11-94-TCC.

Como hemos señalado a lo largo del presente recurso, lo cierto es que Osiptel ha adoptado una decisión sin que exista verdadero y concreto sustento que evidencie la necesidad de regular las tarifas que cobramos por el servicio de internet fijo, amén de la vulneración de las seguridades y garantías otorgadas por el Estado peruano a Telefónica en virtud de los Contratos de Concesión.

Estos argumentos, ya fueron alcanzados a Osiptel oportunamente, específicamente en nuestra comunicación del 15 de abril de 2024, ocasión en la cual adjuntamos el Informe elaborado por el Estudio Garrigues sobre la legalidad del procedimiento tarifario de las Prestaciones Adicionales llevada a cabo por Osiptel.

Sin embargo, con ocasión de la aprobación de la Resolución Impugnada, se adjuntó una Matriz de Comentarios, documento en el cual Osiptel expresó diversos comentarios respecto de las observaciones que los diversos agentes económicos habían presentado a lo largo del presente procedimiento regulatorio,

y específicamente con relación a los argumentos que presentamos e el presente título.

Así, específicamente, se señaló que aun cuando la Ley de Desmonopolización Progresiva establece, en su artículo 3, que los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de los referidos servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley; la propia Ley también dispuso expresamente que los servicios de valor añadido (como es el servicio de acceso a internet), en ningún caso estarán dentro del ámbito de dicha Ley.

También se señala que, contrariamente a lo señalado por Telefónica, el Tribunal Constitucional, con ocasión de la acción de inconstitucionalidad contra el Contrato de Concesión celebrado entre la Compañía Peruana de Teléfonos y el Estado³⁶, indicó que en el caso del contrato-ley de Telefónica, no todos los aspectos de los contratos celebrados entre el Estado peruano y Telefónica pertenecen al ámbito de protección que brinda el contrato-ley, puesto que la Ley de Desmonopolización Progresiva circunscribe sus disposiciones a los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios portadores de larga distancia nacional e internacional.

Como consecuencia del pronunciamiento del Tribunal Constitucional resumido en el párrafo anterior, Osiptel concluye que los servicios de valor añadido (como el servicio de acceso a internet) no estaría comprendido dentro del ámbito de la Ley de Desmonopolización Progresiva, por lo tanto, no formarían parte del ámbito de protección del contrato-ley. Entendemos que, en virtud de la afirmación glosada, Osiptel entiende que tiene la potestad de emitir resoluciones, aún cuando éstas vulneren el texto expreso de aquellos contratos de concesión que -según su entender- carecen de la categoría de contratos ley.

Por otro lado, también se señala con relación a la Cláusula 9 de los Contratos de Concesión de Telefónica, que dicha estipulación contractual recogía inicialmente lo previsto en el artículo 68 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, es decir, que los servicios de valor añadido no podían estar sujetos a regulación tarifaria. No obstante -siempre siguiendo lo señalado por

³⁶ Refiriéndose a la STC del 3 de octubre de 2003, en el Caso Sesenta y cuatro Congresistas de la República contra los artículos 1, 2, 3, y la Primera y Segunda Disposición Final y Transitoria de la Ley No 26285.

Osiptel en la Matriz de Comentarios de la Resolución Impugnada-, dicho artículo fue modificado por la Octava Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley No 30114 publicada el 2 diciembre 2013, dispositivo que estableció que Osiptel, podía establecer la regulación tarifaria en dicho servicio de valor añadido. En virtud de la cual, habiéndose descartado la protección del contrato-ley a los servicios de valor añadido y la modificación del artículo 68 de la Ley de Telecomunicaciones, Osiptel tiene la facultad de establecer la regulación tarifaria que considere pertinente sobre el servicio de acceso a internet, lo cual sería concordante con lo expresamente estipulado en los Contratos de Concesión, en los que la propia Telefónica reconoce que tales instrumentos contractuales se registrarán y ejecutarán de acuerdo con las leyes de la República del Perú.

Es claro, que el análisis desarrollado por Osiptel sobre el particular es profundamente equivocado y no se condice con lo desarrollado por la legislación nacional, la jurisprudencia y la extensa doctrina más autorizada en la materia. Pasaremos a desarrollar brevemente este aserto.

En primer lugar, cuando los Contratos de Concesión señalan que se registrarán y se ejecutarán de acuerdo con las leyes del Perú, ello no significa que existe una suerte de adecuación automática de los mismos, a todas las disposiciones que emitan diversos órganos del Estado. Esta interpretación vaciaría de contenido incluso la protección a la que están sujetas los contratos ley dispuesta en la Constitución Política del Estado. Por lo tanto, no puede tener el sentido que pretende otorgarle Osiptel, pues parte por desconocer el real contenido de la cláusula de ejecución de acuerdo con las leyes del Perú.

El tema parte de una vieja discusión de si los contratos suscritos con el Estado deben ser sometidos a las leyes peruanas, o, si pueden reconocerse otras jurisdicciones. Esta discusión decimonónica ha sido superada en cuanto la actual Constitución reconoce que todas las personas domiciliadas en el Perú que acuerden un contrato con el Estado peruano deben cumplir las leyes del Perú, no que los mismos se adecuan automáticamente a los dispositivos legales que emitan los diversos órganos del Estado. Para ello citamos lo señalado sobre el

particular por Enrique CHIRINOS SOTO y Francisco CHIRINOS SOTO al glosar el artículo 63 de la Constitución del Estado³⁷:

“En los contratos del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados, consta que éstos se someten a las leyes y los tribunales de la República. Contrario sensu, si los extranjeros no están domiciliados, no tiene que constar su sometimiento a leyes ni órganos jurisdiccionales de la República”³⁸.

Por lo tanto, la expresión de cumplir las leyes del Perú, o de someterse a las leyes de la República, es de origen constitucional y por ello consta en los Contratos de Concesión de Telefónica, es una disposición que dispone que cualquiera que acuerde con el Estado se regirá de acuerdo con el Derecho peruano existente y no por el Derecho de un estado foráneo. Y como parte del derecho aplicable a los contratos se encuentra obviamente el artículo 62 de la Constitución, dispositivo que no ha sido tomado en cuenta a cabalidad por Osiptel al comentar lo señalado por Telefónica sobre el particular.

Sobre el particular, una vez delimitado el verdadero alcance de la cláusula de ejecutar los Contratos de Concesión de acuerdo con las leyes del Perú, corresponde interpretar el verdadero sentido de estos.

Como es conocido, nuestra legislación consagra el llamado principio de aplicación inmediata de las leyes, recogiendo la teoría de los hechos cumplidos, en virtud de la cual la nueva norma legal se aplica en forma inmediata a las relaciones jurídicas originadas con anterioridad a su vigencia, pero que se cumplen o concluyen durante la vigencia de la nueva norma.

³⁷ **Constitución Política del Perú**

Artículo 63.- La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley. (el énfasis es agregado).

³⁸ CHIRINOS SOTO, Enrique y Francisco CHIRINOS SOTO. La Constitución: lectura y comentario. Lima, Editorial Rodhas, 2006, Quinta edición. Pág. 158-159.

No obstante ello, el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución, señala que "[l]os términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase", ha recogido la teoría de los derechos adquiridos. Sobre el particular, cabe recordar lo señalado por AMADO y MIRANDA, al establecer el alcance de del artículo 62 de la Constitución:

"Sobre este aparente conflicto normativo, de la Puente sostiene que estando al principio de que la ley especial posterior coexiste con la ley general anterior, la cual pasa de ser una regla absoluta para convertirse en una regla ilimitada por excepciones, el citado primer párrafo del artículo 62 de la Constitución coexiste con el artículo 111 del Título Preliminar.

En efecto, el primer párrafo del artículo 62 de la Constitución establece una norma de excepción al principio de aplicación inmediata y, por consiguiente, como señala Rubio ello conlleva a que los contratos se regirán en adelante por el principio de los derechos adquiridos y todos los demás actos jurídicos se regirán por el principio de los hechos cumplidos."³⁹ (el énfasis es agregado)

No sólo los Contratos Ley regulados a partir del segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución gozan de una robusta protección respecto de cualquier pretensión estatal de modificarlos a espaldas a lo pactado por las partes previamente, sino que esta protección se extiende a todo tipo de contrato, los cuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, cuando la Constitución dice disposiciones de cualquier clase, se entiende que se encuentran dentro de este concepto a las resoluciones emanadas del Osiptel.

No obstante, aún cuando las protecciones de inviolabilidad de los contratos por cualquier dispositivo del ordenamiento jurídico nacional son suficientemente robustas para todos los contratos, y no sólo para los contratos ley, lo cierto es que los Contratos de Concesión de Telefónica tienen naturaleza de contratos ley en todo cuanto está estipulado en ellos.

³⁹ AMADO, José y Luis MIRANDA. Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el derecho público. En: *THEMIS Revista De Derecho*, Número 40, año 2000. Pág, 256.

Efectivamente, cabe recordar que recientemente un Tribunal Arbitral en su Laudo del 9 de mayo de 2003⁴⁰ concluyó que todas las cláusulas de los Contratos de Concesión de Telefónica gozan de la protección de los contratos ley. Reproducimos a continuación lo señalado por el Tribunal Arbitral:

"Sobre qué aspectos de los Contratos de Concesión gozarían del atributo de ser "contratos-ley", este Tribunal aprecia lo sui generis del caso, pues la ley ha adjudicado tal categoría, no a aspectos específicos de los mismos, sino a todo su contenido [...] es opinión de este Tribunal que, a partir de la interpretación literal -según la cual, a la ley debe atribuirse el sentido que resulta del significado propio de las palabras- y de la interpretación teleológica o intención del legislador -que apunta a descubrir las consideraciones sociales o económicas que la norma está dirigida a satisfacer- la correcta interpretación del artículo 3 de la Ley de Desmonopolización es que la calificación de los contratos de concesión como "contratos-ley" alcanza a la totalidad de sus cláusulas. Ello porque se trata de una norma -el artículo 3 de la Ley de Desmonopolización- expedida en el contexto de la calificación de las telecomunicaciones "como instrumento de pacificación y afianzamiento de la conciencia nacional, para cuyo fin se requiere captar inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras" (Título Preliminar de la Ley de Telecomunicaciones), lo que revela la importancia que el legislador concedió a la inversión y permite entender las razones por las cuales/la norma bajo análisis, pudiendo haber restringido sus alcances, no lo hizo. Por ello, en aplicación del canon interpretativo de que "no cabe distinguir donde la ley no distingue", debe atribuirse a la norma un alcance general y el sentido más amplio, concluyéndose que gozan y se benefician del privilegio de ser "contratos-ley" todas las cláusulas de los Contratos de Concesión." (el énfasis agregado)

Luego de lo señalado, podemos arribar a las siguientes conclusiones: **(i)** no sólo los contratos ley gozan de la invariabilidad respecto de cualquier norma posterior a su suscripción que pudiera afectarlos, sino también cualquier contrato válidamente suscrito de conformidad con las leyes peruanas; **(ii)** la cláusula contenida en los Contratos de Concesión que obliga a Telefónica a actuar de acuerdo con las leyes de la República del Perú, parte de un mandato constitucional que sólo puede interpretarse en el sentido que únicamente son aplicables al mismo las leyes de la república y en ningún caso dispositivos de cualquier nación extranjera, lo que incluye lo dispuesto en el artículo 62 de la Constitución así como de las normas que lo regulan, en dicho sentido, no puede

⁴⁰ En el arbitraje iniciado por Telefónica contra Osiptel y el MTC por incumplimiento de los Contratos de Concesión, con relación a la fijación de los cargos de interconexión (Expediente arbitral No 562-149-2001).

interpretarse que el esta cláusula constituye una suerte de adecuación automática de los contratos a las normas que emita Osiptel; y, **(iii)** todo lo expresado en los Contratos de Concesión de Telefónica tienen naturaleza de contratos ley, en tal sentido gozan de las protecciones y seguridades establecidas en el artículo 62 de la Constitución.

En virtud de lo expuesto es claro que la Resolución Impugnada, en la medida que regula las tarifas del servicio de valor añadido en la modalidad de acceso a internet no son oponibles a Telefónica, en virtud de lo dispuesto expresamente en la Cláusula 9 de los Contratos de Concesión.

E) LAS TARIFAS ESTABLECIDAS POR OSIPTEL SON INJUSTIFICADAMENTE DISCRIMINATORIAS

Ya hemos señalado en los acápites anteriores, como es que la Resolución Impugnada, así como el propio procedimiento, está plagado de errores formales e inconsistencias metodológicas. Sin embargo, llama la atención, cómo es que Osiptel ha tomado la decisión final de regular sólo a un puñado de operadores, mientras que el resto de los concesionarios del mercado, que prestan las mismas Prestaciones Adicionales, se mantienen indemnes frente a la Resolución Impugnada.

Recapitulando. De acuerdo con la tesis de Osiptel, nos encontramos frente a unos mercados primarios de servicios públicos, y en cada uno de estos servicios tiene una serie de mercados secundarios. Así, los abonados que contratan estos servicios de telecomunicaciones en el mercado primario, están esclavizados con relación a la provisión de servicios en el mercado secundario, de forma tal que facilidades como las Prestaciones Adicionales se brindan por efecto de este “poder monopólico”, lo que amerita la regulación que finalmente ha venido a materializarse en la Resolución impugnada.

No existe justificación alguna, de acuerdo con la tesis planteada por Osiptel, que permita entender las razones por las cuales unos operadores que ejercen poder monopólico respecto de sus abonados se libran de la Resolución Impugnada,

mientras que arbitrariamente, otros operadores, se encuentran inluidos en los efectos de la misma.

Lo regulado sobre el particular por la Resolución Impugnada resulta contraria al artículo 103 de la Constitución Política la cual señala que “(...) *pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas...*”. Sólo si la Resolución Impugnada respondiera a razones objetivas que justifiquen una regulación diferenciada nos encontraríamos ante una norma constitucional.

Por si lo anterior fuera poco, al regular sólo a un puñado de empresas y no a los demás operadores concurrentes en el mercado de telecomunicaciones, se coloca a nuestra empresa en una posición de desventaja competitiva. Mientras que Telefónica está obligada a alinear su oferta a los alcances de la Resolución Impugnada las demás empresas pueden acomodarse al dinamismo de la demanda de la forma que consideren más conveniente.

F) EL GLIDE PATH ESTABLECIDO POR OSIPEL NO MINIMIZA EL IMPACTO REGULATORIO

El artículo 8 de la Resolución Impugnada dispone que la misma entrará en vigor el 1 de enero de 2025. Sin embargo, dado el efecto de las mismas en las cuentas de nuestra empresa consideramos que Osiptel debería establecer un mejor mecanismo para que las empresas puedan adecuar de alguna manera sus costos al impacto que la misma representará en sus cuentas, ello independientemente de los argumentos señalados a lo largo del presente documento y de la validez de la propuesta regulatoria contenida en la Resolución Impugnada.

Efectivamente, si bien la Resolución Impugnada dispone que la misma entrará en vigencia el 1 de enero de 2025, consideramos que dada la afectación que la misma tiene en las cuentas de la empresa, su vigencia en el plazo indicado implicará una vulneración de los principios de proporcionalidad y menor impacto regulatorio.

En dicho sentido, de acuerdo con las mejores prácticas de la experiencia internacional y con la experiencia del propio Osiptel a través del tiempo, es importante considerar que cuando se impone una determinada tarifa regulada que implicará un cambio abrupto y repentido en las cuentas de las empresas afectadas, las autoridades deben considerar la implementación de ajuste gradual en un horizonte de tiempo razonable, práctica regulatoria que se conoce con el anglicismo de *glide path*.

Como el propio Osiptel ha reconocido, en la regulación tarifaria, la implementación de un *glide path* constituye una herramienta complementaria para la transición desde los precios vigentes que cobran las empresas operadoras hacia los montos establecidos por el organismo regulador, tal como ocurre en este caso a través de la Resolución Impugnada. Con la finalidad de no castigar y desincentivar las necesarias mejoras en la eficiencia productiva, un mecanismo de gradualidad o *glide path* permite a las empresas operadoras hagan suyos determinados ingresos durante un plazo establecido para poder afrontar más sanamente la nueva tarifa. En dicho sentido, se reconoce que es usual asociar el periodo del *glide path* con el periodo regulatorio, por ejemplo, Osiptel en el documento citado señala de cinco años.

Por lo tanto, coincidimos con el regulador cuando señala en el Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada que un *glide path* se implementa a efectos de generar estabilidad y otorgar un plazo para que las empresas operadores adopten las acciones comerciales y estratégicas correspondientes ante una reducción en los ingresos, reducción que en este caso es considerable, más allá de los errores detallados en el presente escrito en el modelo de costos desarrollado por Osiptel.

En dicho sentido, no podemos coincidir con lo señalado por Osiptel en su Informe Sustentatorio de la Resolución Impugnada cuando señala que un *glide path* para un periodo de entre cuatro y cinco años no se encontraría justificado. Para Osiptel, siendo que los costos empleados toman como referencia el año 2022, el adoptar un mecanismo del tipo *glide path* prolongado haría que los valores de las tarifas tope queden desfasadas cuando éstas se adopten en su totalidad. No obstante, se consideró pertinente establecer el 1 de enero de 2025 como fecha de inicio de vigencia de la regulación, a efectos de que las empresas operadoras cuenten con

un tiempo razonable para tomar las acciones de implementación respectivas sin que ello pueda suponer la afectación de sus actividades operativas, así como de las inversiones previstas para el año.

Discrepamos lo señalado por Osiptel en el Informe Sustentatorio, en el pasado se han tomado hasta cuatro decisiones de *glide path* en procedimientos regulatorios anteriores considerando que una implementación inmediata de las reducciones de los precios al nivel de costo determinado por Osiptel podía causar efectos negativos para las operadoras implicadas, tomando en cuenta la magnitud de la reducción propuesta. En estos casos, huelga decir, que los *glide paths* se implementaron a pesar de que en dichos procesos también los valores de los precios propuestos podían quedar desfasadas al momento que estas se adoptaran. En realidad nos encontramos ante un riesgo sistémico para todos los casos de *glide path* que no deberían afectar la decisión que se tome sobre el particular.

En el presente caso, se ha aprobado que las tarifas de reconexión se reduzcan en un orden de entre el 54.2% y 69.5%, dependiendo de los valores que venían cobrando los operadores por las Prestaciones Adicionales, lo que implica una reducción abrupta y drástica que tiene un correlato similar en los ingresos de las operadoras. Frente a esta situación, es necesario implementar un mecanismo de transición, el cual no puede ser únicamente una *vacatio legis* de unos meses tal como lo dispone la Resolución Impugnada.

Estimamos que el impacto negativo de las tarifas, representará un menor nivel de recursos con el que contará nuestra empresa para acometer la realización de las Prestaciones Adicionales, lo que implica la implementación continua de planes de negocio e inversiones para los siguientes periodos, siendo importante tomar en cuenta que los planes de negocio e inversiones siempre tienen una proyección de periodos que van de entre 2 a 3 años. Por lo tanto, la Resolución Impugnada implica en la práctica la afectación de inversiones que ya se encuentran comprometidas, y cuya ejecución -con la consiguiente afectación del bienestar de nuestros abonados- podría verse limitadas en el futuro cercano, ello, de no aceptarse nuestra propuesta de *glide path* por un periodo razonable, de acuerdo con la propia experiencia de Osiptel.

Como en casos anteriores, Osiptel debe considerar la necesidad de una reducción gradual de las tarifas reguladas en la Resolución Impugnada, de forma tal que se eviten ajustes inmediatos y repentinos que afecten abruptamente los recursos que los operadores ya han destinado en su planificación financiera para su gestión en la expansión de sus redes de fibra óptica y los up grade tecnológicos necesarios que se avecinan con la llegada del 5G.

Para tener una idea certera respecto del impacto que genera la reducción de las tarifas de reconexión aprobadas por Osiptel para los distintos operadores afectados, la reducción tarifaria contenida en la Resolución Impugnada -más allá de los errores señalados en este documento- equivale a la inversión que permitiría un despliegue de 3,846 kilómetros de fibra óptica, o, la instalación de entre 203 y 317 estaciones base celulares (EBC) con tecnología 4G en nuevos centros poblados rurales. Es decir, gracias a esta medida, si se implementara de forma casi inmediata como pretende Osiptel, miles de posibles abonados verían afectados su posible acceso a mejores servicios de telecomunicaciones.

Por lo tanto, consideramos que la alternativa regulatoria de un ajuste gradual o *glide path*, con reducciones escalonadas en un periodo de tiempo razonable, hasta alcanzar el valor objetivo establecido en las Resoluciones Impugnadas, parecería que es la opción más idónea para superar al menos momentáneamente los inconvenientes que la misma plantea en el corto plazo, situación que permite que los operadores contar con un plazo para ajustar sus estrategias en este nuevo contexto.

En dicho sentido, consideramos que dadas las circunstancias del caso particular, un *glide path* de 18 meses, en seis períodos de reducción de tres meses cada uno, hasta arribar a las tarifas propuestas por Osiptel en la Resolución Impugnada, constituye un período razonable tomando en cuenta lo expresado en el presente título. En dicho periodo las empresas operadoras podrían internalizar el impacto de la presente regulación, alineando sus costos y estrategias comerciales a la decisión tomada finalmente por Osiptel.

POR TANTO:

A los miembros del **CONSEJO DIRECTIVO DE OSIPTEL** solicitamos se sirvan tener presente lo expuesto, admitan a trámite el presente Recurso de Reconsideración y en su



Telefónica del Perú S.A.A.

oportunidad, sirvan tomarlo en cuenta al momento de resolver, declarando **FUNDADO**, en todos sus extremos cada una de nuestras pretensiones.

PRIMER OTROSI DECIMOS: ANEXOS Y MEDIOS PROBATORIOS

Adjuntamos como anexos y medios probatorios adjuntamos los siguientes documentos:

Anexo 1-a : Copia del DNI del representante legal

Anexo 1-b : Copia de los poderes del representante legal

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS: ESCRITOS ADICIONALES

Que, en observancia de las garantías del debido procedimiento, Telefónica se reserva el derecho a presentar escritos y medios probatorios adicionales en el marco del presente procedimiento.

TERCER OTROSÍ DECIMOS: INFORME ORAL

Que, en observancia de las garantías del debido procedimiento, solicitamos a los miembros del Consejo Directivo de Osipitel que, antes de resolver sobre el fondo de nuestro recurso de reconsideración, convoque a los representantes de Telefónica a una audiencia de informe oral para que podamos ejercer la defensa oral de nuestra posición.

SEXTO OTROSI DECIMOS: NOTIFICACIÓN

De acuerdo con lo señalado en el artículo 20 de la LPAG, autorizamos a que los actos administrativos que se emitan en el marco del presente expediente nos sean notificados a la siguiente cuenta de correo electrónico:
centrodocumentacionregulacion@telefonica.com.

Lima, 31 de octubre de 2024

Antonio José Rodríguez Lobatón
Apoderado