

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 003-2008-CD/OSIPTEL

Lima, 20 de mayo de 2008.

EXPEDIENTE:	N° 00001-2007-CD-GPR/DT
MATERIA:	Supresión de la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional a través de tarjetas de pago, servicios de categoría I prestados por Telefónica del Perú S.A.A. / RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
ADMINISTRADO:	Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El escrito de fecha de recepción 03 de abril de 2008 presentado por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), mediante el cual interpone recurso de reconsideración contra la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL, y;
- (ii) El Informe N° 270-GPR/2008 de la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTEL, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se sustenta el proyecto de resolución para emitir pronunciamiento sobre la impugnación planteada; y con la conformidad de la Gerencia Legal;

CONSIDERANDO:**I. OBJETO**

Emitir pronunciamiento sobre el recurso de reconsideración presentado por TELEFÓNICA contra la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL.

II. ANTECEDENTES

El inciso c) del Artículo 8° de la Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia –Ley N° 26285-, establece como función del OSIPTEL, entre otras, la de emitir resoluciones regulatorias dentro del marco establecido por las normas del sector y los respectivos contratos de concesión.

Conforme a lo previsto en el párrafo final del Artículo 67° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones y en el tercer párrafo del Artículo 32° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, el OSIPTEL puede optar por no establecer tarifas tope y desregular las tarifas cuando verifique la existencia de condiciones de competencia efectiva entre empresas que garanticen tarifas razonables en beneficio de los usuarios.

En los Contratos de Concesión aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC y modificados mediante Decreto Supremo N° 021-98-MTC, de los que es titular TELEFÓNICA (en adelante, los Contratos de Concesión), se ha estipulado que desde el 01 de Setiembre de 2001 está vigente el Régimen Tarifario de Fórmula de Tarifas Tope –ejecutado mediante Ajustes Tarifarios Trimestrales sujetos al Factor de Productividad-, el cual se ha venido aplicando, entre otros, a los servicios de Llamadas Telefónicas de Larga Distancia Nacional e Internacional –“Canasta E”- prestados por TELEFÓNICA en su calidad de empresa concesionaria del servicio portador ⁽¹⁾.

El literal (c) de la Sección 9.01 de los Contratos de Concesión reconoce la facultad del OSIPTEL para suprimir la regulación tarifaria de servicios regulados individuales, de oficio o a pedido de TELEFÓNICA, siempre que, y mientras el OSIPTEL considere que la competencia entre los proveedores de dichos servicios regulados es suficientemente vigorosa como para asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios. Asimismo, la citada cláusula contractual señala el procedimiento aplicable.

Invocando dicho marco legal y contractual, mediante Resolución de Presidencia N° 167-2007-PD/OSIPTEL se publicó, en el diario oficial El Peruano del 08 de Noviembre de 2007, el Proyecto de Resolución para suprimir la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de llamadas telefónicas de larga distancia nacional (LDN) e internacional (LDI) a través de Tarjetas de Pago, prestados por TELEFÓNICA. El referido Proyecto fue debidamente notificado a TELEFÓNICA, conjuntamente con su documentación sustentatoria.

Dentro de este procedimiento, se efectuó la correspondiente consulta pública del Proyecto, habiéndose previsto que TELEFÓNICA y otros interesados puedan presentar sus comentarios por escrito hasta el 04 de Enero de 2008 y habiéndose realizado la Audiencia Pública respectiva el 05 de Febrero de 2008, en la cual se recibieron los comentarios orales de la empresa regulada y otros interesados.

Luego de la evaluación y análisis de los comentarios presentados por TELEFÓNICA y otros interesados, el OSIPTEL emitió la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano del 14 de Marzo de 2008, mediante la cual se estableció que a partir del 01 de Junio de 2008 quedaba suprimida la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional a través de tarjetas de pago, prestados por TELEFÓNICA. Esta resolución fue debidamente notificada a TELEFÓNICA el 11 de Marzo de 2008, conjuntamente con su documentación sustentatoria.

El 03 de Abril de 2008, TELEFÓNICA interpone recurso de reconsideración contra la referida Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL.

El 20 de Mayo de 2008, a solicitud de la empresa impugnante, se realizó el informe oral ante este Consejo Directivo, en el cual funcionarios de TELEFÓNICA expusieron los argumentos del recurso interpuesto.

¹ El correspondiente “Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A.”, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2006-CD/OSIPTEL y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 067-2006-CD/OSIPTEL, en su Sección II.9.3 precisa que la “Canasta E” comprende las llamadas de larga distancia originadas en líneas de telefonía fija de abonado (Fijo-Fijo), excluyendo las llamadas realizadas a teléfonos móviles (Fijo-Móvil) y a teléfonos rurales (Fijo-Rural).

III. PROCEDENCIA Y ALCANCES DEL RECURSO

En cuanto a la procedencia del recurso interpuesto, debe tenerse en cuenta que conforme a los antecedentes previamente señalados, la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL que es objeto de la impugnación formulada por TELEFÓNICA, se deriva de sus Contratos de Concesión, en tanto en ellos se establece el régimen tarifario de fórmulas de tarifas tope para los Servicios de Categoría I considerados en la Cláusula 9 de los mencionados contratos ⁽²⁾ y se establece el procedimiento aplicable para que el OSIPTEL pueda suprimir la regulación –disponer la desregulación- respecto a servicios regulados individuales.

En este sentido, la Resolución N° 036-2008-PD/OSIPTEL que dispone la desregulación de los servicios regulados individuales de Llamadas Telefónicas LDN y LDI a través de Tarjetas de Pago, se aplica de manera determinada y exclusiva a los referidos Servicios de Categoría I prestados por TELEFÓNICA.

De acuerdo a ello, en concordancia con lo establecido por el Artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) –Ley N° 27444- ⁽³⁾, se considera que la Resolución N° 036-2008-PD/OSIPTEL constituye efectivamente un Acto Administrativo. En consecuencia, conforme a las reglas señaladas en la LPAG, resulta procedente el recurso administrativo de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, siendo que el mismo ha sido presentado dentro del plazo legal y cumpliendo con los correspondientes requisitos formales ⁽⁴⁾.

En su recurso (pág. 3, primer párrafo), TELEFÓNICA señala que la resolución impugnada le causaría agravio, en la medida que dicha resolución (i) no reconoce que exista competencia efectiva en todo el mercado de larga distancia y mantiene la regulación de los demás elementos de la Canasta E y, (ii) no dispone la eliminación de la prueba de imputación para el servicio de larga distancia de TELEFÓNICA.

² Los Servicios de Categoría I, bajo la nomenclatura de los contratos, son: (i) establecimiento de una nueva conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada a través de un cargo único de instalación, (ii) prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente, (iii) llamadas telefónicas locales, (iv) llamadas telefónicas de larga distancia nacional y (v) llamadas de larga distancia internacional.

³ **“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.”

⁴ **“Artículo 207°.- Recursos administrativos**

(...)

207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.”

“Artículo 211°.- Requisitos del recurso

El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el Artículo 113 de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado.”

En cuanto a **aspectos adjetivos o procedimentales**, el recurso plantea cuestionamientos sobre el cumplimiento del Debido Procedimiento, al considerar que:

- (i) La resolución impugnada no constituiría una medida de emergencia que podía ser emitida por la Presidencia del Consejo Directivo.
- (ii) El regulador habría vulnerado el derecho de TELEFÓNICA a formular comentarios de manera oportuna.
- (iii) No se habrían publicado los comentarios completos de las empresas operadoras al proyecto de la resolución impugnada.

En cuanto a **aspectos sustantivos**, el recurso plantea que:

- (i) La supresión parcial de la regulación del mercado de larga distancia incumpliría lo dispuesto por el MTC e iría en contra de los criterios bajo los cuales se sustenta e implementa el régimen de tarifas tope y la aplicación del factor de productividad.
- (ii) No se habría realizado un análisis del mercado relevante.
- (iii) No se habría sustentado debidamente la existencia de barreras a la entrada en el mercado de larga distancia.
- (iv) No se habría sustentado debidamente que el mercado de larga distancia se rige por el Modelo de Empresa Dominante.
- (v) No se habría realizado un adecuado análisis de los niveles de sustitución entre las diversas modalidades de acceso al servicio de llamadas de larga distancia.
- (vi) La implementación del proceso de desregulación debería ser global, incluyendo la eliminación de la prueba de imputación tarifaria al servicio de larga distancia nacional de TELEFÓNICA.

Como parte de las alegaciones de su recurso, TELEFÓNICA presenta los comentarios de consultores contratados por esta empresa, del “Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico” y de “Apoyo Consultoría”, sobre diversos aspectos del Informe N° 157-GPR/2008 que sustentó la resolución impugnada.

Finalmente, TELEFÓNICA plantea su solicitud para que se suspendan los efectos de la resolución impugnada hasta que se emita un pronunciamiento definitivo.

IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE TELEFÓNICA

4.1 Sobre el cumplimiento del Debido Procedimiento

En el apartado II.8 de su recurso, TELEFÓNICA alega que en la emisión de la resolución impugnada se habría vulnerado el principio del debido procedimiento administrativo, señalando tres cuestionamientos específicos que son analizados a continuación:

4.1.1 Sobre la competencia de la Presidencia del Consejo Directivo para emitir la resolución impugnada como medida de emergencia

TELEFÓNICA alega que la norma de excepción sobre cuya base se ha emitido la resolución impugnada –el inciso j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL- no resultaría aplicable porque, según la recurrente, aún cuando le resulta

claro que no toda emergencia se debe a desastres de la naturaleza o hechos fortuitos, en el caso materia de impugnación no se habría evidenciado la existencia de algún peligro o emergencia que habilite la acción inmediata de la autoridad, ni tampoco existiría algún daño irreparable por su inacción.

Tal como ha sido expuesto en su parte considerativa ⁽⁵⁾, la resolución impugnada fue emitida por la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL invocando y fundamentando la aplicación de las funciones atribuidas legalmente a este órgano, conforme a lo establecido en el inciso j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 86°.- Funciones

Corresponde al Presidente del OSIPTEL:

(...)

j) En el caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo. (...).”

De acuerdo al contenido textual de la norma citada, la función reguladora y normativa, cuya competencia está atribuida originariamente al Consejo Directivo, puede ser legalmente ejercida por la Presidencia del Consejo Directivo, cuando se presenten los siguientes supuestos: (i) que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, y (ii) que se trate de una medida de emergencia.

Sin embargo, la recurrente señala que, según su interpretación, no existiría sustento de la necesidad de una medida de emergencia que requiera la intervención de la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL.

Para efectos del análisis correspondiente, debe entenderse que la existencia de un supuesto de medida de emergencia no puede ser analizada aisladamente, pues se tiene que considerar el contexto y las circunstancias objetivas que rodean su configuración.

En relación con ello, como es de conocimiento público, a la fecha en que fue emitida la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL –04 de marzo de 2008- que ahora es objeto del recurso, aún no había sido posible efectuar reuniones del Consejo Directivo para sesionar válidamente, por lo que su Presidente, a partir de la última sesión de dicho Consejo llevada a cabo el 25 de julio de 2007, ha venido emitiendo una serie de resoluciones sobre materias que son esenciales para el normal desenvolvimiento del sector y cuya atención inmediata por parte del OSIPTEL se consideraba imprescindible para el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado este organismo regulador.

⁵ En el penúltimo párrafo de su parte considerativa, la Resolución N° 036-2008-PD/OSIPTEL expresa:

“Que, la presente resolución, dada su naturaleza y fines señalados en los considerandos precedentes, constituye una medida de emergencia que debe ser adoptada por la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL, teniendo en cuenta que su aprobación resulta urgente y necesaria para garantizar la eficiencia económica de los servicios brindados a los usuarios y el acceso a los servicios de telecomunicaciones con tarifas razonables, en cumplimiento de las funciones y objetivos del OSIPTEL establecidos en el artículo 76° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, así como en el artículo 18° y el inciso f) del artículo 19° del Reglamento General de este organismo;”

Asimismo, debe tenerse en cuenta que los fundamentos esenciales que sustentan la creación y existencia del OSIPTEL están declarados expresamente en el Artículo 76° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, que establece que este organismo “se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas”.

A su vez, el Artículo 8° de la Ley N° 26285 –Ley que dispone la Desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia- declaró expresamente que el OSIPTEL tiene entre sus funciones fundamentales “Fijar los sistemas de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, creando condiciones tarifarias que sean compatibles con la existencia de competencia”.

Cabe precisar que la citada Ley N° 26285 también tuvo por objeto otorgar carácter de “contrato-ley” a los Contratos de Concesión que luego fueron aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC y de los que ahora es titular TELEFÓNICA, contratos en cuya parte introductoria se ha incluido la siguiente declaración (subrayado agregado):

“III. Que las Partes en este Contrato comparten y persiguen las siguientes metas comunes:

-Lograr el acceso de la población peruana al Servicio Público de Telecomunicaciones;

(...)

-Rebalancear las Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones con el objeto de lograr orientación de costos; (...).”

El sentido y alcances efectivos de este marco legal y contractual en el cual se desarrolla la prestación del servicio portador de larga distancia que es objeto de la desregulación parcial establecida por la resolución impugnada, ha sido clara y concretamente declarado por el Tribunal Constitucional Peruano en su Sentencia emitida en el Expediente N° 005-2003-AI/TC ⁽⁶⁾, en los términos siguientes (subrayado agregado):

§10. La Supervisión y Fiscalización del Mercado de los Servicios Públicos

41. El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. (...).

La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiente prestación del servicio. La supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable; ello porque si bien la concesión, como a la que se ha hecho referencia en el Fundamento N° 1, es un contrato que puede tener un blindaje jurídico, el objeto fundamental no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, y siempre protegiendo la seguridad, la salud pública y el medio ambiente. (...).

Bajo este marco, este Consejo Directivo hace suyas las consideraciones adicionales señaladas en el Acápite 4.1 de la parte considerativa de la Resolución de Presidencia N° 048-2008-PD/OSIPTEL –publicada en el Diario Oficial El Peruano del 11 de Abril de 2008-, con las que se define ampliamente la posición del OSIPTEL sobre el sentido y

⁶ Sentencia del 3 de octubre de 2003, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad de la citada Ley N° 26285 y del contrato-ley de concesión de que es titular TELEFÓNICA.

alcances efectivos de la facultad que el literal j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL le atribuye a la Presidencia del Consejo Directivo:

- Respecto de los supuestos a que se contrae el literal j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL, podrían presentarse las siguientes alternativas:
 - (i) Que, existiendo el número de miembros de Consejo Directivo necesario para sesionar, por diversas razones ⁽³⁾ este órgano colegiado no pueda reunirse; o,
 - (ii) Que no exista el número de miembros hábiles de Consejo Directivo necesario para sesionar válidamente.

Al respecto, cabe señalar que una regla jurídica fundamental de interpretación es no distinguir donde la Ley (o la norma pertinente) no distingue. En consecuencia, habría que concluir que ambas alternativas son perfectamente comprensibles por el supuesto a que se contrae el literal j) del Artículo 86° del Reglamento citado.

- Ahora bien, en cuanto a los parámetros para interpretar el término Medidas “*de emergencia*” al que se refiere el literal j) del citado artículo, se considera adecuado acudir a lo señalado en la vigésima segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001) que a la letra dice:

“Emergencia.

*(Del lat. **emergens**, -entis, emergente).*(...)

de ~.

1. loc. adj. Que se lleva a cabo o sirve para salir de una situación de apuro o peligro.”

Es así que el término “de emergencia” alude a una medida o acción que sirve para enfrentar o salir de una situación de urgencia (apuro) o de riesgo (peligro), evitando o previniendo daños.

- En este estado del análisis, cabe recordar lo señalado en el Artículo 18º del Reglamento citado, que a la letra dice (subrayado agregado):

Artículo 18.- Objetivo general del OSIPTEL

El OSIPTEL tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones.

- En este orden de ideas, se considera que la adopción de una medida de emergencia por esta Presidencia del Consejo Directivo, en el marco del referido literal j) del Artículo 86° del Reglamento, tendría que contemplar los siguientes aspectos:

1. Se trata de una medida excepcional, que debe adoptarse cuando concurren todos los elementos que la configuran, ya que de ordinario las funciones normativa y reguladora, en las que interviene también el Presidente, son atribuidas al Consejo Directivo.

Al respecto, según el Artículo 24º del Reglamento citado, la función normativa la ejerce de manera exclusiva el Consejo Directivo, la cual también es indelegable, salvo para el dictado de medidas de emergencia antes mencionado, según lo dispone el Artículo 26º del mismo Reglamento ⁽⁴⁾. A su vez, debe tenerse presente que según lo dispone el Artículo 2º del Reglamento de la Ley Nº 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos-, las funciones reguladora y normativa general serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del organismo regulador.

Ambas normas se complementan, en el sentido que si bien las funciones normativa y reguladora son de competencia exclusiva del Consejo Directivo, por excepción, el Presidente puede ejercer tales funciones para emitir medidas que considere de emergencia, más aún cuando la función reguladora se formaliza también a través de resoluciones.

2. La medida tendría que tomarse para enfrentar o salir de una situación que requiere de una acción urgente del regulador, que no admite dilación o demora. En este supuesto, se considera que la ratio legis de esta norma no está referida a la adopción de medidas para prevenir o atender hechos fortuitos o de la naturaleza (es decir, catástrofes naturales tales como terremotos, inundaciones, etc.), ya que ello no está dentro de las competencias del OSIPTEL. Por el contrario, dichas medidas extraordinarias deben estar vinculadas al ejercicio de competencias que las normas legales atribuyen al OSIPTEL.
3. A su vez, la medida deberá buscar evitar o prevenir un peligro, o que cese un daño, ya que sin su intervención continuaría produciéndose.

De este modo, las medidas de emergencia tendrían que adoptarse, por ejemplo, para evitar que ciertos actos o conductas afecten el normal desenvolvimiento del mercado de telecomunicaciones o los derechos de los usuarios. Así, las medidas que se adopten deben evitar daños a dicho mercado que podrían afectar la libre competencia, así como garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado a los usuarios, por lo cual resulta imprescindible el ejercicio de las funciones atribuidas al Consejo Directivo.

De forma enunciativa, se citan los siguientes casos que ameritarían la adopción de una medida de emergencia por parte de la Presidencia del Consejo Directivo:

- (i) Si no se regula la tarifa de un servicio “X” –vía fijación, revisión o ajuste de tarifas tope y luego del procedimiento regulatorio respectivo- a efectos de generar mayor bienestar a los usuarios, de acuerdo a criterios de eficiencia económica; o,
- (ii) Si no se regulan los cargos de interconexión a efectos de asegurar las condiciones adecuadas que promuevan una mayor competencia entre las empresas operadoras que genere mayores beneficios para los usuarios en términos de más opciones, mejores servicios y menores tarifas; o,
- (iii) Si, de ser el caso, no se confirma la sanción a una empresa operadora que viene cobrando tarifas superiores a las vigentes, o que viene cortando el servicio telefónico sin que se presenten los supuestos habilitantes para ello o sin seguir los procedimientos establecidos, entre otras conductas que afectan el normal desenvolvimiento del mercado.

Resulta evidente que en supuestos como los descritos en los numerales anteriores, concurren situaciones que habilitan a la Presidencia del Consejo Directivo a hacer uso de la facultad que le atribuye el literal j) del Artículo 86° del Reglamento.

- En consecuencia, por lo anteriormente señalado, por emergencia debe entenderse toda situación que ponga en situación de riesgo real o potencial el normal funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones o la marcha normal de la institución –pues ello también afecta el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones-, lo que habilita la actuación de esta Presidencia, al amparo de lo establecido en el literal j) del Artículo 86° del Reglamento.
- Asimismo, debe precisarse que el término “dar a conocer de las medidas adoptadas” constituye una comunicación al Consejo Directivo de las medidas de emergencia adoptadas, siendo que la resolución emitida, tal como fue adoptada por el Presidente, surtió plenos efectos y su vigencia y validez no se sujetó a pendencia alguna ni a mayor condición que a la que está sujeto cualquier otro acto reglamentario o administrativo que sea emitido por el propio Consejo Directivo.

Ello no impide que las resoluciones emitidas por el Presidente como “Medidas de Emergencia” puedan ser objeto de revisión o modificación por el Consejo Directivo, siguiendo los procedimientos que correspondan.

Finalmente, es pertinente agregar que, en otras oportunidades TELEFÓNICA ha mostrado una conducta objetivamente contradictoria con la pretensión que ahora plantea:

- TELEFÓNICA consintió la Resolución de Presidencia Nº 063-96-PD/OSIPTEL de fecha 29 de Noviembre de 1996, mediante la cual se estableció el Régimen de Tarifas Máximas Fijas que se aplica al Servicio de Arrendamiento de Circuitos prestado por dicha empresa, no habiendo planteado cuestionamiento alguno en la vía administrativa, judicial o arbitral respecto de la

validez de dicha resolución tarifaria por haber sido emitida por la Presidencia del Consejo Directivo.

- Igual comportamiento tuvo TELEFÓNICA frente a la Resolución de Presidencia N° 040-96-PD/OSIPTEL de fecha 19 de Agosto de 1996, que estableció el Régimen de Tarifas Máximas Fijas que se aplica a las Facilidades de Red Inteligente prestadas por dicha empresa, respecto de la cual tampoco formuló algún cuestionamiento referido a que tal resolución tarifaria hubiera sido emitida por órgano incompetente.
- Más recientemente, el OSIPTEL emitió la Resolución de Presidencia N° 185-2007-PD/OSIPTEL de fecha 28 de Noviembre de 2007, mediante la cual se modificó la regulación de Tarifas Tope - Máximas Fijas- que se aplica al Servicio de Arrendamiento de Circuitos prestado por dicha empresa.

Frente a esta resolución, si bien TELEFÓNICA interpuso Recurso Especial mediante su escrito de fecha 2 de enero de 2008, en ningún extremo de su recurso cuestionó la validez de esta resolución tarifaria por haber sido emitida por la Presidencia del Consejo Directivo, y más aún, en su propio escrito se dirige a este mismo órgano del OSIPTEL para que acoja sus pretensiones y efectúe los ajustes de costos que planteaba en su impugnación.

- En materia de regulación de cargos de interconexión –siendo que en su escrito de VISTOS, la recurrente extiende su cuestionamiento también a esta materia- se puede citar, entre otras, la Resolución de Presidencia N° 112-2007-PD/OSIPTEL de fecha 03 de Agosto de 2007, mediante la cual se declaró parcialmente fundado el Recurso Especial interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2007-CD/OSIPTEL que estableció el cargo de interconexión tope por transporte conmutado de larga distancia nacional, estableciéndose un nuevo valor para dicho cargo de interconexión tope, superior al inicialmente establecido.

No obstante haber sido emitida también por esta Presidencia del Consejo Directivo, dicha decisión tampoco ha sido cuestionada en modo alguno por TELEFÓNICA, e incluso viene siendo aplicada por esta empresa en los contratos de interconexión que ha suscrito con otras empresas y que ha presentado al OSIPTEL para su aprobación, conforme se aprecia en el Contrato de Interconexión suscrito el 14 de setiembre de 2007 con la empresa concesionaria Netline Perú S.A.

Este comportamiento contradictorio de TELEFÓNICA –además de haberse demostrado que son insostenibles jurídicamente sus cuestionamientos sobre la validez de las resoluciones tarifarias emitidas por la Presidencia del Consejo Directivo con carácter de medidas de emergencia-, implicaría también una falta de coherencia por parte de la recurrente con la “doctrina o teoría de los actos propios” (*venire contra factum proprium non valet*) que impide a las personas contrariar sus conductas pasadas, siendo una teoría que esta misma empresa ha defendido en otras oportunidades, tal como lo hizo al presentar sus comentarios al proyecto de resolución para el establecimiento del Factor de Productividad ⁽⁵⁾, donde precisó –en una cita al jurista LUDWIG ENNECCERUS- que “*a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe*”. (...)”

³ Como por ejemplo serían los casos de hecho fortuito o fuerza mayor (los que a su vez pueden incluir contingencias muy diversas), enfermedad o licencia de varios de sus miembros, etc.

⁴ “Artículo 26.- *Carácter Indelegable de la Función Normativa.*

La función normativa del Consejo Directivo es indelegable, salvo por lo previsto en el inciso j) del Artículo 86° de este Reglamento.”

⁵ Páginas 16 al 18 del documento emitido por el Doctor Jorge Santistevan De Noriega, el cual fue presentado por TELEFÓNICA como parte de sus comentarios al mencionado proyecto.

Más aún, en cuanto a la última consideración anotada, resulta relevante advertir que el referido comportamiento contradictorio se evidencia una vez más, precisamente en el caso que es materia del presente pronunciamiento:

- En efecto, la Resolución de Presidencia N° 120-98-PD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial El Peruano del 21 de noviembre de 1998, denegó la solicitud de TELEFÓNICA para poner fin a la regulación tarifaria del Servicio Portador Local, por considerar que *“aún no se presenta una competencia suficientemente vigorosa entre los proveedores de servicios portadores locales, como para asegurar tarifas sostenibles y razonables que beneficien a los usuarios, de conformidad con el literal c) de la Sección 9.01 de los contratos de concesión de los que es titular Telefónica del Perú S.A.A.”*.

No obstante que tal decisión adversa al interés de la empresa fue emitida también por la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL como una “medida de emergencia”, TELEFÓNICA sí consintió dicha resolución, no habiendo planteado cuestionamiento alguno en la vía administrativa, judicial o arbitral respecto de su validez por haber sido emitida por la Presidencia del Consejo Directivo.

En el caso que es materia del presente procedimiento recursivo, la Presidencia del Consejo Directivo, invocando la misma facultad con que fue emitida la citada Resolución de Presidencia N° 120-98-PD/OSIPTEL, emite otra decisión adversa al interés de la empresa, pues dispone la desregulación parcial del servicio de larga distancia, denegando así la desregulación total que pretendía TELEFÓNICA, pero ahora la empresa sí cuestiona la competencia legal de dicho órgano para emitir tal decisión.

En relación con lo anterior, en el presente caso también resulta relevante reseñar los siguientes hechos que ratifican que el cuestionamiento formal planteado por TELEFÓNICA en este extremo de su recurso, resulta incongruente con su comportamiento anterior, en el sentido del aforismo jurídico citado anteriormente:

- Desde que se publicó el Proyecto de la resolución cuya validez ahora pretende cuestionar TELEFÓNICA, el órgano emisor –Presidencia del Consejo Directivo- ya venía precisando expresamente su postura de que la decisión de desregular los servicios regulados individuales de Llamadas Telefónicas LDN y LDI a través de Tarjetas de Pago constituía una “medida de emergencia” que debía ser adoptada por dicho órgano del OSIPTEL. Tal postura se evidencia en la Resolución de Presidencia N° 167-2007-PD/OSIPTEL –publicada en el Diario Oficial El peruano del 08 de Noviembre de 2007 y debidamente notificada a TELEFÓNICA- la cual dispuso la publicación del referido Proyecto y en cuya parte considerativa precisó lo siguiente:

“Que, la presente resolución, dada su naturaleza y fines señalados en los considerandos precedentes, constituye una medida de emergencia que debe ser adoptada por la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL, teniendo en cuenta que su aprobación resulta urgente y necesaria para garantizar el acceso a los servicios de telecomunicaciones con tarifas razonables, de conformidad con el objetivo específico de este organismo regulador, establecido en el inciso f) del artículo 19° de su Reglamento General;”

Frente al Proyecto así publicado, correspondía a TELEFÓNICA, dentro de la respectiva etapa de consulta pública, formular los comentarios u objeciones que considere sobre dicho Proyecto, tal como está previsto en las reglas específicas estipuladas en la Sección 9.01, inciso (c), de sus Contratos de Concesión, al cual deben sujetarse la empresa concesionaria y el OSIPTEL para los casos en que se trate de procedimientos de desregulación tarifaria:

“En el caso de que el OSIPTEL pretendiera dictar una resolución, o bien dentro de los veinte (20) días hábiles de haber recibido un pedido para que emita una resolución para abstenerse de o suprimir la regulación de TARIFAS, OSIPTEL deberá notificar dicha intención o dicho pedido mediante publicación en el

Diario Oficial "El Peruano", (i) estableciendo el plazo dentro del cual comentarios u objeciones pueden ser presentados por escrito por cualquier tercera persona con un interés legítimo, dicho plazo no puede ser inferior a treinta (30) días hábiles a partir de la fecha de publicación de la notificación, (ii) estableciendo la fecha y el lugar para una audiencia durante la cual la EMPRESA CONCESIONARIA y cualquier tercera persona con un interés legítimo podrán formular comentarios u objeciones, no pudiendo dicha fecha ser inferior a veinte (20) días hábiles a contar desde el vencimiento del plazo de presentación de comentarios u objeciones."

Conforme a dicho procedimiento contractual, TELEFÓNICA presenta sus comentarios al Proyecto mediante su carta DR-236-C-407/CM-07 de fecha 20 de Diciembre de 2007. No obstante, en ningún extremo de sus comentarios al Proyecto la recurrente alegó objeción alguna respecto a la competencia de la Presidencia del Consejo Directivo para decidir sobre la desregulación tarifaria materia del Proyecto publicado. Es así que, recién en vía de procedimiento administrativo recursivo, TELEFÓNICA alega su cuestionamiento a la competencia del órgano emisor de la resolución impugnada.

Por todo lo expuesto, y sin perjuicio de dejar constancia de la conducta procedimental mostrada por TELEFÓNICA en cuanto a este extremo de su recurso, se concluye que una interpretación excesivamente restrictiva como la que plantea TELEFÓNICA sobre las facultades legales de la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir resoluciones tarifarias como la resolución impugnada, implicaría el total desconocimiento del objeto fundamental para el cual fue creado el OSIPTEL y de los fines para los cuales fueron otorgados los Contratos de Concesión de los que es titular TELEFÓNICA, lo cual llevaría a una absurda e injustificada paralización e inoperancia de este organismo regulador frente a situaciones, en las que, como en el presente caso, se evidenciaba que el régimen regulatorio existente ya no se ajustaba a los criterios de eficiencia que sustentaron su establecimiento, ya no aseguraba que las tarifas estén orientadas a costos y determinaba el establecimiento de condiciones tarifarias que no eran compatibles con la existencia de competencia.

Efectivamente, en el caso de la desregulación tarifaria dispuesta por la resolución impugnada, luego del debido procedimiento en el que se efectuaron los respectivos estudios económicos y técnicos, el órgano emisor asumió la convicción de que:

- (i) Respecto del segmento de llamadas de LDN y LDI a través de Tarjetas de Pago, en el período analizado se había evidenciado una trayectoria decreciente y sostenida de las tarifas aplicadas a los usuarios, las cuales además son significativamente inferiores a las tarifas tope fijadas en los Ajustes Trimestrales por Fórmula de Tarifas Tope, determinando que este instrumento regulatorio al que estaban sujetas las tarifas de los servicios de llamadas de LDN y LDI a través de Tarjetas de Pago prestados por TELEFÓNICA, estaba resultando inocuo en este segmento de mercado, y;
- (ii) En el régimen regulatorio que se venía aplicando, TELEFÓNICA utilizaba los Ajustes Trimestrales por Fórmula de Tarifas Tope en la Canasta E, para efectuar reducciones en las tarifas de llamadas de LD que se realizan a través de Tarjetas de Pago (donde la empresa enfrentaba condiciones de mayor competencia), siendo que tales reducciones le permitían incrementar al mismo tiempo las tarifas de las llamadas de LD que se realizan por Discado Directo (donde las condiciones de competencia aún no eran suficientemente vigorosas).

Esta estrategia de la empresa quedó evidenciada en la propuesta de Ajuste Tarifario para la Canasta E que fue presentada por TELEFÓNICA para el periodo Marzo-Mayo 2008.

Habida cuenta de tales convicciones objetivas que implicaban la generación de perjuicios para el bienestar de los usuarios y de la sociedad en su conjunto, resultaba pues imperativo, para la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL, adoptar las medidas necesarias para impedir el mantenimiento del régimen regulatorio que permitía la generación de tales perjuicios, disponiendo la inmediata desregulación de las tarifas de los servicios en los que se evidenciaba la existencia de condiciones de competencia que permitían asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios. Ello de conformidad con las funciones y objetivos del OSIPTEL establecidos en el Artículo 76° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, así como en el Artículo 18° y el inciso f) del Artículo 19° del Reglamento General de este organismo.

Además, de la lectura de los comentarios presentados por TELEFÓNICA al correspondiente Proyecto publicado por la Resolución N° 167-2007-PD/OSIPTEL, se puede advertir que precisamente las consideraciones teóricas manifestadas por la empresa eran congruentes con el criterio de urgencia que invocó la Presidencia del Consejo Directivo para emitir la decisión de desregulación tarifaria impugnada. Ello se evidencia con lo señalado en la Página 4 del Informe preparado por el “Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico”, el cual fue presentado por TELEFÓNICA como Anexo 4 de sus comentarios al mencionado Proyecto (subrayado agregado):

“La regulación le genera un costo a la sociedad. Ella impone costos significativos directos e indirectos sobre la industria y los consumidores. Además, existen muchos problemas asociados con la efectiva ejecución de la regulación, como las asimetrías de información, dado que las empresas tienen un conocimiento superior sobre el negocio que el regulador. Esto puede provocar resultados no deseables.

(...) cuando la competencia se establece y se demuestra que puede ser sostenible, es crítico que la desregulación proceda tan rápido como sea posible.”

Conforme a lo expuesto, los cuestionamientos de TELEFÓNICA respecto a la supuesta falta de competencia legal por parte de la Presidencia del Consejo Directivo para emitir la resolución tarifaria impugnada, como medida de emergencia, resultan insubsistentes y, en consecuencia, este Consejo Directivo ratifica que la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL, dada su naturaleza y fines, el contexto en el que se emitió, y habiendo asumido convicción sobre el sustento presentado por los órganos técnicos del OSIPTEL, sí constituía una medida de emergencia que podía ser adoptada por la Presidencia del Consejo Directivo en ejercicio de la función que le atribuye a este órgano el inciso j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL.

4.1.2 Sobre la supuesta vulneración del derecho de TELEFÓNICA a formular comentarios de manera oportuna

TELEFÓNICA refiere en su recurso dos casos específicos en los que, según la recurrente, no se habría respetado su derecho al debido procedimiento:

- a) El hecho que la encuesta referida en el Informe N° 263-GPR/2007 –informe sustentatorio del Proyecto de la resolución impugnada-, no le fue notificada

junto con el referido Proyecto, sino que recién le fue entregada, a su solicitud, en febrero de 2008.

- b) El hecho que en el Informe N° 157-GPR/2008 –informe sustentatorio de la resolución impugnada- se haga referencia a que la decisión adoptada se basaba en una prueba de correlación de precios que no se había mencionado antes del Proyecto.

En cuanto al cuestionamiento referido en el punto a), la recurrente alega que la entrega de la referida encuesta resultaba relevante, pues, según la empresa, dicha encuesta habría constituido uno de los sustentos de la posición del OSIPTEL.

Al respecto, debe advertirse la inexactitud de tal alegato, pues en realidad la mencionada encuesta en todo momento fue considerada como meramente referencial y no formaba ni formó parte de los fundamentos en que se basó la decisión del OSIPTEL que es objeto del recurso. Así se evidencia en la Página 104 del Informe N° 157-GPR/2008 que sustentó la resolución impugnada, donde se precisa expresamente que (subrayado agregado):

“Como referencia del nivel de información con que contaban los usuarios, sobre todo en los segmentos menos competitivos antes de la aplicación del nuevo régimen de preselección, en el informe previamente mencionado se usaron resultados de la encuesta de hogares del OSIPTEL para el año 2006, encuesta que fue aplicada entre febrero y marzo del año 2006 a más de 8 mil hogares a nivel nacional, y cuya representatividad es a nivel nacional urbano.”

En tal sentido, en la presente resolución se reitera que los resultados de la mencionada encuesta son tomados como referenciales y no deben ser considerados como una de las bases de la decisión del regulador, pues la decisión efectivamente se basa en las condiciones de competencia analizadas.

Esta afirmación sobre el carácter referencial y de menor relevancia con que fue mencionada la referida encuesta se evidencia además en el hecho que TELEFÓNICA solicita al OSIPTEL la entrega de dicha encuesta recién el 07 de diciembre de 2008, es decir, habiendo ya transcurrido un mes desde la fecha en que le fue notificado el correspondiente Proyecto.

Bajo tales consideraciones, siendo que tal encuesta no forma parte de los sustentos o fundamentos de la posición del regulador, no resultaba imperativo que sea entregada junto con la notificación del correspondiente Proyecto de la resolución impugnada.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que TELEFÓNICA hizo plenamente efectivo su derecho de presentar comentarios al correspondiente Proyecto, contando con toda la información y documentación necesaria para tales efectos, tan es así, que al momento de presentar dichos comentarios no efectuó cuestionamiento alguno sobre una supuesta limitación de tal derecho por no habersele notificado la referida encuesta.

Finalmente, cabe precisar que si bien la mencionada encuesta le fue entregada físicamente a TELEFÓNICA en febrero de 2008, tanto esta empresa, como el público en general, tenían acceso directo e inmediato a los principales parámetros y resultados de dicha encuesta incluso desde Setiembre de 2006, pues a partir de esa fecha se

encontraba publicada en la página web del OSIPTEL la presentación denominada “Resultados de la Encuesta Nacional de Hogares Urbanos – OSIPTEL”⁽⁷⁾.

Por otro lado, respecto del cuestionamiento referido en el punto b) del presente acápite, la recurrente alega que en el Proyecto notificado se proponía la no desregulación del segmento de discado directo por considerarse que no existía competencia suficiente en dicho segmento, para lo cual, según la empresa, el OSIPTEL había sustentado su conclusión en la falta de sustitutos.

Al respecto, debe advertirse igualmente la inexactitud de tal alegato, pues en realidad en ningún extremo del Proyecto propuesto por la Resolución de Presidencia N° 167-2007-PD/OSIPTEL ni de su respectivo Informe sustentatorio N° 263-GPR/2007 se hizo referencia a que un análisis de sustitución constituyera el sustento de dicha propuesta.

En efecto, es precisamente TELEFÓNICA quien, al presentar sus comentarios al Proyecto, introdujo la discusión sobre si efectivamente existe o no sustitución entre los diferentes medios de acceso a las comunicaciones de larga distancia. Esto se evidencia en los siguientes fragmentos de los comentarios presentados por TELEFÓNICA mediante su carta DR-236-C-407/CM-07 del 20 de Diciembre de 2007:

- Páginas 7 y 8 de comentarios principales (subrayado agregado):
“Según la encuesta realizada por Ipsos – Apoyo Opinión y Mercado (...), el 17% de los usuarios de LDI que el año pasado utilizaron la preselección como medio de comunicación para realizar sus llamadas de LDI, actualmente han migrado a otros métodos de comunicación, como Internet. De esta afirmación se puede desprender que efectivamente, estos medios son medios sustitutos entre sí, donde se encuentra la figura de que al no querer o poder acceder a un determinado medio, éste es fácilmente sustituible por otro. Esta afirmación no sólo la podemos recoger del estudio realizado por Ipsos, sino que también es una realidad a la que nos enfrentamos día a día al interior de nuestra empresa, en la que encontramos situaciones en donde al modificar las características de un determinado producto, automáticamente se refleja en otro sustituto.”
- Página 9 del Informe preparado para TELEFÓNICA por “Apoyo Consultoría”, el cual fue presentado por TELEFÓNICA como Anexo 2 de sus comentarios:
“Durante el último año los consumidores migraron de método para satisfacer sus necesidades de comunicación de LD. Ello implica que los consumidores consideran que los métodos son sustitutos. La migración no se da solamente entre métodos de acceso desde teléfonos fijos de abonado (entre preselección, tarjetas de pago y llamada por llamada), sino también desde y hacia otros métodos como Internet y teléfonos móviles.”
- Página 43 del Informe preparado para TELEFÓNICA por el “Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico”, el cual fue presentado por TELEFÓNICA como Anexo 4 de sus comentarios (subrayado agregado):
“No debería esperarse un aumento de tarifas por parte del operador dominante, pues existe sustitución tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta. (...), se recomienda al regulador que amplíe su definición del mercado relevante, de tal manera de incorporar en su análisis a los sustitutos (...).”

⁷ Esta presentación fue publicada en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe) sección Investigaciones/ Seminarios de Investigación/ 17. Resultados de la Encuesta Nacional de Hogares Urbanos – OSIPTEL. El link directo a esta publicación es el siguiente:
<http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=0&P=%2FOsiptelDocs%2FGPR%2Fel%5Fsector%2FSEMI NARIOS%2Ffiles%2F2%5FResultadosEncuestaNacional%2Epdf>

En ese contexto, precisamente en aplicación de las reglas procedimentales previstas en los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA, correspondía a este organismo regulador considerar y analizar tales comentarios de la empresa regulada, aún cuando se refieran a nuevos aspectos no considerados en el Proyecto, y señalar expresamente las razones por las que dichos comentarios de la empresa merecían o no ser tomados en cuenta para definir el contenido de la decisión final.

Por tanto, resulta evidente que si el análisis de correlación recién fue incluido en el Informe N° 157-GPR/2008 –informe sustentatorio de la resolución impugnada-, ello se explica y justifica en que con dicho análisis el OSIPTEL cumplía con dar debida respuesta a los comentarios de TELEFÓNICA antes referidos, al considerar necesario dicho análisis para mostrar indicios de la ausencia de un grado razonable de sustitución entre diferentes modalidades de acceso a las comunicaciones de larga distancia, frente a la posición de la empresa en cuanto a la existencia de una fácil sustituibilidad entre tales modalidades ⁽⁸⁾.

Finalmente, cabe precisar que la inclusión del referido análisis de correlación efectuado por el OSIPTEL, no implicó modificación alguna del contenido del Proyecto previamente notificado a la TELEFÓNICA.

En cualquier caso, sin perjuicio de haberse demostrado que los cuestionamientos de la recurrente referidos en los puntos a) y b) del presente Acápite resultan insostenibles, se considera pertinente precisar además que en el recurso que es objeto del presente pronunciamiento, TELEFÓNICA ha expuesto detalladamente sus alegaciones sobre la mencionada encuesta referencial que le fue entregada físicamente (Páginas 36 y 37 de su recurso) y sobre los resultados del análisis de correlación incluidos en el Informe N° 157-GPR/2008 (Páginas 26 y 27 de su recurso, así como en la Página 5 del Informe de “Apoyo Consultoría” que fue incluido como Anexo 1-C de dicho recurso).

Estas alegaciones son analizadas en los correspondientes acápites de la presente resolución, por lo que, a través de su impugnación, TELEFÓNICA obtendrá, dentro del mismo procedimiento, el pronunciamiento del OSIPTEL sobre el fondo de tales alegaciones, con lo cual deviene en insubsistente cualquier cuestionamiento procedimental relacionado con estos aspectos ⁽⁹⁾.

⁸ En la Página 93 del Informe 157-GPR/2008 se precisan las implicancias de los comentarios de TELEFÓNICA para cuya respuesta se requirió efectuar el análisis de correlación:

“La implicancia de los argumentos de la empresa respecto a la sustitución de dos bienes es clara y es que en un mercado competitivo los precios de dos bienes o servicios sustitutos tendrán una altísima correlación positiva para una variedad de situaciones.”

⁹ Este razonamiento es análogo al expresado por el Tribunal Constitucional del Perú en su Sentencia del 30 de setiembre de 2004 (Expediente N° 1863-2004-AA/TC) al señalar en su Fundamento N° 6: *“El Tribunal Constitucional no considera que los hechos descritos evidencien la vulneración al derecho de defensa del recurrente, toda vez que nunca estuvo en un real estado de indefensión, puesto que pudo ejercer los medios impugnatorios en la vía administrativa, conforme consta de autos (...)”*.

4.1.3 Sobre la publicación de los comentarios completos de las empresas operadoras al proyecto de la resolución impugnada

El último caso específico señalado por TELEFÓNICA en el apartado II.8 de su recurso, para alegar la supuesta afectación de su derecho al debido proceso, es el hecho que en el Informe N° 157-GPR/2008 que sustentó la resolución impugnada, el regulador no publicó los comentarios completos presentados por las empresas operadoras al correspondiente Proyecto publicado, pues en la correspondiente matriz sólo incluyó un resumen de dichos comentarios: Este hecho, según la empresa, habría limitado el derecho de los administrados a conocer tales comentarios en su integridad, a fin de poder contrastar correctamente la posición del regulador y la de los que emitieron comentarios.

Al respecto, debe advertirse también la inexactitud de este alegato de la recurrente, pues el OSIPTEL sí publicó todos los comentarios completos de los administrados que presentaron por escrito al Proyecto, que en este caso sólo fueron TELEFÓNICA y Americatel Perú S.A.

En efecto, luego de recibidos dichos comentarios, éstos fueron publicados en su integridad en la página web del OSIPTEL (www.osiptel.gob.pe), manteniéndose permanentemente a disposición y acceso inmediato del público en general, en la misma sección donde se publicó también el correspondiente Proyecto, tal como se puede verificar en el fragmento siguiente de la página web:

- **N° 167-2007-PD/OSIPTEL**

Publicada en Separata Especial - EL PERUANO: el 08 de Noviembre de 2007

Supresión de la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional a través de tarjetas de pago, servicios de categoría I prestados por Telefónica del Perú S.A.A. / Proyecto para comentarios.

- [Informe N° 263 -GPR/2007](#) [ **PDF 634 Kb** |  **ZIP 578 Kb**]
- [Exposición de Motivos](#) [ **PDF 100 Kb**]
- Comentarios recibidos por las empresas:
 - [Americatel Perú S.A.](#)
 - [Apoyo Consultoría](#)
 - [Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico](#)
 - [Telefónica del Perú S.A.A.](#)

Finalmente, debe precisarse además que, si bien el Informe N° 157-GPR/2008 sólo incluyó un resumen de los comentarios, la recurrente no ha indicado de modo alguno si con los respectivos resúmenes se habría omitido la debida consideración de algún aspecto incluido en sus comentarios o en los comentarios de otros administrados. Por tanto, este cuestionamiento procedimental resulta también insubsistente.

4.2 Sobre la supresión parcial de la regulación del mercado de larga distancia y el cumplimiento de lo dispuesto por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC).

La empresa concesionaria señala que según los Lineamientos emitidos por el MTC en el año 2007 el OSIPTEL debía suprimir la regulación de tarifas tope del servicio de larga distancia en su totalidad. De manera contraria, el OSIPTEL ha aprovechado la orden del MTC para re-regular el servicio de LD. Se precisa además que la

desregulación parcial tiene por finalidad eliminar una de las variables utilizadas por Telefónica para calcular el ajuste de la fórmula de tarifas tope de la Canasta E, lo cual desnaturaliza la metodología establecida en sus contratos de Concesión y representa una actitud de rebeldía respecto del mandato del MTC. Se indica además que es erróneo inferir que no hay competencia en el segmento de discado directo a partir de la igualdad de tarifas establecidas por Telefónica y la tarifa tope pues los precios tope se establecen simulando un mercado en competencia.

Respecto de lo precisado por la empresa concesionaria, es importante señalar, como primer punto, que el OSIPTEL rechaza rotundamente los calificativos de “rebeldía” indebidamente empleados por la empresa concesionaria en su recurso de reconsideración.

En segundo lugar, es necesario reiterar, tal como se ha indicado en la exposición de motivos que sustenta la Resolución N° 036-2008-PD/OSIPTEL, que los Lineamientos emitidos por el MTC en el año 2007, no establecen consideración alguna respecto de un proceso de “desregulación total” del servicio de comunicaciones de larga distancia. Más específicamente, los Lineamientos señalan lo siguiente:

*“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.***

En esta línea, OSIPTEL iniciará en marzo de 2007:

- a. El proceso de desregulación del segmento de clientes comerciales del servicio de telefonía fija local de la empresa incumbente.*
- b. El proceso de desregulación del servicio de larga distancia.*

Todo proceso de desregulación cuenta con un informe técnico previo que lo sustente. (Sin negrita y subrayado en el original).

Al respecto, de la lectura de lo especificado en los Lineamientos del MTC es importante resaltar los siguientes puntos:

- La implementación del proceso de desregulación se refiere de manera exclusiva al proceso de regulación tarifaria.
- El alcance de la implementación de los procesos de regulación y desregulación tarifaria es responsabilidad del OSIPTEL.
- El alcance de la implementación de los procesos de regulación y desregulación tarifaria se define en función al análisis de los niveles de competencia efectiva, más específicamente, de las características, la problemática de cada mercado y las necesidades de desarrollo de la industria.

Respecto del primer punto, cabe reiterar que la sección transcrita de los lineamientos del MTC corresponden a lo establecido en el Artículo 4º denominado “Tarifas”.

Considérese además, lo precisado en la página 11 de la matriz de comentarios de dichos Lineamientos, publicado en la página web del MTC:

“La desregulación implica la no aplicación del régimen regulado de tarifas tope. Asimismo, el procedimiento de desregulación tarifaria se sujeta al procedimiento establecido en los contratos de concesión y las normas de OSIPTEL, por lo que no se considera necesario definir reglas, criterios, plazos, ni naturaleza del proceso, como lo solicita la empresa.” (Sin negrita y subrayado en el original).

Respecto del segundo punto, lo contenido en los Lineamientos no sólo es consistente con la debida asignación de funciones y especializaciones entre el MTC y el OSIPTEL, sino que representa además un reconocimiento de las potestades regulatorias del OSIPTEL. Así por ejemplo, respecto de la responsabilidad en materia de regulación tarifaria, el inciso 5 del Artículo 77° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones – aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC- y el literal b), numeral 3.1° del Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos – Ley N° 27332- atribuyen al OSIPTEL la función reguladora, en cuya virtud tiene la facultad de fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su aplicación.

Asimismo, respecto del tercer punto, los lineamientos del MTC no sólo precisan que la determinación del alcance de los procesos de regulación es una potestad del OSIPTEL, sino que indican además que todo proceso de desregulación debe contar con un informe técnico previo que lo sustente. De esta manera, el encargo realizado por el MTC al OSIPTEL no fue otro que el de realizar dicho informe técnico y determinar el alcance del proceso de regulación tarifaria aplicable al servicio de comunicaciones de larga distancia.

Por lo expuesto, el informe técnico elaborado por el OSIPTEL se centra fundamentalmente en el análisis de la efectividad y la pertinencia de mantener la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de las llamadas de larga distancia efectuadas desde teléfonos fijos de abonado, como instrumento de regulación que está concebido para disciplinar la política de precios de la empresa regulada, sobre la base del análisis regulatorio y de las condiciones de competencia de los segmentos identificados en el mercado de larga distancia.

En dicha línea, a partir de un análisis profundo del mercado de larga distancia, se identificó la existencia de nichos de mercado con condiciones de competencia diferentes. Las diferencias radican en la estructura de precios y la evolución de los respectivos montos tarifarios, así como el tipo de competencia y la estrategia comercial desarrollada por los operadores en cada segmento, entre otros aspectos. La existencia de nichos de mercado con condiciones de competencia diferentes es tomada en cuenta al analizar el ámbito de aplicación del proceso de desregulación.

Finalmente, Telefónica se equivoca al señalar que no se puede desregular servicios de llamadas telefónicas a través de tarjetas de pago. Conforme al marco legal y contractual vigente, los sistemas de tarifas o regímenes tarifarios se aplican a todos los “servicios públicos de telecomunicaciones” comprendidos en sus alcances, sin importar el medio de acceso utilizado o la forma o medio de pago del servicio. Así está establecido en el

Art. 30° del Reglamento General de Tarifas⁽¹⁰⁾ y así ha sido desarrollado en el “Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A.” que establece las reglas bajo las cuales se aplica el Régimen Tarifario de Fórmula de Tarifas Tope (que incluye la aplicación del Factor de Productividad) al que se sujeta dicha empresa.

De conformidad con lo señalado, están sujetos a la regulación de Fórmula de Tarifas Tope los servicios de llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional fijo-fijo que son prestados por Telefónica, comprendiendo a las respectivas llamadas realizadas a través de tarjetas de pago⁽¹¹⁾, cuyas tarifas específicas constituyen elementos tarifarios⁽¹²⁾ que son considerados como servicios regulados individuales dentro de la Fórmula de Tarifas Tope⁽¹³⁾ que se ha venido aplicando en los ajustes trimestrales de Servicios de Categoría I⁽¹⁴⁾.

Por tanto, la decisión adoptada por el OSIPTEL mantiene plena consistencia con dicho marco normativo vigente, toda vez que lo que está disponiendo es suprimir la regulación de los referidos elementos tarifarios –servicios regulados individuales- que actualmente están sujetos al Régimen de Fórmula de Tarifas Tope: cada una de las tarifas específicas que cobra Telefónica por las llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional fijo-fijo a través de tarjetas de pago.

4.3. Sobre el análisis de mercado relevante.

- 1. Telefónica señala que el OSIPTEL no realiza un análisis amplio del mercado relevante como uno sólo con productos sustitutos entre sí y que una limitada definición del mercado relevante genera una sobreestimación de los efectos competitivos de la regulación, lo que llevaría al regulador a conclusiones erróneas.*

¹⁰ Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL, modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2002-CD/OSIPTEL:

*“Artículo 30°.- Resoluciones tarifarias
(...)”*

Los sistemas de tarifas o regímenes tarifarios, se aplican a los servicios comprendidos dentro de su ámbito, independientemente de los medios de pago utilizados por los usuarios de los servicios, sean éstos tarjetas de pago previo o posterior, monedas u otros medios. (...)”.

¹¹ En la Sección II.9.3. del Instructivo están precisadas las unidades de consumo que son consideradas en la Canasta E, y en el cuarto párrafo de esta sección se hace expresa referencia a las llamadas a través de tarjetas de pago.

¹² Conforme al Glosario incluido en la Sección V. del Instructivo, se entiende por:
“ELEMENTO TARIFARIO: Denominación de los componentes de cada canasta de telefonía fija que presta la empresa concesionaria, por el cual se cobra una tarifa específica. Cada elemento tarifario corresponde a algún servicio clasificado como de Categoría I.”

¹³ Tij: tarifa del servicio “i” que pertenece a la canasta “j”, donde se considera como servicio “i” a cada uno de los servicios para los que la empresa aplica una tarifa específica.

¹⁴ Las tarifas específicas que cobra TELEFÓNICA por las llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional fijo-fijo a través de tarjetas de pago, fueron introducidas en la regulación de Fórmula de Tarifas Tope desde el ajuste de tarifas correspondiente al periodo marzo-mayo de 2003, y desde entonces han sido considerados como elementos tarifarios “Tij” dentro de la Canasta E.

TELEFÓNICA cuestiona el informe del OSIPTEL por no definir adecuadamente el mercado relevante. Sin embargo, la empresa no lleva a cabo un análisis para sustentar que el mercado de larga distancia comprende aquellas modalidades de acceso consideradas por la empresa. La empresa hace referencia a un desarrollo metodológico que ella misma no ha analizado detalladamente y menos implementado.

La información que presenta la empresa concesionaria en sus documentos consiste en la migración entre modalidades de larga distancia por parte de los consumidores, lo que no constituye evidencia de razonable sustitución en el mercado, que refleje que éste abarque a las modalidades señaladas por la empresa. Como se verá más adelante, la determinación de evidencia sobre el grado de sustitución entre productos para la definición de mercado relevante se realiza a través de metodologías y técnicas que no son aplicadas por la empresa.

El OSIPTEL considera que la evidencia acerca de una razonable relación de sustitución entre cualquier par de productos, debe reflejarse en la evolución del comportamiento de sus precios. En este sentido, el regulador ha realizado un análisis acerca de la evolución de series de precios de diversas modalidades de acceso en el mercado de larga distancia (discado directo, tarjetas de pago y móviles) cuyas tendencias reflejan comportamientos muy diferentes a lo largo del período analizado, lo que no corresponde con una razonable sustitución entre dichas modalidades de llamadas de larga distancia.

El regulador coincide con la tendencia a desregular cuando las condiciones de competencia reflejen tarifas razonables y sostenibles para los usuarios. Sin embargo, en este procedimiento, el regulador ha encontrado varios indicios que determinan que la decisión sobre la desregulación de los precios tope deba ser tomada de manera prudente, pues aún no sería el momento oportuno para desregular todos los segmentos de manera general e inmediata.

Entre los indicios mencionados se encuentran los siguientes:

- (i) El análisis de la evolución de los precios entre diversas modalidades, cuyo comportamiento no corresponde a modalidades con razonable sustitución. Más específicamente, el hecho de que los precios de discado directo (sin promociones ni afiliación a planes) no sólo se mantengan en el tiempo sino que hasta muestren incrementos, mientras que los precios de las tarjetas de pago han venido reduciéndose en el tiempo;
- (ii) La existencia en el mercado de larga distancia de varios segmentos y nichos de mercado con condiciones diferentes de competencia, en algunos casos (preselección¹⁵) más imperfecta que en otros (tarjetas de pago), lo que se refleja en la evolución diferente en el comportamiento de los precios regularmente cobrados por la empresa a los usuarios;
- (iii) La evidencia de que en el mercado de larga distancia, los precios tope no limitan los precios de tarjetas prepago, mientras que en el segmento de discado directo, los precios regularmente cobrados por la empresa son los precios tope;

¹⁵ En el segmento preselección, para un mismo servicio, coexiste un amplio diferencial en los precios cobrados por la empresa a los usuarios. Por ejemplo, en la larga distancia nacional, los precios cobrados por la empresa fluctuaban entre S/. 0.20 y S/. 0.75 el minuto de comunicación (incluyendo IGV) a fines de diciembre de 2007, mientras los precios de una llamada de larga distancia internacional a EE.UU. podía fluctuar entre S/. 0.12 y S/. 2.43 por minuto de comunicación.

(iv) El hecho de que el riesgo de que la empresa eleve los precios de discado directo (nacional e internacional) se ha hecho evidente durante el ajuste trimestral de tarifas tope en marzo de 2008, en el que la empresa solicitó un aumento de tarifas. Más específicamente, mediante carta N° DR-236-C-024/CM-08 TELEFONICA propone en su "Solicitud de Ajuste de Tarifas marzo 2008" un alza en las tarifas de la modalidad de Discado Directo, mientras que las tarifas de tarjeta de pago, tanto en el caso de la tarjeta Hola Perú como la Tarjeta 147, disminuyen.

2. La empresa concesionaria señala que el OSIPTEL no ha analizado la sustituibilidad del servicio.

La empresa ha argumentado una relación de sustitución fuerte, sin demostrar evidencia de ello.

Una relación de sustitución fuerte entre dos bienes o productos implica que si el precio de uno de ellos se reduce, el precio del otro también se reducirá (al reducirse el precio del primero, aumentará la cantidad demandada del mismo, lo que reducirá la cantidad demandada por el otro bien, ocasionando que su precio también se reduzca).

El análisis de la evolución de los precios entre diversas modalidades, muestra un comportamiento de los mismos que no corresponde a modalidades con razonable sustitución. Lo que se observa en el mercado es que los precios de discado directo (sin promociones ni afiliación a planes) no sólo se mantienen en el tiempo sino que hasta aumentan, mientras que los precios de las tarjetas de pago se reducen.

Como se verá más adelante, según la literatura el análisis de sustituibilidad entre dos productos para definir el mercado relevante requiere de la definición de la demanda por dicho producto, y del análisis de la elasticidad de la demanda ante cambios en precio⁽¹⁶⁾.

Ante la poca información disponible para realizar dicho análisis, la literatura y la práctica internacional señalan que el análisis de correlación de precios (dado que la información de precios se encuentra disponible), es un ejercicio que da buenos indicios acerca de la relación de sustitución entre dos productos.

Como se señaló anteriormente, entre los indicios encontrados por el OSIPTEL que determinan que la desregulación de los precios tope sea tomada de manera gradual y prudente, se encuentra el análisis realizado por el regulador de correlación de precios entre modalidades, cuyos bajos, y en algunos casos, hasta negativos niveles de correlación no son sustento de una fuerte sustitución entre modalidades de llamada de larga distancia (entre discado directo nacional y tarjetas, entre discado directo nacional y móviles, entre discado directo internacional y tarjetas, entre discado directo internacional y móviles, entre otros).

Por lo tanto, el regulador se reafirma, como ya lo mencionó en su informe de sustento de la Resolución, en que la empresa no ha desarrollado adecuadamente en todos sus documentos presentados durante el procedimiento, el análisis de mercado relevante tal como lo señala la literatura. Mas bien, lo que hace la empresa es presentar evidencia de encuestas que no son suficientes para sustentar su posición.

¹⁶ El uso de técnicas para determinar la sustituibilidad depende de la información disponible. En el caso peruano, la longitud de las series sugiere que el elemento adicional al análisis de evolución de precios, es el análisis de correlaciones, como se ha señalado en el informe sustentatorio.

3. *La empresa señala que el OSIPTEL no realiza una evaluación costo – beneficio de la regulación.*

En cuanto a la crítica al regulador respecto de la no realización de una evaluación costo–beneficio de la regulación, TELEFONICA se limita a utilizar enunciados, fallando en el sustento de sus afirmaciones, análogamente al tema de la definición del mercado relevante.

En el caso de este procedimiento de desregulación (eliminación de obligaciones de la empresa concesionaria en el mercado de larga distancia), la empresa concesionaria no ha mostrado evidencia suficiente de que los beneficios de la supresión total e inmediata de los precios tope de todos los servicios a los que se aplica dicha regulación sean mayores que los costos. Es decir, la empresa hace enunciados sin sustento.

Más aún, respecto de los costos de la supresión inmediata y general de las tarifas tope, en todos los informes sustentatorios de las resoluciones emitidas por el regulador durante todo el procedimiento, el OSIPTEL ha planteado los riesgos de que la empresa concesionaria incremente el precio de las tarifas tope de las llamadas a través de Discado Directo Nacional y Discado Directo Internacional.

Como lo evidencian los dos últimos ajustes de tarifas tope, los riesgos planteados por el regulador durante el procedimiento se han hecho evidentes en el comportamiento de la empresa concesionaria, pues ésta ha solicitado incrementos en los precios de las tarifas tope mencionadas.

4. *TELEFÓNICA señala que el OSIPTEL debió justificar y exponer las razones o condiciones por las cuales se pasó de una desregulación total a una parcial.*

El regulador inició el procedimiento analizando el desempeño del mercado de larga distancia y solicitando a los interesados sus comentarios respecto de la propuesta de la supresión de las tarifas tope de los servicios de larga distancia provistos por la empresa concesionaria.

Del análisis del regulador sobre la efectividad de la aplicación de la regulación de fórmula de precios tope de los servicios individuales de larga distancia provistos por la empresa concesionaria, de la observación de la existencia de segmentos de mercado en la larga distancia con condiciones diferentes de competencia y de algunos de los comentarios recibidos, el OSIPTEL consideró más adecuado plantear la desregulación (supresión de tarifas tope) de los servicios individuales a través de tarjetas prepago y ya no de todos los servicios.

Siguiendo lo establecido por las normas generales de transparencia y del debido proceso, el regulador consideró conveniente publicar una nueva resolución a fin de que la empresa concesionaria o cualquier interesado pudiera presentar sus objeciones o sugerencias a dicha propuesta.

Cabe señalar finalmente, que el convencimiento del regulador, acerca de la tendencia a desregular los mercados de telecomunicaciones en tanto existan condiciones razonables de competencia, se evidencia también en la Resolución N°036-2008-PC/OSIPTEL en la cual el regulador ha establecido que elaborará evaluaciones semestrales periódicas del mercado de larga distancia.

En particular, el regulador evaluará la evolución de las condiciones de competencia en el nicho de mercado de abonado automático -llamadas de larga distancia realizadas a través del Discado Directo a las tarifas más altas (sin la aplicación de promociones y la

afiliación a promociones) – que actualmente muestra menores condiciones de competencia que el segmento de tarjetas prepago, con el fin de determinar si los servicios de larga distancia mediante abonado automático presentan condiciones razonables de competencia y ya pueden ser desregulados de la fórmula de tarifa tope.

4.4. Sobre el análisis de sustitución de productos.

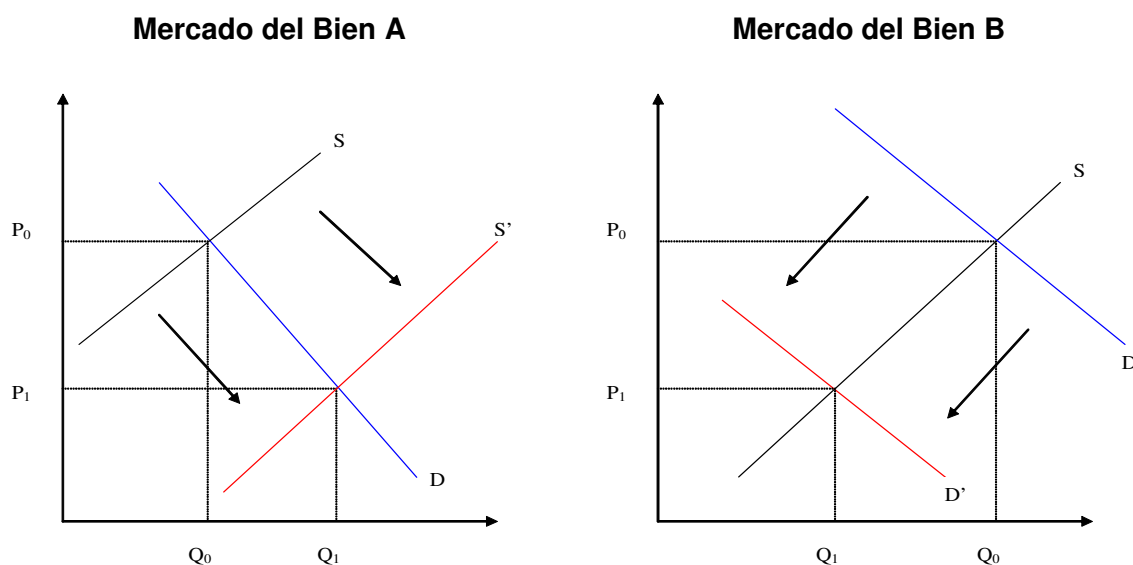
4.4.1. Sobre la sustitución de productos:

1. Telefónica menciona que el OSIPTEL indica que para que dos productos sean parte de un mismo mercado es necesario que exista sustitución perfecta entre estos. Bajo este punto de vista, la empresa sostiene que esta posición sería bastante restrictiva porque no es necesario que ante este supuesto cambio de precios todos los consumidores se trasladen al servicio sustituto. Asimismo, la empresa afirma que el mercado relevante incluye a aquellos productos que son sustitutos suficientes desde la perspectiva del consumidor y para definir este mercado se debe realizar el análisis denominado monopolista hipotético.

Telefónica cuestiona al Informe del OSIPTEL por no utilizar el test del monopolista hipotético con la finalidad de encontrar los bienes que son sustitutos suficientes, pero la empresa tampoco lo utiliza para mostrar evidencia de sustitución entre las diferentes modalidades de llamadas de larga distancia nacional e internacional.

De otro lado, como se mencionó en el Informe N° 157-GPR-2008, si dos bienes son sustitutos se espera que las evoluciones de los niveles de precios sean similares. La intuición detrás de este resultado puede explicarse en el gráfico siguiente, donde una disminución de los costos en el mercado A lleva a un crecimiento de la oferta y a un menor precio. Luego, en el mercado B, la demanda se contraerá y se genera una reducción en el nivel de precios.

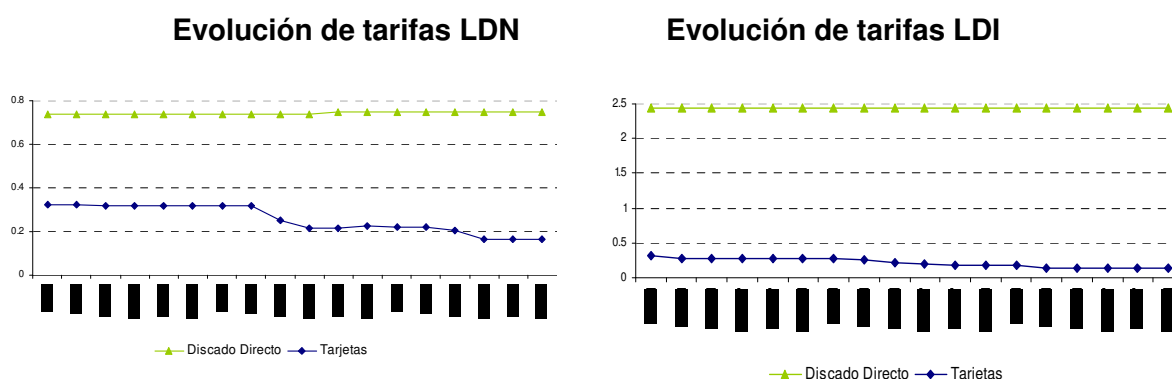
Gráfico N° 1:



Por lo mostrado anteriormente, se espera que exista una relación positiva en las evoluciones de los precios de los diferentes servicios que se están analizando. Sin embargo, en el caso de las llamadas de discado directo y de tarjetas de pago, la evolución de los precios ha sido completamente diferente⁽¹⁷⁾.

Por un lado, el precio de la llamada mediante discado directo se ha mantenido constante y sólo ha registrado un movimiento para el servicio de larga distancia nacional, que resultó ser un incremento en el nivel de precios observado en el quinto bimestre del 2006. De otro lado, los precios de las llamadas realizadas a través de tarjetas se han ido reduciendo durante el periodo en estudio, tanto en el mercado de larga distancia nacional como internacional. Esta marcada diferencia en precios no es consecuente con el desarrollo intuitivo mostrado anteriormente, por lo que no es evidente la existencia de un grado razonable de sustitución entre las diferentes modalidades analizadas.

Gráfico Nº2



2. Telefónica menciona en la reconsideración que ante las nuevas reglas de preselección dictadas en el 2007, muchos consumidores han optado por hacer las llamadas de larga distancia a partir de servicios móviles. Asimismo, se debería tomar en cuenta el considerable cambio en el uso de los medios sustitutos, dado que el tráfico de larga distancia nacional ha experimentado constantemente un uso efectivo por los diversos medios sustitutos.

Nuevamente reiteramos que si bien el OSIPTEL no descarta la existencia de cierta sustitución entre las modalidades de llamadas de larga distancia, no es evidente que exista una sustitución razonable entre modalidades que permita imponer fuertes presiones competitivas entre las mismas; en particular, en el segmento de preselección, más aún cuando existe evidencia que refuerza la preocupación del regulador. Por este motivo, el OSIPTEL considera prudente no desregular al segmento de preselección, pero al mismo tiempo no descarta una desregulación posterior basado en el análisis que se realizará semestralmente sobre condiciones de competencia y desempeño del mercado.

4.4.2. Sobre el análisis de correlación:

1. En la reconsideración presentada por Telefónica se argumenta que el OSIPTEL afirma que no se puede acceder a información suficiente que permita determinar sustituibilidad y luego se afirma que en un mercado dos bienes deben considerarse como sustitutos, si se da el caso en que sus precios tienen una alta correlación positiva. Asimismo, Telefónica considera que si la correlación no se controla por diferentes variables de mercado estaríamos frente a una correlación espuria. De otro lado, la empresa afirma que las series de precios son no estacionarias lo que invalida los procedimientos de validez habituales.

Si los bienes son sustitutos se espera que se obtenga un coeficiente de correlación positivo y de un nivel razonable. La intuición detrás de este resultado es la misma a la utilizada cuando se mencionó que las evoluciones de los precios de dos bienes sustitutos deben ser similares. Sin embargo, las correlaciones que se obtuvieron utilizando los precios de discado directo con los precios de otras modalidades son en algunos casos cero y en otros casos negativas. Estos resultados muestran que no es evidente que exista un grado razonable de sustitución entre las diferentes modalidades de llamadas de larga distancia.

De otro lado, en el Informe N°036-2008-PC/OSIPTEL se mencionó que no es posible realizar un análisis profundo como la estimación de demanda u otra metodología más compleja. Por ello se optó por un análisis de correlación de precios porque se requiere de menor información en comparación a las otras alternativas, a pesar de contar con conocidas limitaciones.

Con respecto al tema de no estacionariedad de las series, la característica de un proceso con raíz unitaria es que la varianza del proceso depende del tiempo y, cuando el tiempo tiende a infinito, la varianza tiende al infinito. No es claro que las series de tarifas tengan estas características debido a que no se observa que la varianza se incremente a través del tiempo, por el contrario, las series son generalmente estables o mantienen una marcada tendencia decreciente.

2. Telefónica considera que existen diversas críticas al análisis de correlaciones, una de las más relevantes es que las correlaciones dependen de la elasticidad de la oferta y de la demanda del bien sustituto. Mientras estas elasticidades sean mayores, entonces la correlación será menor. Telefónica menciona que este es el caso del método de tarjetas de pago respecto al de preselección debido a características de los consumidores y de la oferta, por lo que las correlaciones estarían sesgadas a encontrar menores coeficientes.

De manera independiente a las elasticidades de oferta y de demanda, se espera que el coeficiente de correlación tenga el signo positivo, mientras que las correlaciones obtenidas para la modalidad de discado directo son negativas o nulas (en el caso extremo que la oferta o demanda fueran totalmente elásticas la correlación sería nula, lo que tampoco es demostrado por la empresa).

3. Telefónica menciona que el OSIPTEL sólo ha tomado en cuenta las tarifas de discado dentro de la modalidad de preselección y no toma en cuenta las tarifas de planes de larga distancia. Asimismo, no se toma en cuenta las tarifas que consideran promociones.

Como se mencionó en el análisis de comentarios del Informe de sustento de la Resolución, las tarifas relevantes en el mercado son las regularmente cobradas por la empresa durante la mayor parte del tiempo. En este sentido, para las llamadas de larga distancia nacional mediante tarjetas, se utilizaron tarifas promocionales, las cuales fueron las regularmente cobradas en la mayoría del tiempo en el que se realizó el análisis. Asimismo, las llamadas de larga distancia nacional mediante discado directo que se utilizaron fueron las tarifas de lista o tarifas establecidas de discado sin promociones ni afiliación a planes, en tanto dichas tarifas fueron las efectivamente cobradas por la empresa a los usuarios que utilizaron esa modalidad de llamada durante la mayor parte del tiempo, en comparación con las tarifas promocionales.

Asimismo, en los comentarios analizados por el OSIPTEL adjuntos al Informe de Sustento de la Resolución, se muestra claramente que el número de días por mes en los cuales los consumidores que usan la modalidad de discado directo podían acceder a las promociones era reducido. De otro lado, si bien es cierto que en el periodo de agosto a diciembre del año 2007 se observó un incremento en el número de días en que se podían acceder a las promociones, este aumento se debió principalmente a estrategias publicitarias o de marketing de la empresa con el fin de captar clientes en el periodo del relanzamiento de preselección, ya que luego la empresa retornó a cobrar un precio similar a la tarifa tope en la mayor parte del tiempo durante la semana. Dado que el precio de la empresa dependía de una estrategia publicitaria y no sostenible por la empresa, para este periodo se utiliza el precio de lista.

Respecto a la crítica al uso únicamente de las tarifas de discado directo en lo que respecta a preselección, en el Informe del OSIPTEL se menciona que respecto a esta modalidad existe una preocupación respecto a la vulnerabilidad de la modalidad de discado directo, la cual tiene una participación importante en el segmento de preselección, por lo que es necesario realizar un análisis entre esta modalidad y los otros tipos de llamada.

4. Telefónica indica que para garantizar la robustez del cálculo de cualquier correlación, ésta debe hacerse para distintas transformaciones de la variable precios y utilizar distintas periodicidades de los datos. Asimismo, se debería mostrar la significancia estadística del coeficiente de correlación estimado.

Al respecto cabe señalar que las diferentes transformaciones de la variable precios serían necesarias para revalidar una alta correlación entre las modalidades, pero este resultado no es el observado. Asimismo, las diferentes periodicidades de los datos no varían la tendencia que se observa en los precios de las diferentes modalidades, por lo que un cambio en la periodicidad de los precios (bimestral o trimestral) dentro del periodo de análisis no cambiará significativamente los resultados obtenidos.

De otro lado, la significancia estadística pretende responder la pregunta de si el coeficiente es diferente de cero, pero lo que se indaga en el análisis de correlaciones es la existencia de una relación positiva y razonable entre los precios de los bienes en estudio, que como ya se mostró anteriormente, observando la evolución de los precios, existe una ausencia de una relación fuerte y positiva entre las tarifas de discado directo con otras modalidades de llamada de larga distancia.

5. El Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico menciona que no queda claro cómo se obtienen correlaciones negativas si los precios de las modalidades se han mantenido relativamente constantes y los precios de la modalidad de tarjetas de pago han seguido una tendencia decreciente, si estadísticamente hablando se debería esperar una correlación nula o ligeramente positiva.

Respecto a este comentario, se debe indicar que el cálculo del coeficiente de correlación está asociado al análisis de los hechos estilizados de los niveles de precios. Si se analiza la evolución de las diferentes modalidades se observa claramente que no existe una tendencia común dado que los indicadores de precios de tarjetas se van reduciendo mientras que los de las tarifas de discado se mantienen relativamente constantes. Este comportamiento claramente refleja una ausencia de correlación positiva. Asimismo, debemos recordar que este comportamiento no es intuitivo entre dos bienes o servicios que tienen una relación de sustitución razonable.

Respecto al nivel del coeficiente de correlación, se obtuvieron correlaciones negativas y elevadas en el caso de larga distancia nacional debido a que, al existir poca variabilidad en la serie de discado directo, el desvío estándar es muy pequeño lo que determina que el coeficiente sea alto.

4.4.3. Diferenciación de precios/productos:

1. Telefónica menciona que el OSIPTEL se equivoca al asumir que cada modalidad enfrenta un diferente nivel de competencia cuando, en la práctica dichas modalidades pertenecen a un solo mercado y por lo tanto son sustitutos entre sí. De otro lado, Telefónica afirma que el OSIPTEL menciona que el diferencial de precios entre modalidades refleja una escasa sustitución. Asimismo, considera que este diferencial se explica por diferencias en atributos de las modalidades por lo que la discrepancia de precios mostrará la diferencia en la valoración de estos atributos de cada producto. Esto no significaría que los productos no sean sustitutos.

Como se mencionó anteriormente, no se descarta un grado de sustituibilidad entre las diferentes modalidades. Sin embargo, no se ha encontrado indicios de un grado

razonable de sustitución entre ellas que permita la existencia de una presión competitiva entre las mismas.

Por otra parte, el diferencial de precios entre las diferentes modalidades es significativo. Si el diferencial de precios se debe a una diferencia entre los atributos de las modalidades, este argumento favorece la idea de diferenciación de productos, reforzando la posición que no existe certeza que haya un grado de sustitución razonable ni presiones competitivas entre las distintas modalidades.

Por otro lado, la diferenciación del producto puede ocasionar que los consumidores perciban a un bien o servicio como uno muy particular e identifiquen a los demás productos como sustitutos imperfectos. Bajo este esquema, el productor podría incrementar el precio y los consumidores seguirán comprando el producto.

2. El Centro de Investigaciones de la Universidad del Pacífico menciona que la diferenciación de productos no es aplicable. El CIUP considera como variable de diferenciación del producto al nivel de información del consumidor respecto de los segmentos del mercado. Si la información es adecuada por consumidor, entonces las preferencias estarán directamente vinculadas a precios en cada uno de los segmentos. Por lo que cuando un precio varíe, el consumidor podrá desplazarse hacia otro segmento.

El argumento del CIUP se fundamenta en la diferenciación del producto por una característica de los consumidores y asume que esta diferenciación se va diluyendo en el tiempo, lo que causaría que la única característica que diferencia a los productos sea el precio y exista una alta sustituibilidad entre las modalidades.

Las diferenciaciones del producto a las que se hace mención en el modelo de Hotelling en el Informe de Sustento de la Resolución, corresponden a diferencias en los atributos de los productos. En el caso de las modalidades para realizar llamadas de larga distancia, existen diferencias de atributos como la rapidez en realizar una llamada o la facilidad en realizar una llamada sin comprar una tarjeta, que son características que no se eliminarán en el tiempo por lo que estos productos seguirán siendo diferenciados.

4.4.4. Sobre el nivel de información y el análisis de las encuestas:

TELEFÓNICA en su recurso de reconsideración señala que no es cierto que los clientes de Discado Directo quedarían desprotegidos ante tarifas excesivas si es que se desregula el sistema de precios tope por varias razones. De un lado, TELEFÓNICA afirma que la comodidad relacionada a la marcación directa para realizar llamadas de larga distancia es un atributo equivalente a la calidad y los clientes están dispuestos a pagar un precio mayor por un servicio de mayor calidad, lo cual no implica que el servicio tenga una demanda inelástica. De otro lado, TELEFÓNICA argumenta que los clientes de Discado Directo no se quedarían desprotegidos ante tarifas excesivas debido a que la mayoría de los usuarios que utilizan esta modalidad son usuarios comerciales o residenciales de mayores ingresos, emplean más de un método para sus comunicaciones de larga distancia y poseen información sobre las diversas alternativas del mercado de tal forma que migrarían a otras modalidades o cambiarían de operador en caso experimenten un alza en las tarifas.

El OSIPTEL reconoce que cada modalidad de llamada, ya sea mediante tarjeta de pago, llamada por llamada o preselección, lleva consigo una serie de atributos que los

consumidores pueden percibir. Estos atributos, sin embargo, no están relacionados con el nivel de calidad de las comunicaciones pues una vez que la llamada se concreta, ya sea mediante la modalidad de tarjeta de pago o preselección, el usuario percibe la misma calidad durante la conversación.

Si bien la distinción de calidad puede ser percibida en otros servicios de telecomunicaciones, como por ejemplo el servicio de Internet, donde la adquisición de un plan con mayor velocidad sí implica una mayor calidad del servicio y justifica, por lo tanto, cierto diferencial en los precios; esta distinción no aplica al servicio de larga distancia. En el caso del servicio de larga distancia, el diferencial de precios existente entre las distintas modalidades de llamada responde más a un esquema de diferenciación de productos.

La existencia de los diferentes atributos relacionados a cada modalidad de llamada hace que éstas se diferencien unas de otras. Dicha diferenciación permite que se configuren nichos de mercado donde los consumidores que quedan cautivos conforman una demanda más inelástica, dándole a la empresa mayor poder de mercado y permitiéndole, por ende, incrementar su nivel de precios. Además de disminuir la intensidad competitiva en precios, la utilización de la diferenciación horizontal le permite a TELEFÓNICA aislar estratégicamente ciertos productos de la presencia de las empresas competidoras.

En el caso del mercado de larga distancia, se puede observar que el segmento de tarjetas de pago se encuentra más expuesto a las presiones competitivas y los consumidores que quedan cautivos en la modalidad de Discado Directo (ya sea por falta de información o porque poseen mayor valoración sobre esta modalidad), se enfrentan a un mayor nivel de precios. TELEFÓNICA al operar en distintos nichos de mercado, con diferentes grados de competencia puede cobrar precios distintos no atribuibles a costos ni a la calidad del servicio.

Adicionalmente, a partir de los resultados de la encuesta realizada por el OSIPTEL en el año 2006, se posee evidencia sobre el nivel de información de los usuarios, el uso de las diferentes modalidades de acceso, la importancia de la modalidad de preselección para los usuarios residenciales y las características de sus comunicaciones. La encuesta posee inferencia a nivel nacional urbano con un margen de error de 7,5% a nivel departamental y sus resultados son considerados un referente importante sobre el nivel de información de los usuarios, sobre todo considerando que el proceso de desregulación se inició en el año 2007.

Tal y como se explicó en el Informe N° 157-GPR/2008, los resultados muestran que si bien es cierto que la mayoría de los hogares que usan preselección también usan otros métodos de comunicación (como tarjetas prepago o llamada por llamada), existe una gran proporción de hogares que sólo hace uso de la preselección (46% de los hogares que realizan llamadas de larga distancia) como única opción para realizar sus llamadas de larga distancia. Es, precisamente, en este tipo de consumidores donde radica la importancia de la regulación tarifaria aplicada por el OSIPTEL.

En cuanto a las características de los usuarios de preselección, si bien es posible que la mayoría de usuarios comerciales utilice este método a través de la contratación de planes específicos o Discado Directo, la encuesta del OSIPTEL revela que un gran porcentaje de los hogares residenciales urbanos lo utilizan para realizar llamadas de larga distancia por motivos personales. Si bien es posible que los usuarios comerciales hagan un mayor uso de esta modalidad, ello no quiere decir que los usuarios

residenciales no lo utilicen para fines diferentes al de negocios, y es el segmento residencial, nuevamente por las condiciones de competencia y por su menor poder de negociación con las empresas operadoras, el segmento de mayor preocupación para el regulador.

Finalmente, respecto al nivel de información de los usuarios sobre las alternativas que les ofrecen los competidores, los resultados de la encuesta muestran que aproximadamente el 73% de los hogares que poseen telefonía fija y realizan llamadas de larga distancia (ya sea mediante preselección, llamada por llamada y tarjetas de pago) no sabían que pueden escoger una empresa distinta a TELEFÓNICA para realizar sus llamadas de larga distancia. Ello revela la escasez de información de los hogares sobre las alternativas ofrecidas por las empresas competidoras - independientemente de su nivel socioeconómico-, lo cual tiene indudablemente consecuencias sobre la dinámica de la competencia en el mercado. Cabe resaltar que el OSIPTEL analiza el nivel de información para todos los usuarios residenciales en general, concientes de que no existe una clara relación positiva entre el nivel de información de los usuarios y el nivel de ingresos como TELEFÓNICA afirma. Más aún, muchas veces los clientes de menores ingresos se informan más acerca de los productos disponibles en el mercado justamente porque su restricción presupuestaria es mayor y no desean sobrepasar su límite de consumo.

Es importante precisar que los resultados de la encuesta presentados por el OSIPTEL son tomados como referenciales y no deben ser considerados la base de la decisión del regulador. Como ya se indicó en varias ocasiones, la evaluación del OSIPTEL sobre el ámbito de aplicación del actual proceso de desregulación se basa en las condiciones de competencia existentes en el mercado, tal y como se establece en el Contrato de Concesión, según el cual “la supresión de la regulación de precios tope se realizará siempre que las condiciones de competencia sean suficientemente vigorosas como para asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios”.

En base a esto, el Informe N° 157-GPR/2008 muestra que las tarifas de las modalidades de acceso mediante preselección, especialmente las tarifas de Discado Directo, no reflejan condiciones de competencia suficientes para la aplicación de la desregulación - caso contrario a las tarifas de tarjetas de pago-, conllevando a que la regulación de precios tope siga siendo necesaria y efectiva para los usuarios dependientes de esta modalidad.

Precisamente, mediante carta N° DR-236-C-024/CM-08 TELEFONICA propone en su “Solicitud de Ajuste de Tarifas Marzo 2008” un alza en las tarifas de la modalidad de Discado Directo, mientras que las tarifas de tarjeta de pago, tanto en el caso de la tarjeta Hola Perú como la Tarjeta 147, disminuyen. Ello corrobora que el esquema de competencia que expone el OSIPTEL en su Informe está acorde con la realidad, pues tal y como se expuso anteriormente, el alza de los precios de Discado Directo no es consistente con un escenario donde este servicio compite con el de tarjeta de pago, como TELEFÓNICA afirma.

Por todo ello, el regulador considera prudente incluir sólo la modalidad de tarjetas prepago dentro del ámbito de aplicación de la desregulación. Finalmente, el progreso sobre el nivel de información de los usuarios y sus implicancias sobre la competencia será evaluado en el análisis que realizará posteriormente el OSIPTEL sobre las condiciones de competencia y el desempeño del mercado. Una vez que la competencia en el segmento de preselección sea tan dinámica como es ahora el de tarjetas prepago, el OSIPTEL considerará adecuado suprimir la regulación de precios tope.

4.5. Sobre la existencia de Barreras a la Entrada en el servicio de larga distancia.

TELEFÓNICA en su recurso de reconsideración señala que el OSIPTEL sustenta equivocadamente la existencia de barreras a la entrada en los mercados de larga distancia sobre la base de un artículo de Hausman escrito en 1995. Asimismo, precisa que el OSIPTEL sostiene que existen barreras en el mercado debido a que al 2007 habían 58 empresas con concesión para prestar servicios de larga distancia, de las cuales 21 se encuentran operando.

Al respecto, el OSIPTEL considera que TELEFÓNICA hace una interpretación errónea de la cita de Hausman (1995)⁽¹⁸⁾ y no lo ubica en el contexto en el que éste es citado.

El objetivo del OSIPTEL es analizar de manera comprehensiva las características del mercado de larga distancia pues ello permite entender mejor su estructura y la dinámica de competencia entre las empresas. Para ello se considera relevante estudiar la interacción de las empresas tanto en el mercado minorista como en el mercado mayorista, así como el rol de la regulación en cada uno de ellos.

De esta manera, en el Informe N° 157-GPR/2008 se menciona que una de las particularidades del mercado de larga distancia es la dependencia que las empresas competidoras poseen sobre ciertas facilidades esenciales del operador incumbente para proveer el servicio, dado que les resulta costoso replicar la infraestructura desplegada por esta última, poniéndose como ejemplo el despliegue de la red de transporte. Considerando además que el operador incumbente se encuentra verticalmente integrado y compite por la provisión del servicio en el mercado minorista, la problemática de acceso adquiere mayor relevancia en el análisis de las condiciones de competencia de este mercado.

Precisamente, la cita de Hausman brinda evidencia sobre los costos de replicar la infraestructura de transporte y cómo estos pueden complicar la entrada de las empresas competidoras al mercado. Ello explica por qué muchas empresas eligen como estrategia de entrada utilizar la red del incumbente pues, como bien expresa TELEFÓNICA citando a Kaserman y Mayo (2002), las empresas ingresarán en el mercado de la manera en que les genere menos costos posibles. Esto último es lo que justamente han venido haciendo las empresas competidoras en el mercado de larga distancia al operar utilizando la red del incumbente, poniendo en relieve lo importante que es asegurar a terceros el acceso a la red de TELEFÓNICA, cuya red de transporte posee cobertura a nivel nacional.

Reconociendo la estrategia de entrada de las empresas competidoras en el mercado de larga distancia, el OSIPTEL ha venido implementando una serie de medidas regulatorias orientadas a promover un acceso equitativo a la red del incumbente e incentivar el desarrollo del servicio y las condiciones de competencia. En el mencionado Informe no sólo se citan en detalle dichas medidas sino que también se reconoce que gracias a ellas se ha producido la disminución de los costos de transacción para los acuerdos de interconexión, así como reducciones respecto de los cargos de transporte conmutado de larga distancia y la tarifa aplicable a los circuitos de larga distancia.

Por consiguiente, después de identificar la estrategia de entrada de las empresas operadoras en el mercado y los avances del OSIPTEL en términos del desarrollo de

¹⁸ Hausman, J. (1995) "Competition in Long-distance and Telecommunications Equipment Markets: Effects of the MFJ". Managerial and Decision Economics, Vol. 16, N° 4.

normativas que contribuyen al acceso de la red del incumbente, no se entiende por qué TELEFONICA concluye que el OSIPTEL se basa en Hausman (1995) para justificar la existencia de barreras a la entrada. La lectura de TELEFÓNICA debió ser una lectura completa y no dirigida a buscar argumentos que por separado y fuera de contexto pueden ser utilizados para sacar conclusiones erradas.

De igual forma, el objetivo del OSIPTEL al mencionar que el número de concesiones no es igual al número de empresas operativas es básicamente describir la realidad del mercado sin que de ello se deduzca que la razón se debe a la existencia de altas barreras a la entrada. Mas aun, tomando en cuenta que a dicha descripción se antecede lo siguiente: *“...es importante resaltar que la ausencia de barreras legales y administrativas, así como las mayores facilidades establecidas en el ordenamiento jurídico peruano han permitido el ingreso de un importante número de empresas operadoras”*, sería contradictorio que el objetivo sea demostrar la existencia de barreras para entrar.

Ciertamente, como ya se ha explicado en el referido Informe, la problemática real del mercado de larga distancia radica en que existen segmentos de mercado donde la competencia es imperfecta. Como se ha podido observar, la participación de las empresas competidoras en el segmento de tarjetas prepago, así como la dinámica de competencia que existe entre los operadores en dicho segmento, es mayor en comparación a los demás segmentos del mercado de larga distancia, en especial Discado Directo, y ello se ve reflejado en la evolución del nivel de precios.

El dinamismo del segmento de tarjetas es consistente con una estrategia de participación donde las empresas entrantes buscan minimizar el grado de exposición e incertidumbre en sus operaciones pues para la provisión del servicio mediante acceso automático se requiere incurrir en mayores costos de comercialización, tales como los costos de morosidad, facturación y recaudación, publicidad, entre otros. En este contexto, se espera que conforme los operadores entrantes vayan creciendo en su escala de negocio, estos ejerzan mayor presión competitiva en los demás segmentos. En tanto ello no suceda, el OSIPTEL considera prudente mantener aún la modalidad de acceso automático bajo el régimen de tarifas tope y garantizar el bienestar de los usuarios.

Dicha prudencia es necesaria también considerando que la literatura económica contempla que bajo un contexto donde las empresas compiten por la provisión de productos o servicios con atributos distintos para los consumidores, como lo son los servicios de larga distancia mediante tarjetas prepago y preselección, y se enfrentan principalmente a consumidores diferentes, con alta y baja disponibilidad de pago, la estrategia dominante de dichas empresas es la de competir por la demanda de uno de sus servicios (que ofrecen a precios bajos como el caso de tarjeta prepago) y establecer precios altos para el otro servicio, el cual está orientado al segmento de consumidores de mayor disponibilidad de pago (tal y como viene sucediendo en el caso del servicio mediante preselección, específicamente mediante Discado Directo). Ello se explica porque a las empresas no les conviene competir por precios en la provisión de ambos bienes pues con ello no estarían maximizando sus beneficios.

En conclusión, el OSIPTEL considera que son las disímiles condiciones de competencia que existen en los diferentes segmentos del mercado y sus implicancias sobre la evolución de los precios conforman la verdadera problemática del mercado de larga distancia y es por ello que se mantiene la decisión de desregular solo el segmento de tarjetas prepago.

4.6. Sobre el mercado de larga distancia y el modelo de Empresa Dominante.

TELEFONICA señala que el OSIPTEL asume que el mercado de larga distancia se rige por el modelo de empresa dominante sin hacer un análisis de competencia para saber si la empresa tiene poder de mercado. Con relación a los supuestos del modelo, la empresa señala que el OSIPTEL se contradice porque aplica el modelo de Empresa Dominante, que considera al mercado de larga distancia como producto homogéneo, y al mismo tiempo, usa modelos de productos diferenciados como el modelo de Hotelling y Salop. Asimismo, la empresa señala que el supuesto de que los competidores son precio aceptantes y siguen a la líder no se cumple, pues en las llamadas de Discado Directo existe una variedad de precios, lo que contradice al modelo.

La empresa señala que la literatura económica utiliza modelos teóricos para explicar la realidad empírica, mientras que el OSIPTEL parte de un modelo teórico y pretende que la realidad empírica se ajuste a éste.

Igualmente, señala que el OSIPTEL confunde cuotas de mercado con estructura de mercado al inferir que si una empresa tiene una cuota de mercado alta entonces el modelo en el mercado debe ser el de “Empresa Dominante”. Asimismo menciona que “pareciera” que el regulador sostiene que se deberían regular los precios de los mercados en los cuales exista una alta cuota de mercado.

La empresa ha señalado que la explicación es que hay competencia perfecta. El OSIPTEL considera que esta explicación es errónea por los argumentos señalados a lo largo del documento.

Asimismo, el OSIPTEL en ningún momento ha afirmado en el informe que sustenta la Resolución N°036-2008-PD/OSIPTEL, que el modelo de empresa dominante sea el modelo que explica el comportamiento de los operadores en el mercado de larga distancia. Lo que el regulador ha pretendido, en su afán de conceptualizar la organización de la industria y el comportamiento de los operadores es plantear, a manera de hipótesis, que ciertas características de este modelo podrían servir para explicar el comportamiento de las empresas en el segmento de preselección, sin pretender validar empíricamente dicho modelo.

En su intención por conceptualizar el mercado, el regulador utiliza los diversos desarrollos teóricos con los que se cuenta en la literatura económica, por lo cual no es de extrañar que así como se menciona al modelo de empresa dominante, también se aluda al modelo de Hotelling y Salop sobre diferenciación de productos.

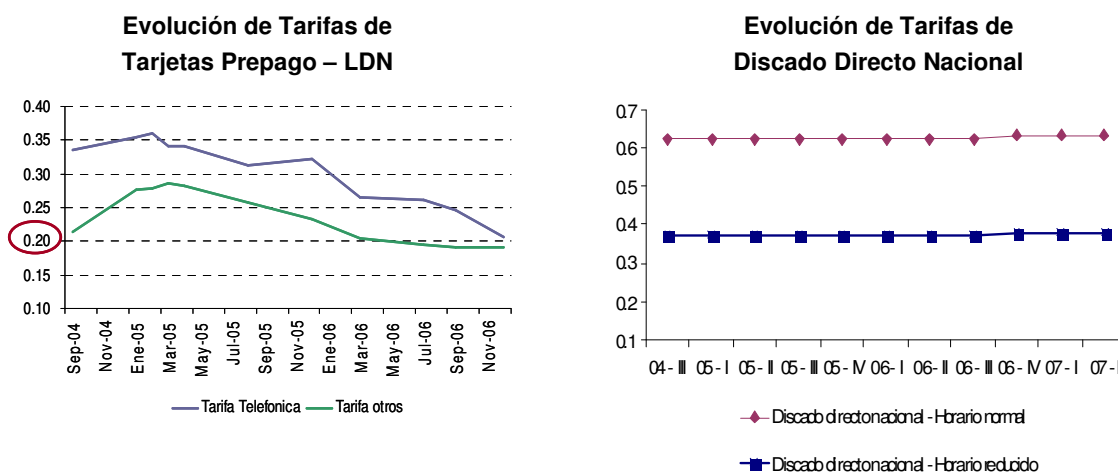
En cuanto a la supuesta contradicción sobre el supuesto del tipo de bien correspondiente a cada uno de los modelos mencionados y el servicio de larga distancia, no existiría tal contradicción. El que el producto o servicio “llamada de larga distancia” sea un bien homogéneo en términos técnicos (pues constituye una transmisión de señal electromagnética), al cual los usuarios pueden tener acceso a través de teléfonos fijos de abonado, teléfonos públicos o terminales móviles, no impide que en el mercado del servicio de llamadas de larga distancia bajo la modalidad de teléfonos fijos de abonado, se configuren distintos segmentos y nichos de mercado. Es así que, el regulador concluye, del análisis del mercado durante el procedimiento, que el segmento de llamadas realizadas a través de tarjetas prepago muestra mayores

condiciones de competencia, mientras que el modelo de Hotelling y Salop sobre productos diferenciados serviría para explicar cómo un servicio que técnicamente es el mismo, puede ser ofrecido en el mercado a precios distintos producto del aislamiento que la empresa puede ejercer en la provisión de ese determinado servicio (referido en este caso a las llamadas de Discado Directo que se realizan a las tarifas más altas –sin promociones ni afiliación a planes con tarifas preferenciales)⁽¹⁹⁾.

De otro lado, el regulador ha dejado muy en claro durante el procedimiento que la participación de las empresas en el tráfico cursado total y los índices de concentración no son indicadores suficientes para determinar las condiciones de competencia en un mercado, por lo que resulta extraño al regulador que la empresa insista en este argumento. Más aún, en la matriz de respuesta a los comentarios de la empresa el OSIPTEL señaló lo siguiente:

“Cabe señalar que el nivel de concentración de mercado no es un indicador suficiente para la toma de decisiones del regulador y que el análisis regulatorio del OSIPTEL no se limita a la observación de un indicador de concentración, por lo que la decisión de volver a regular algún servicio contará con mayor información acerca del desempeño del mercado en estudio y dependerá de las condiciones que llevan a que las tarifas efectivamente cobradas a los usuarios ya no sean ni razonables ni sostenibles para los mismos”⁽²⁰⁾.

¹⁹ El mercado de larga distancia muestra importantes diferencias en el nivel de precios entre las diferentes modalidades, especialmente entre las llamadas de discado directo (vía marcación del 0 y 00 sin afiliación a planes) y tarjetas de pago. El gráfico siguiente muestra diferencias no sólo en el nivel de las tarifas, sino especialmente en la trayectoria de éstas a lo largo del tiempo. En lo referente al nivel de los precios (sin IGV) se observa una dispersión final que va desde un valor aproximado de menos de 0,20 centavos en la modalidad de tarjetas hasta un valor superior a los 0,60 centavos para el caso del discado directo nacional pasando por la tarifa en horario reducido de esta modalidad (0,40 centavos). Se sabe de tarifas en otras modalidades que son menores y otras que se sitúan en el rango existente entre las tarjetas y el discado directo. En lo referente a la variación de las tarifas se puede observar para el caso de las tarjetas, una tendencia claramente decreciente desde el año 2005, mientras que en el caso del discado directo nacional prácticamente no existen variaciones. Esta evolución se repite para el caso del discado directo internacional (por ejemplo a EE.UU.). En soles sin IGV:



²⁰ Matriz de Comentarios – Informe N°157-GPR/2008.

4.7. Sobre la desregulación del segmento de tarjetas y la debida implementación del sistema de precios tope (Factor de Productividad).

De acuerdo a la literatura económica uno de los puntos fundamentales de la regulación vía precios tope o price caps es que el regulador establezca el nivel de la tarifa promedio de una canasta de servicios y deja libertad a la empresa para que fije la estructura de las tarifas dentro de esa canasta. Más aún, esta libertad es indispensable para que el sistema sea exitoso en su objetivo de proporcionar resultados consistentes con la eficiencia económica. El uso de canastas le da a la empresa regulada la posibilidad y los incentivos necesarios para rebalancear sus precios hacia estructuras de precios más eficientes y que le permiten competir con los entrantes, aspecto que ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Arbitral en el laudo del 30 de abril de 2004 y que no puede ser ignorado en la decisión de desregulación, ya que se trata de una resolución vinculante. OSIPTEL está confundiendo el funcionamiento de un mercado competitivo con políticas redistributivas. No existe sustento alguno para la desregulación parcial del servicio de larga distancia en función tan sólo a un determinado medio de pago

Un primer aspecto a tratar es el de la distinción entre los conceptos de modalidades de pago y segmentos de mercado. Sobre este punto, resulta necesario reiterar inicialmente que Telefónica se equivoca al señalar que no se puede desregular servicios de llamadas telefónicas a través de tarjetas de pago. Como se ha indicado en repetidas oportunidades, conforme al marco legal y contractual vigente, los sistemas de tarifas o regímenes tarifarios se aplican a todos los “servicios públicos de telecomunicaciones” comprendidos en sus alcances, sin importar el medio de acceso utilizado o la forma o medio de pago del servicio.

Asimismo, es importante resaltar que el OSIPTEL no ha sustentado la propuesta de desregulación bajo el supuesto de que la tarjetas de pago configuran una modalidad de acceso, sino en la existencia de segmentos de mercado claramente identificables, con características comerciales, estructuras de costos y niveles de competencia distintos.

Más específicamente, sobre la base del estudio realizado se ha podido distinguir dos segmentos de mercado, el segmento de llamadas de larga distancia vía el uso de Tarjetas de Pago y el segmento de llamadas de larga distancia realizadas vía el Acceso Automático (que, para efectos de la presente resolución, incluye las llamadas bajo el sistema de preselección, sistema de llamada por llamada, vía operadora y collect). El análisis de la existencia de los referidos nichos de mercado se basó en la evaluación de la estructura y la evolución de las tarifas en el tiempo, el tipo de competencia que se da en cada segmento y la estrategia comercial que los distingue y caracteriza.

Como se ha precisado en los informes del OSIPTEL, identificados los segmentos de mercado, el objetivo del análisis era evaluar si el sistema de precios tope estaba efectivamente limitando la evolución de los respectivos precios (si los precios tope eran efectivamente limitantes), o si los precios tope correspondientes era en la práctica inocuos (si no limitaban).

Al respecto, en el segmento de Tarjetas de Pago se encontró clara evidencia de una trayectoria decreciente y sostenida de los precios en el período de análisis, precios que además son significativamente menores al monto de las tarifas tope reguladas, lo que reflejaría que el instrumento de tarifas tope estaría siendo inocuo y redundante en ese

segmento de mercado. En cuanto a la modalidad específica de Discado Directo bajo el sistema de preselección (y sin afiliación a planes), se ha identificado que en el período de análisis no se han producido reducciones en los precios de lista de Telefónica. Dichos precios coinciden con los montos de las tarifas tope reguladas.

Coincidentemente, la evolución de las tarifas tope en el mercado de larga distancia muestra que las reducciones tarifarias aplicadas por Telefónica en los ajustes trimestrales se han concentrado en las tarifas de las llamadas que se realizan a través de tarjetas de pago, mientras que las tarifas de las llamadas que se realizan por discado directo se han mantenido estables o se han incrementado.

En dicha línea, el OSIPTEL considera que dichas evoluciones representan el resultado de las diferencias en la intensidad competitiva entre los segmentos de mercado mencionados. Esta diferencia entre las condiciones de competencia de los diferentes segmentos del mercado de larga distancia es consistente con un esquema de diferenciación de productos. La diferenciación de productos explica por qué una empresa puede establecer un precio más alto (en este caso, las tarifas de Discado Directo) pues, entre otras razones, utiliza esta estrategia para aislar sus productos de la competencia.

Sobre la base del análisis de las características del mercado de larga distancia y de las condiciones de competencia que presenta, el regulador debe diseñar su estrategia de transición de un esquema de regulación hacia la competencia efectiva. Sobre la base de dicho enfoque, el OSIPTEL consideró pertinente establecer la desregulación inmediata del segmento de tarjetas de pago y adoptó una posición prudente en el segmento de discado de directo. Dicha decisión implica la realización de un seguimiento cercano de este segmento de mercado para analizar el grado de desarrollo de la competencia.

Respecto de la afectación de la flexibilidad de la empresa en el marco de la implementación del mecanismo de precios tope y la violación de los criterios que caracterizan éste mecanismo regulatorio, es importante señalar que si bien la flexibilidad es una de las características que distingue el referido mecanismo, la implementación de la misma es válida sólo en contextos bajo los cuales se ha cumplido con una debida identificación y conformación de las canastas de servicios, criterio que establece la correcta separación de los mercados y/o segmentos competitivos de los mercados y/o segmentos no competitivos.

Al respecto, bajo el mecanismo de precios tope los cambios en los precios de los servicios individuales pueden ser limitados colocando a los servicios en distintas canastas, cada una con su propia restricción o tope en función a los niveles promedio de precios. Así por ejemplo, los servicios de telecomunicaciones adquiridos principalmente por los clientes residenciales podrían ser colocados en una canasta, mientras que los servicios adquiridos principalmente por los clientes empresariales pueden ser colocados en una canasta diferente. Al separar los servicios de esta manera, la empresa regulada no puede compensar aumentos sustanciales de precios en servicios vendidos a los clientes residenciales con la disminución de precios en servicios vendidos a los clientes empresariales.

Esta protección puede ser especialmente importante cuando la empresa regulada se enfrenta a diferentes presiones competitivas en los diferentes grupos de productos⁽²¹⁾.

²¹ Sappington D. (2002): "Price Regulation", in Handbook of Industrial Organization: Volume I, ed. by Cave M., Majumdar S. y Vogelsang I. North Holland, Amsterdam.

Separar las canastas puede reducir los incentivos de la empresa regulada, de otro modo podría tener incentivos para fijar los precios de los servicios que enfrentan una intensa competencia por debajo de los costos incrementales de producción y compensar la consiguiente reducción en ganancia con el aumento de los precios de los servicios donde la competencia es menos intensa⁽²²⁾.

De esta manera, a pesar de las ventajas de brindar flexibilidad en la fijación de precios regulados a la empresa (fundamentalmente por su mayor información de costos y de la demanda), hay razones por las que un regulador podría limitar discrecionalidad de la empresa en la fijación de los precios. La razón es que la empresa regulada puede fijar una estructura de precios que le den ventajas sobre sus rivales bajo el riesgo adicional de que dicha estructura de precios termine siendo validada por el propio mecanismo regulatorio⁽²³⁾.

4.8. Sobre la desregulación de tarifas tope y la eliminación de la prueba de imputación tarifaria.

TELEFONICA menciona que el proceso de desregulación normado por el MTC implica la supresión no sólo de las tarifas tope como afirma el OSIPTEL sino también de la prueba de imputación y la exhaustiva revisión de la extensa e inadecuada normativa vigente. Asimismo, TELEFONICA afirma que ha solicitado al regulador de manera reiterada la eliminación de la prueba debido a que no sólo no resulta innecesaria dado el nivel de competencia sino que introduce distorsiones en el mercado perjudicando no solo la estrategia comercial de la empresa sino también a los clientes en la medida que no pueden beneficiarse de tarifas mas bajas por el elevado costo de imputación establecido.

Respecto a estos comentarios, se recalca que el presente procedimiento de desregulación se centra exclusivamente en el análisis de la efectividad y conveniencia de la regulación de fórmula de precios tope de los servicios de larga distancia nacional e internacional como instrumento de regulación. Es decir, la pertinencia de otros procesos no entra en discusión en el presente procedimiento.

La prueba de imputación es un mecanismo regulatorio independiente de la regulación de tarifas tope. Las tarifas tope establecen el precio máximo que la empresa podrá cobrar por determinado servicio, sin que ello tenga relación alguna ni pueda prevenir la realización de prácticas de estrechamiento de márgenes en el mercado de larga

En general, es preferible sustituir a un control regulatorio por la disciplina de la competencia, cuando la competencia ofrezca una protección adecuada para los consumidores. En la práctica, sin embargo, a menudo es difícil de determinar con precisión cuando se han desarrollado presiones competitivas adecuadas y sostenibles. Por otra parte, la empresa regulada puede hacer *lobby* para incluir servicios competitivos en la canasta con precios tope, ya que su inclusión puede permitir a la empresa aumentar los precios en los servicios no competitivos para compensar las reducciones de precios en servicios competitivos. Así, por una variedad de razones, el control regulatorio puede persistir más allá del punto en el que ya no está justificado.

²² Armstrong, M., Vickers J. (1993): "Price Discrimination, Competition and Regulation", *Journal of Industrial Economics* 41 (4), 335-359.

²³ Armstrong, M., Sappington D. (2007): "Recent Developments in the Economics of Price Discrimination", in *Handbook of Industrial Organization: Volume III*, ed. by Armstrong, M. y , Porter R. North Holland, Amsterdam.

distancia nacional, los cuales responden a la integración vertical de la empresa proveedora de insumos esenciales para brindar este servicio.

Las condiciones específicas de la aplicación de la prueba de imputación a los servicios de larga distancia nacional están establecidas en la Resolución de Consejo Directivo N° 056-2006-CD/OSIPTEL.

V. SOBRE EL PEDIDO DE SUSPENSIÓN DE EFECTOS

En su recurso de apelación TELEFÓNICA solicita la suspensión de los efectos de la resolución impugnada, invocando para ello la aplicación del Artículo 216.2° de la LPAG:

“216.2 (...) la autoridad a quien competa resolver el recurso podrá suspender de oficio o a petición de parte la ejecución del acto recurrido cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.*
- b) Que se aprecie objetivamente la existencia de un vicio de nulidad trascendente.”*

No obstante, se advierte que la recurrente no expresa fundamento alguno que sustente su pedido, aún cuando es de su conocimiento que, conforme a lo expresamente dispuesto por el mismo artículo invocado (inciso 216.3), las decisiones de suspensión de efectos de actos administrativos sólo pueden adoptarse previa ponderación suficientemente razonable entre el perjuicio que la suspensión causaría al interés público o a terceros y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido.

Al respecto, el Artículo 108° del Reglamento General de OSIPTEL establece la ejecutabilidad inmediata de las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL, sin perjuicio de las impugnaciones que puedan presentar los interesados contra dichos actos.

El mismo artículo establece que la regla de ejecutabilidad admite como excepción la posibilidad que se suspenda la ejecución y los efectos de las decisiones y resoluciones del OSIPTEL, cuando así lo disponga expresamente el respectivo superior jerárquico o el Poder Judicial.

En este contexto, teniendo en cuenta que, por los fundamentos expuestos en la presente resolución, este Consejo Directivo ha desestimado todo cuestionamiento referido a la existencia de algún vicio de nulidad de la resolución impugnada, y siendo que en el presente caso la empresa no alega ni sustenta la generación de perjuicio alguno de imposible o difícil reparación que le pudiera generar la ejecución del acto recurrido, resulta infundado el pedido de suspensión.

Conforme a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente resolución, este Consejo Directivo considera que la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL, que dispuso suprimir la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de Llamadas Telefónicas de LDN y LDI a través de Tarjetas de Pago, prestados por TELEFÓNICA, debe ser confirmada íntegramente en su validez legal y contenido; y en consecuencia, se debe declarar infundado el recurso impugnativo interpuesto por TELEFÓNICA.

De acuerdo a las funciones señaladas en los artículos 29° y 32° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, en aplicación

de la facultad prevista en el inciso b) del Artículo 75° del citado reglamento, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 309;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución de Presidencia N° 036-2008-PD/OSIPTEL, ratificándose dicha resolución en todos sus extremos, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la presente resolución, con su correspondiente Informe N° 270-GPR/2008, se notifique a la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. y se publique en la página web institucional del OSIPTEL.

Asimismo, se dispone que la presente resolución se publique en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLERMO THORNBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo