A	:	Gerencia General
ASUNTO	:	Informe Sustentatorio del Proyecto de modificación del "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope", aprobado por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL
FECHA	:	18 de agosto de 2014

I. OBJETIVO

El presente informe tiene por objeto sustentar el proyecto de norma modificatoria del "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope", que fue aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 127-2003-CD/OSIPTEL.

Esta propuesta normativa implica la sustitución del Artículo 5° del referido Procedimiento.

II. ANTECEDENTES

El inciso 5 del Artículo 77° de la Ley de Telecomunicaciones (TUO aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC), establece que el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, tiene entre sus funciones fundamentales fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.

Conforme a lo establecido por el Artículo 3° de la Ley N° 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos-, el OSIPTEL tiene, entre otras, la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito de competencia.

De manera concordante con dicho marco legislativo, en el Numeral 11 de los vigentes Lineamientos de Política de Apertura del Sector Telecomunicaciones (aprobados por Decreto Supremo N° 020-98-MTC), se ha enfatizado expresamente que **el OSIPTEL tiene competencia exclusiva sobre la fijación de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones**.

Mediante Ley Nº 27838 –Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas- se han establecido los parámetros básicos a que debe sujetarse la Regulación de Tarifas de Servicios Públicos.

La citada Ley Nº 27838 constituye una "ley especial", por estar referida específicamente a la fijación de tarifas de servicios públicos.

Ratificando las funciones regulatorias que fueron atribuidas en las leyes sectoriales de servicios públicos, **el Artículo 3° de la Ley Nº 27838 ha dispuesto expresamente que los Organismos Reguladores de cada sector establezcan los procedimientos para la regulación y determinación de tarifas en sus respectivos ámbitos de competencia**.

Dentro del marco legal antes descrito, el OSIPTEL, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 127-2003-CD/OSIPTEL, estableció el "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope", al cual se sujeta la regulación de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones.

En este contexto, se ha advertido que en algunos casos se vienen estableciendo determinadas regulaciones tarifarias a través del otorgamiento de contratos de concesión, sin seguir un previo procedimiento regulatorio, lo cual determina la necesidad de evaluar y perfeccionar la referida norma procedimental, a fin de que en todos los casos en que el Estado establezca tarifas tope se acredite el cumplimiento de las garantías de transparencia regulatoria expresamente establecidas en el Artículo 2° de la acotada Ley Nº 27838.

III. ANÁLISIS

a. El otorgamiento de concesiones a través de mecanismos de subastas

Una manera de organizar la actividad económica de un mercado que puede enfrentar características de subaditividad de costos (como son las industrias de redes), es otorgar, por parte del Estado, una concesión que permita a una única empresa la exclusividad en la provisión de bienes y servicios, en forma posterior a la realización de una subasta por ese derecho, es decir, a través de una competencia por el mercado (Demsetz, 1968).

El objetivo de dicho mecanismo, desde una perspectiva general, implica la selección de la empresa más eficiente que pueda atender a la demanda al menor costo, garantizándose que ésta sea la única empresa que opere en el mercado. De esta manera, se busca minimizar la problemática de las ineficiencias productivas y asignativas que pueden derivarse del funcionamiento sin intervención de este tipo de mercados. Naturalmente, los resultados positivos de una subasta competitiva son factibles de ser alcanzados cuando existen varias empresas candidatas capaces de desarrollar los proyectos vinculados (Laffont y Tirole, 1993).

Cabe destacar que, como señala Krishna (2002), este esquema de subastas ha sido ampliamente utilizado a nivel mundial durante las últimas décadas, encontrando ejemplos como la transferencia de activos desde el sector público al sector privado para el caso de la venta de empresas industriales en Europa del Este y la ex Unión Soviética, y asimismo la asignación de derechos de uso sobre el espectro radioeléctrico para el desarrollo de las comunicaciones inalámbricas.

No obstante las ventajas que muestra este tipo de esquema ([1]), también se presentan algunas limitaciones que es importante tener en cuenta. Entre ellas se identifica que la organización de una subasta es costosa; se incurre en el costo de la definición y evaluación de las propuestas garantizando un lenguaje y términos que no resulten ambiguos, la redacción de los contratos, la evaluación de los candidatos en aspectos distintos a las variables asociadas a la propuesta (como la viabilidad financiera, por ejemplo), entre otros costos adicionales (Laffont y Tirole, 1993).

Sin embargo, una crítica de especial importancia es aquella formulada por Williamson (1976). Este autor señala que un esquema de subastas a lo Demsetz puede enfrentar limitaciones para resolver los problemas contractuales que se presentan luego de la adjudicación de una concesión, toda vez que las condiciones iniciales sobre las cuales se desarrolla la subasta pueden cambiar a través del tiempo, y éstas pueden no ser previstas.

Como apuntan Viscusi, Harrington y Vernon (2005), los cambios en el contexto inicial de la subasta pueden estar asociados a aspectos como el precio de los insumos y la tecnología de producción (impactando sobre los costos medios), así como al ingreso y las preferencias de los consumidores que tienen su efecto sobre la demanda. Ello implica

[1] Entre estas ventajas se pueden identificar la posibilidad de generar competencia ante la presencia de economías de escala, y la relativa prescindencia de un aparato regulatorio por el cual se evitan los costos asociados, y los problemas de asimetría derivados de la necesidad de información detallada sobre los costos y la demanda (Braeutigam, 1989).

que el establecimiento de contratos a largo plazo tendrá un carácter incompleto, en el sentido que no todas las contingencias podrán ser anticipadas.

Al respecto, Guasch (2004) menciona que los contratos incompletos tienen diversas causas. Entre ellas se pueden identificar a la incapacidad -o lo prohibitivamente caro- para describir todos los posibles escenarios futuros que puedan afectar el funcionamiento del contrato, así como que las partes contratantes no son completamente racionales: en contextos complejos, los agentes cometen errores y requieren de un periodo de aprendizaje para la toma de decisiones óptimas. Complementariamente, señala que la mayoría de contratos de concesión son incompletos y que la renegociación es una manera para redireccionar las ineficiencias provocadas por los contratos incompletos.

No obstante ello, dado que las variaciones –no anticipadas- en costos o en demanda que se realizan a través del tiempo pueden ser negociadas por la empresa concesionaria luego de finalizado el proceso de subasta, también pueden generar incentivos para el desarrollo de conductas oportunistas por parte de la referida empresa a fin de obtener modificaciones favorables en su contrato inicial.

Esta conducta estratégica implicaría que una empresa candidata en un proceso de subasta pueda formular una oferta por debajo de su nivel de costos, con el objetivo de que, luego de adjudicarse una concesión, transforme el escenario competitivo ex ante en una relación bilateral donde incrementa su poder de negociación. De esta forma, podría solicitar la modificación de las condiciones económicas iniciales de su contrato que le permitan por lo menos nivelar su nivel de ingresos y viabilizar la realización del proyecto. De darse el caso, la subasta no estaría cumpliendo sus objetivos presentándose un problema de ineficiencia productiva.

Dados la existencia de estos riesgos regulatorios, se ratifica la necesidad de que la regulación tarifaria se efectúe bajo el marco de un procedimiento público de regulación que ofrezca mayores garantías de transparencia y *accountability* que un proceso de negociación privada bilateral entre Estado y empresa concesionaria ([2]).

Esto reviste especial importancia en el contexto de los futuros contratos de concesión de los proyectos de Redes Dorsales Regionales de Fibra Óptica que serán otorgados de acuerdo a lo previsto en el numeral 7.4 de la Ley de Banda Ancha –Ley N° 29904.

---

[2] En relación con ello, cabe resaltar lo señalado por el **Tribunal Constitucional** en su Sentencia de fecha 5 de setiembre de 2010, emitida en el Expediente Nº 00565-2010-PHD/TC (resaltado agregado):

> *"6. **El principio de transparencia está también directamente vinculado con otro principio básico sobre el que se asienta el Estado Democrático Constitucional. Nos referimos ahora al principio de responsabilidad**. Conforme se ha advertido, "si la información fuera perfecta y el ejercicio del poder transparente no habría necesidad de pedir cuentas a nadie. La demanda por la rendición de cuentas, la demanda por hacer transparentes hechos y razones, surge por la opacidad del poder" (Cfr. Schedler, Andreas: "Qué es la redición de cuentas", Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, México, 2004 p. 26 y 27).*
>
> *De ahí que resulte meridiano que **cuanto más transparente sea la gestión pública estaremos frente a administraciones más responsables y más comprometidas con los fines públicos**, puesto que el secreto, por lo general, incentiva prácticas en defensa de intereses de grupos o individuales, pero no necesariamente hacia fines públicos."*

b. Los procedimientos de fijación tarifaria a cargo del Regulador

Dentro de su ámbito de competencia, los Reguladores de los distintos sectores ejercen las funciones supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias, y de solución de reclamos de los usuarios ([3]), a través de las cuales se promueve el desarrollo de los mercados en un marco de libre y leal competencia.

En ese sentido, las virtudes que caracterizan a los Reguladores en el ejercicio de sus funciones comprenden aspectos como la experiencia obtenida en el desarrollo de los distintos procesos regulatorios a su cargo, la acumulación de capital humano en los cuadros técnicos formados en el sector, y la creciente especialización en el conocimiento de cada uno de los sectores sujetos a regulación.

Ello ha permitido mantener la prevalencia de un desempeño consistente en los diversos procedimientos regulatorios efectuados, garantizando los Principios de Transparencia y Predictibilidad, adoptándose mecanismos de consulta pública que promueven la participación de los agentes interesados y de la sociedad en su conjunto, y publicándose toda la documentación utilizada en los referidos procedimientos.

Como resultado, se ha desarrollado un marco normativo que define explícitamente y de manera previa las etapas, la secuencia y los requisitos a tener en cuenta en el curso de los procedimientos regulatorios, ampliándose los instrumentos de *accountability* que permiten el seguimiento durante y después de los referidos procedimientos.

Contrariamente, las especificaciones contractuales podrían traducirse típicamente en futuros escenarios de renegociación, los cuales solo requieren la participación de ambas partes (Estado y Empresa), pero difícilmente garantizan la información y participación de otros agentes, como las empresas competidoras y los usuarios ([4]) cuyos intereses se puedan ver afectados en función a los nuevos términos que resultan de la renegociación.

Es bajo este marco institucional que se definió que una de las principales funciones que ejerce el Regulador del sector telecomunicaciones –el OSIPTEL- es la función reguladora a través de la cual fija la tarifa de los servicios públicos de telecomunicaciones ([5]). De esta manera, la naturaleza incompleta de los contratos de concesión que impliquen cambios en las condiciones tarifarias del servicio concesionado, conllevará a que la evaluación que realice el OSIPTEL se enmarque en los procedimientos previstos para el desarrollo

---

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

[4] Cabe resaltar lo establecido en la vigente Ley de Telecomunicaciones (Texto Único Ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC) sobre la participación de los usuarios en la regulación de tarifas:

> *"Artículo 6°.- El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.*
>
> *Igualmente,* ***el Estado fomenta la participación de los usuarios de servicios de telecomunicaciones, en el establecimiento de tarifas*** *y en la prestación y control de estos servicios."*

[5] Ver Artículo 28° del Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

de los procesos regulatorios tarifarios, tanto en el ámbito de las prestaciones finales como en el ámbito de las prestaciones mayoristas.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que en nuestro país se ha establecido un marco legal especial para la fijación de tarifas de servicios públicos, a través de la **Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas**, cuyo Art. 2° precisa: *"La presente Ley tiene por objeto **garantizar que la función reguladora sea ejecutada con estricta sujeción a criterios técnicos, legales y económicos, y establecer los mecanismos que garanticen efectivamente la mayor transparencia en el proceso de fijación de tarifas reguladas** (…)."*

Así, en aplicación de lo dispuesto por el Artículo 3° de la Ley precitada, el OSIPTEL aprobó el Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope –a través de la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL-, mediante el cual se definen las etapas, secuencia y requisitos que deben seguirse en la fijación y revisión de las tarifas tope de los servicios públicos de telecomunicaciones.

Las ventajas de enmarcar la definición de los regímenes tarifarios a través del seguimiento de un procedimiento regulatorio tarifario a cargo del OSIPTEL radica en la especialidad con la que cuenta este organismo para efectuar las revisiones tarifarias en base a mecanismos que permiten una adecuada evaluación de los shocks o cambios en las variables relevantes que afectan a las tarifas; así como en la capacidad de contar con procesos ampliamente conocidos y utilizados como tratamiento principal a la consideración del sistema de *accountability* que este tipo de decisiones exige.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El OSIPTEL, como organismo regulador, representa el marco institucional necesario para evaluar adecuadamente los cambios en las condiciones tarifarias de los contratos de concesión que afecten la prestación del servicio concesionado. Ello implica que dicha evaluación se enmarque en un procedimiento de regulación tarifaria conforme a las etapas, secuencia y requisitos establecidos por la legislación vigente sobre la materia.

Las ventajas de los procedimientos regulatorios a cargo del OSIPTEL se fundamentan en la especialidad con la que cuenta dicho organismo en la fijación y revisión de tarifas tope –involucrando el análisis de los shocks o cambios en las variables que afectan a las tarifas-, y en la mayor transparencia que otorga su seguimiento, promoviendo mayores elementos de rendición de cuentas exigible a las instituciones públicas.

Por lo expuesto, se recomienda:

(i). Modificar el Procedimiento aprobado por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL precisando las reglas procedimentales aplicables a los escenarios en los que sea necesario establecer un régimen tarifario de manera previa a la realización de un concurso público para el otorgamiento de concesiones de servicios públicos de telecomunicaciones. Es decir, para la definición de una regulación tarifaria cuando aún no se ha concesionado el servicio.

Este procedimiento constituye una norma de desarrollo reglamentario de la Ley N° 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, y la necesidad de modificarlo precisando sus alcances se hace evidente a fin de acreditar el cumplimiento de las garantías de transparencia regulatoria expresamente establecidos en el Art. 2° de dicha Ley.

A tal efecto, debe entenderse que la Ley N° 27838 tiene carácter de "Ley Especial" por estar referida específicamente a la fijación de tarifas de servicios públicos y, por tanto, prevalece frente a cualquier ley general y más aún frente a cualquier norma infralegal, de conformidad con los criterios jurídicos señalados por el Pleno del Tribunal Constitucional ([6]).

(ii). Mediante el referido procedimiento regulatorio se deberá determinar el régimen tarifario, los niveles tarifarios y las reglas de ajuste y/o revisión aplicables al servicio de transporte de los proyectos de Redes Dorsales Regionales de Fibra Óptica previsto en el numeral 7.4 de la Ley de Banda Ancha –Ley N° 29904- (redes que conectarán los distritos con las capitales de provincia donde estén los puntos de presencia de la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica). Así, la realización del procedimiento se realizaría de manera previa al correspondiente concurso público.

(iii). Especificar que el procedimiento referido en el numeral (i) de estas recomendaciones, será aplicable también, en los casos que corresponda, para cualquier eventual revisión del régimen tarifario ya fijado en los contratos de concesión.

---

[6] Así ha quedado precisado en la **Sentencia del 6 de enero de 2010, emitida por el Tribunal Constitucional (Pleno Jurisdiccional) en el Expediente Nº 0015-2008-PI/TC** (resaltado agregado):

"22. (…) tales normas reglamentarias, dado su rango normativo, que es infralegal, no pueden oponerse a una norma jerárquicamente superior como es la ley (como es el caso de la Ley Nº 28917), y asumiendo que tales normas reglamentarias sólo desarrollen aquello establecido en una determinada ley, la mencionada Ley Nº 28917 constituye ***una ley especial, por lo que prevalece sobre cualquier otra ley general****."*

ANEXO 1

BIBLIOGRAFÍA

Braeutigam, R. (1989), Optimal Policies for Natural Monopolies, en Handbook of Industrial Organization, Volumen II, editores R. Schmalensee y R.D. Willig, Elsevier Science Publishers.

Demsetz, H. (1968), Why regulate utilities? Journal of Law and Economics, Vol. 11.

Guasch, J. L. (2004), Granting and Renegotiatinag Infraestructure Concessions. Doing it Right, The World Bank, USA.

Krishna, V. (2002), Auction Theory, Academic Press, Elsevier Sience, USA.

Laffont, J. y J. Tirole (2003), A Theory of Incentives in Procurement and Regulation, The MIT Press, London, England.

Viscusi, W. K., J. Vernon y J. E. Harrington (2005), Economics of Regulation and Antitrust, 4ta edición, MIT Press, London, England.

Williamson, O. (1976), Franchise Bidding for Natural Monopolies – in general and with respect to CATV, Bell Journal of Economics, Vol. 7.

ANEXO 2

Comentarios al Proyecto de Resolución modificatoria del
"Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope"
(Publicado mediante Resolución N° 095-2014-CD/OSIPTEL, el 24 de julio de 2014)

DOCUMENTOS RECIBIDOS

- Carta DR-107-C-0989/CM-14 remitida por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), en fecha 08 de agosto de 2014.

Los comentarios recibidos son publicados en forma textual y completa en la página web del OSIPTEL.

COMENTARIOS SOBRE EL PROYECTO

- Se considera importante contar con mecanismos que permitan fijar las tarifas tope de servicios de telecomunicaciones de manera transparente, no sólo cuando esto se ejecuta con posterioridad al inicio de vigencia del contrato de concesión, sino también cuando ello se produzca al inicio de la relación contractual. Preocupa sobremanera que a una empresa que competirá con las concesionarias del servicio portador, se le haya fijado una tarifa única que impactará en dicho mercado sin que haya existido un proceso adecuado de fijación tarifaria.

- Se considera que, de existir un conflicto de competencias entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el OSIPTEL, en materia de fijación de tarifas en contratos de concesión, éste sea aclarado por las autoridades competentes, lo cual brindará predictibilidad a las empresas participantes del mercado de telecomunicaciones.

- Se considera necesario que el OSIPTEL sustente técnica y económicamente las características que hacen que un determinado servicio de telecomunicaciones requiera una fijación o revisión de tarifas tope.

- Dentro de los procedimientos regulatorios de tarifas tope deben admitirse comentarios por parte de las instituciones o empresas involucradas, a fin de permitir la menor discrecionalidad posible.

- En los casos en que exista un servicio similar o igual que ya cuente con tarifa tope, la fijación de tarifas tope debería ser coherente con la tarifa ya fijada para el otro servicio.

POSICIÓN DEL REGULADOR

- En cuanto a las competencias del MTC y OSIPTEL, debe enfatizarse que, tanto a nivel legislativo como reglamentario, está expresamente reconocida la función reguladora de tarifas que corresponde al OSIPTEL respecto a los servicios públicos de telecomunicaciones, tal como está precisado en el Numeral 11 de los vigentes "Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú", aprobados por **Decreto Supremo N° 020-98-MTC**:

  "11. OSIPTEL tiene competencia exclusiva sobre la fijación de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones."

Asimismo, la Ley Nº 27838 –Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas-, ha establecido que corresponde a los organismos reguladores establecer los procedimientos que aseguren el cumplimiento de las garantías de transparencia establecidas en dicha Ley para el ejercicio de la función reguladora.

Bajo este marco legal, se ha considerado pertinente precisar los alcances del "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope" aprobado por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, de tal forma que se acredite el cumplimiento de dichas garantías de transparencia en todos los casos en que se fijen tarifas tope, incluyendo los casos en que se considere necesario incluir tarifas tope en nuevos contratos de concesión de servicios públicos de telecomunicaciones.

- Cabe recordar que, conforme a lo establecido en los artículos 6° y 7° del "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope", el inicio de cualquier procedimiento de fijación revisión de tarifas tope requiere un Informe Técnico que sustente la pertinencia legal y económica de dichos procedimientos regulatorios.

- Conforme a las reglas de transparencia previstas en el "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope" aprobado por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, en todos los procedimientos regulatorios el OSIPTEL garantiza plenamente la participación de todas las empresas, usuarios e instituciones involucradas, así como cualquier ciudadano interesado, no sólo mediante la pre-publicación de los proyectos regulatorios para comentarios de las empresas reguladas y del público en general, sino también mediante la realización de hasta tres (3) Audiencias Públicas Descentralizadas en diferentes ciudades del país, donde el OSIPTEL expone los fundamentos de los referidos proyectos y se reciben las opiniones verbales de todos los interesados.

- La existencia de una tarifa tope ya fijada para un servicio, podrá ser considerada por el OSIPTEL al momento de determinar la tarifa tope para un servicio similar o igual.

COMENTARIOS ADICIONALES

- Se plantea la modificación de los artículos 6°, 7°, 8° y la Cuarta Disposición Complementaria del "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope".

POSICIÓN DEL REGULADOR

- La presente norma modificatoria está referida específicamente al procedimiento a que debe sujetarse la determinación de las tarifas tope que se incluyen en los contratos de concesión, por lo que se considera conveniente que las modificaciones adicionales planteadas sobre otros aspectos, sean evaluadas con más detenimiento en el marco de una modificación integral del "Procedimiento para la Fijación y Revisión de Tarifas Tope" aprobado por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL.