

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA N° 174-2007-PD/OSIPTEL

Lima, 07 de noviembre de 2007.

EXPEDIENTE :	N° 00003-2007-CD-GPR/AT
MATERIA :	Ajuste Trimestral de Tarifas Tope de los Servicios de Categoría I / Recurso de Reconsideración
ADMINISTRADO :	Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El escrito de fecha de recepción 21 de septiembre de 2007, 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° 129-2007-PD/OSIPTEL, y;
- (ii) El Informe N° 287-GPR/2007 de la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTTEL, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se sustenta el proyecto de resolución para emitir pronunciamiento sobre el recurso interpuesto; y con la conformidad de la Gerencia Legal;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

Conforme a lo establecido en la normativa legal vigente y en la Sección 9.04 de los Contratos de Concesión de los que es titular Telefónica (contratos aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TCC y modificados mediante Decreto Supremo N° 021-98-MTC), a partir del 01 de setiembre de 2001, los servicios de categoría I están sujetos al régimen tarifario de fórmula de tarifas tope.

De acuerdo al procedimiento para los ajustes por fórmula de tarifas tope, estipulado en los literales b) y g) de la Sección 9.03 de los referidos contratos de concesión, corresponde al OSIPTTEL examinar y verificar las solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas de los servicios de categoría I, y comprobar la conformidad de las tarifas propuestas con la fórmula de tarifas tope, de acuerdo al valor del Factor de Productividad Trimestral y las reglas para su aplicación, fijados en la Resolución del Consejo Directivo N° 060-2004-CD/OSIPTTEL.

El literal (a) de la Sección 9.02 de los contratos de concesión, señala que la fórmula de tarifas tope será usada por el OSIPTTEL para establecer el límite máximo- tope- para la tarifa promedio ponderada de cada una de las tres canastas de servicios: C (instalación), D (renta mensual y llamadas locales) y E (llamadas de larga distancia nacional e internacional), el cual estará sujeto al Factor de Productividad.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 048-2006-CD/OSIPTEL, el OSIPTEL aprobó el “Instructivo para el ajuste de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones de categoría I - régimen de fórmulas de tarifas tope” (en adelante, el Instructivo de Tarifas), en el cual se establece el procedimiento a que se sujeta Telefónica para la presentación de sus solicitudes trimestrales de ajuste tarifario y se especifican los mecanismos y reglas que aplicará el OSIPTEL para la ponderación de las tarifas así como para el reconocimiento y aplicación de ajustes por adelantado, entre otros aspectos.

Dicho Instructivo de Tarifas fue modificado por la Resolución de Consejo Directivo N° 067-2006-CD/OSIPTEL, la misma que fue objeto de las aclaraciones establecidas mediante Resolución de Consejo Directivo N° 007-2007-CD/OSIPTEL.

Dentro del marco legal y contractual antes reseñado, Telefónica presentó su solicitud de ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I, mediante carta DR-067-C-1171/GR-07 recibida el 01 de agosto de 2007, corregida con carta DR-067-C-1270/GR-07 recibida el 22 de agosto de 2007.

Mediante Resolución de Presidencia N° 129-2007-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 31 de agosto de 2007, el OSIPTEL estableció el correspondiente ajuste trimestral de tarifas tope.

El 21 de septiembre de 2007, Telefónica presenta recurso impugnativo de reconsideración contra dicha Resolución N° 129-2007-PD/OSIPTEL.

II. PROCEDENCIA Y ALCANCES DEL RECURSO

Mediante el recurso de reconsideración referido en la sección de VISTOS, Telefónica contradice la Resolución de Presidencia N° 129-2007-PD/OSIPTEL únicamente en cuanto a su artículo 4°, en el cual se establece el crédito acumulado por reducciones anticipadas de tarifas, y al respecto plantea las siguientes dos pretensiones:

- (i) Solicita que se reconozca crédito adicional en la Canasta D, por la introducción de los planes al segundo denominados “Plan Control al Segundo”, “Plan Prepago al Segundo” y “Plan al Segundo 2”.
- (ii) Solicita que se rectifique el saldo existente en el crédito acumulado, por las variaciones de altas nuevas.

En cuanto a la procedencia del recurso interpuesto, debe precisarse que conforme a los antecedentes previamente señalados, la Resolución N° 129-2007-PD/OSIPTEL, que es objeto de la impugnación planteada 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 ⁽¹⁾. En este sentido, dicha resolución se aplica de manera determinada y exclusiva a Telefónica, para los Servicios de Categoría I señalados en sus contratos de concesión.

¹ 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.

De acuerdo a ello, en concordancia con lo establecido por el artículo 1° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)- Ley N° 27444- (²), se considera que la referida Resolución N° 129-2007-PD/OSIPTEL constituye efectivamente un Acto Administrativo. En consecuencia, resulta procedente su impugnación mediante un recurso de reconsideración, conforme a las reglas señaladas en la LPAG.

III. ANÁLISIS

3.1. Marco general para el reconocimiento de créditos por reducciones anticipadas de tarifas

El Instructivo de Tarifas establece, entre otras disposiciones, los mecanismos y reglas que debe aplicar el OSIPTEL para la ponderación de las tarifas y para el reconocimiento y aplicación de ajustes por adelantado, dentro del régimen de fórmulas de tarifas tope.

En la Sección II.6 del citado Instructivo se indican los supuestos básicos para que el OSIPTEL pueda determinar la existencia de reducciones anticipadas y reconocer el crédito correspondiente por dichas reducciones:

“La empresa concesionaria tiene la posibilidad de aplicar en cada canasta de servicios un Ratio Tope menor al Factor de Control aplicable al ajuste trimestral de tarifas correspondiente ($RT_jn < F_n$).”

En este caso, el reconocimiento de crédito por reducciones anticipadas deberá tomar en cuenta los flujos de pérdidas o ganancias en que incurre la empresa con respecto a la aplicación normal del factor de productividad en los ajustes trimestrales. Dichos flujos deberán ser actualizados por el costo de oportunidad del capital de la empresa concesionaria. Asimismo, en caso la empresa obtenga niveles finales de precios más altos que los que hubiera logrado con la aplicación normal de los ajustes trimestrales, será necesario considerar los flujos de ganancia futuros, las cuales también deberán ser actualizados por el costo de oportunidad del capital.”

Asimismo, el Instructivo establece que el reconocimiento de créditos por reducciones anticipadas no se otorga de oficio por el OSIPTEL, sino que está condicionado a que la empresa solicite expresamente el reconocimiento respectivo:

“La empresa concesionaria tendrá la potestad de solicitar o no el reconocimiento de crédito por la realización de reducciones de precios que sean mayores a lo exigido por el factor de productividad. En caso la empresa decida no solicitar el reconocimiento de dicho crédito, OSIPTEL considerará como tarifas vigentes o de partida para el ajuste del trimestre siguiente, los niveles de precios a los que se llegaron como resultado de la reducción tarifaria que no fue sujeta a reconocimiento de crédito.”

² 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.

“En el caso que la empresa concesionaria desee aplicar un adelanto de ajustes tarifarios, ésta deberá indicarlo expresamente en la comunicación a través de la cual presenta su Solicitud de Ajuste Trimestral”.

Dentro de este marco, la empresa presentó al OSIPTEL su propuesta de ajuste trimestral correspondiente al periodo Septiembre-Noviembre de 2007, solicitando asimismo el reconocimiento de crédito adicional por la inclusión de nuevos planes tarifarios al segundo en la Canasta D y por la inclusión de las altas nuevas en el cálculo del Ratio Tope.

3.2. Sobre el reconocimiento de crédito adicional por la introducción de los planes al segundo en la Canasta D

Telefónica formula su pretensión señalando dos cuestionamientos:

- 1) Que en aplicación del Principio de Buena Fe, toda vez que el OSIPTEL aprobó la comercialización de los nuevos planes al segundo, consecuentemente con tal actuación tendría que haber reconocido crédito adicional por la introducción de dichos planes en el ajuste de tarifas de categoría I, y;
- 2) Que el OSIPTEL ha rechazado la solicitud de reconocimiento de crédito adicional sin tomar en consideración los Lineamientos aprobados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, en cuyo artículo 4° se estableció que *“(...) OSIPTEL evaluará la pertinencia de reconocer como créditos (i) la introducción de planes de consumo con tasación al segundo y, (ii) reducciones adicionales de tarifas en períodos en los cuales la empresa cuenta con créditos pre-existentes”.*

3.2.1 Aplicación del Principio de Buena Fe en los ajustes de tarifas de Categoría I

Telefónica argumenta que el principio de buena fe vincula al OSIPTEL y a Telefónica en la ejecución de sus actividades y obligaciones relacionadas con el cumplimiento de los contratos de concesión. Ello, según Telefónica, se deriva de lo expresamente establecido por el Laudo Arbitral de fecha 30 de abril de 2004 emitido en el proceso arbitral relacionado con el Factor de Productividad 2001-2004.

Al respecto, resulta necesario efectuar una lectura integral del referido Laudo, a partir de lo cual se podrá advertir que en dicho pronunciamiento arbitral se ha realizado un análisis más amplio sobre la aplicación del principio de buena fe y el ejercicio legítimo de la facultad normativa y reguladora del OSIPTEL, precisando lo siguiente

“(...) respecto de aquellos temas que no se encuentren regulados directa o indirectamente en los Contratos de Concesión y sus addendas, OSIPTEL conserva la más plena facultad normativa, siempre y cuando se ejercite dentro de los límites de la razonabilidad, ante lo cual TELEFÓNICA simplemente no puede cuestionar”.

“(...) es innegable que aquellos aspectos relativos al procedimiento y criterio a seguirse para fijar las tarifas tope y sus factores componentes que no se encuentren regulados directa o indirectamente por los Contratos de Concesión, forman parte de la esfera de potestades de ius imperium discrecionales de OSIPTEL, en razón de lo cual el único límite se encuentra en el criterio de razonabilidad (derivado del principio de legalidad)”.

“En conclusión, la actuación razonable de OSIPTEL respecto a temas no regulados en los Contratos de Concesión no constituye una violación del deber de buena fe o una interpretación de los mismos en contravención de la regla de interpretación en base a la común intención de las partes, sino el legítimo ejercicio de las facultades discrecionales que las leyes atribuyen expresamente a favor del organismo regulador”.

Más específicamente, el mismo Laudo Arbitral invocado por Telefónica analiza los efectivos alcances de los contratos de concesión y se refiere a la facultad discrecional del OSIPTEL para reconocer créditos por reducciones anticipadas, precisando:

“(...) el Tribunal Arbitral observa que nada en las fórmulas obliga a que tales créditos se reconozcan, en contra de lo que ha sostenido Telefónica en este proceso arbitral.

En efecto, una interpretación estricta de las fórmulas lleva a considerar que lo que por regla general debería ocurrir es que los ajustes y también las reducciones en términos reales se realicen trimestralmente, de modo que sería perfectamente consistente con el texto de los Contratos de Concesión que OSIPTEL dispusiera que, no obstante haber realizado la empresa concesionaria una reducción mayor a la requerida en el periodo anterior, TELEFÓNICA deba continuar reduciendo el nivel promedio ponderado de las tarifas por canasta de servicio todavía más, trimestre a trimestre”.

“Así las cosas, parece perfectamente razonable, tanto bajo el texto de los Contratos de Concesión, como sobre la base de la experiencia internacional y merituando con mayor conocimiento de causa las características particulares del mercado de telecomunicaciones peruano, de lo que haría este Tribunal Arbitral, sea justamente OSIPTEL el que defina cuál es el régimen que más se ajusta a los objetivos perseguidos por la política regulatoria que le corresponde dirigir. Esta es, precisamente, una decisión técnica en la que el Tribunal Arbitral no puede intervenir”.

En efecto, en ejercicio de su facultad normativa y reguladora, el OSIPTEL aprobó el Instructivo de Tarifas para los ajustes de tarifas tope de categoría I, en cuya Sección II.6 se han establecido las reglas que debe aplicar el OSIPTEL para el reconocimiento del crédito que se genere por adelantos de ajustes tarifarios. Una de las reglas principales que el Instructivo ha establecido para el reconocimiento del crédito generado por adelantos de ajustes tarifarios es que:

“(...) los créditos reconocidos como resultado de una reducción tarifaria anticipada deben ser utilizados totalmente por la empresa concesionaria durante los trimestres inmediatamente posteriores a dicha reducción. No se deberán realizar nuevas reducciones anticipadas de tarifas mientras no se haya utilizado todo el crédito generado por la reducción anticipada anterior.” (segundo párrafo de la Sección II.6.2)

No obstante, Telefónica invoca el principio de buena fe para solicitar que el OSIPTEL le reconozca crédito adicional por la introducción de los nuevos planes al segundo, a pesar de que tenía un saldo de crédito no utilizado.

Telefónica señala que los planes al segundo fueron diseñados en el marco de las negociaciones entre Telefónica y el Estado Peruano realizadas a fines del año 2006 – donde el OSIPTEL brindó soporte técnico-, y luego el OSIPTEL aprobó la

comercialización de los nuevos planes al segundo; por lo que, consecuentemente con tal actuación inicial, el OSIPTEL tendría que haber reconocido crédito adicional por la introducción de dichos planes en el ajuste de tarifas de categoría I.

En cuanto a este extremo de la argumentación de Telefónica, debe precisarse lo siguiente:

- Conforme a lo establecido por el artículo 21° del Reglamento General de Tarifas (aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 060-2000-CD/OSIPTEL y modificado por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2002-CD/OSIPTEL), Telefónica, en su condición de empresa sujeta al régimen tarifario regulado, debe obtener la aprobación del OSIPTEL antes de comercializar nuevos planes tarifarios del servicio de telefonía fija local ⁽³⁾.

Como es de conocimiento de Telefónica, la aprobación que emita el OSIPTEL en virtud del referido procedimiento previsto por el Reglamento General de Tarifas, no implica pronunciamiento ni adelanto de opinión alguno respecto del procedimiento para la introducción de los planes dentro de los ajustes trimestrales de las tarifas tope de categoría I, puesto que las condiciones y reglas para dicho efecto están expresamente establecidas en el correspondiente Instructivo de Tarifas.

Esta independencia entre ambos procedimientos ha sido ratificada por el OSIPTEL en la Resolución de Consejo Directivo N° 067-2006-CD/OSIPTEL ⁽⁴⁾, en cuyo acápite 4.5 de su parte considerativa, refiriéndose a las reglas para el lanzamiento de planes nuevos, precisó (subrayado agregado):

“TELEFÓNICA señala que el Instructivo Tarifario no contiene reglas claras para efectos del procedimiento de aprobación de las propuestas de nuevos planes tarifarios, por lo que brinda un escaso margen de predictibilidad a la empresa y elimina el incentivo al lanzamiento de nuevos planes que pueden ser beneficiosos para los usuarios.

En primer lugar, es importante mencionar que existe plena libertad comercial por parte de la empresa concesionaria para que ésta pueda diseñar y comercializar nuevos planes tarifarios. En este contexto, el Instructivo de Tarifas plantea criterios técnicos que permiten evaluar la contribución de dichos planes en la ejecución de los ajustes trimestrales de tarifas. Por lo tanto, el Instructivo de Tarifas tiene como objetivo establecer las normas que permitirán cumplir con las reducciones tarifarias producto de la aplicación del factor de productividad, no siendo su función determinar el procedimiento de aprobación de los nuevos planes tarifarios. Dicho procedimiento se encuentra en el ámbito del Reglamento de Tarifas”.

³ Cabe resaltar que la normativa legal y contractual vigente garantiza a la empresa plena libertad comercial para diseñar nuevos planes tarifarios con cualquier tarificación y solicitar su aprobación al OSIPTEL. No obstante, de acuerdo a lo señalado por el Organismo Regulador en el Informe Sustentatorio N° 029-GPR/2006 de la Resolución N° 048-2006-CD/OSIPTEL que aprueba el Instructivo de Tarifas, las reducciones tarifarias en los ajustes trimestrales de tarifas deben ser realizadas principalmente mediante variaciones en los valores de renta mensual y tarifa por minuto adicional, pues son los que generan un mayor impacto positivo en el bienestar de los usuarios.

⁴ Resolución mediante la cual se emitió pronunciamiento respecto del recurso impugnativo formulado por Telefónica contra la Resolución de Consejo Directivo N° 048-2006-CD/OSIPTEL que aprobó el Instructivo de Tarifas.

- Las reglas vigentes para el reconocimiento de crédito por adelantos de ajustes tarifarios fueron establecidas por la Resolución de Consejo Directivo N° 067-2006-CD/OSIPTEL que modificó parcialmente el Instructivo de Tarifas, la misma que fue debidamente notificada a Telefónica el 25 de octubre de 2006 y publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de octubre de 2006.

Es decir, que cuando Telefónica diseñó y presentó al OSIPTEL sus nuevos planes tarifarios al segundo, tenía pleno conocimiento de estas reglas y de las limitaciones establecidas para el reconocimiento de créditos.

En efecto, tal como lo reconoce la misma Telefónica en su recurso impugnativo, en el presente caso se han presentado los siguientes supuestos de hecho y de derecho (pág. 6 de su escrito):

- (i) “el Instructivo de Tarifas había establecido de manera general la regla de que no deben realizarse nuevas reducciones anticipadas mientras no se hubiera utilizado todo el crédito generado por la reducción anticipada anterior”; y
 - (ii) “Telefónica tenía un saldo de crédito no utilizado, por lo que en principio no debía realizar nuevas reducciones anticipadas”.
- Nada en la actuación anterior del OSIPTEL, durante las negociaciones de fines de 2006 entre el Estado Peruano y Telefónica –donde este organismo únicamente brindó la asesoría técnica solicitada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones- o en el procedimiento de aprobación para la comercialización inicial de los nuevos planes al segundo, podía implicar ni implicó un adelantamiento de opinión o compromiso alguno por parte del OSIPTEL para el reconocimiento de créditos, puesto que este organismo ya había reservado el establecimiento de las reglas aplicables para dicho efecto, al correspondiente Instructivo de Tarifas.

Por lo expuesto en este acápite, resulta evidente que el pronunciamiento emitido mediante la resolución impugnada, que rechazó el reconocimiento de crédito adicional por la introducción de los nuevos planes al segundo, fue dictado aplicando las reglas pre-establecidas en el Instructivo de Tarifas y previamente conocidas por Telefónica, por lo que este pronunciamiento no puede calificarse de ningún modo como una actuación contraria al principio de buena fe.

3.2.2 Aplicación de los Lineamientos de Política aprobados por el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC

Telefónica hace referencia a los Lineamientos de Política aprobados por el Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, para sostener que el OSIPTEL debió evaluar la pertinencia de reconocer crédito adicional por la introducción de los planes al segundo, debiendo haber demostrado que no existe proporción entre la aprobación de los referidos créditos tarifarios y la finalidad pública de contar con planes tarifarios al segundo en beneficio de los abonados.

Sobre este extremo de la argumentación de Telefónica, debe precisarse lo siguiente:

- Tal como lo reconoce Telefónica, cuando en su recurso cita algunos párrafos del Informe N° 192-GPR/2007 que sustentó la resolución impugnada, el OSIPTEL sí evaluó la solicitud de Telefónica y tuvo en consideración lo previsto por el artículo 4° de los referidos Lineamientos.

Sobre la base de la evaluación efectuada en la página 7 del citado Informe, este organismo manifestó expresamente que *“no considera pertinente el reconocimiento del crédito generado por la introducción de dichos planes al segundo”*.

- Aunque Telefónica no lo advierte en su escrito, en el mismo Informe N° 192-GPR/2007 el OSIPTEL evaluó los alcances y efectos del artículo 4° de los referidos Lineamientos, habiendo expresado claramente la motivación y las razones de hecho y de derecho en que se ha fundamentado su decisión (subrayado agregado):

“Al respecto, es preciso señalar lo siguiente:

- 1) El reconocimiento de créditos por las reducciones anticipadas que se apliquen, se debe efectuar siguiendo las reglas previamente establecidas en la sección II.6 del Instructivo.*
- 2) Al respecto, tal como está expresamente establecido en el segundo párrafo de la sección II.6.2 del Instructivo -de acuerdo a su texto modificado por la Resolución N° 067-2006-CD/OSIPTEL- “No se deberán realizar nuevas reducciones anticipadas de tarifas mientras no se haya utilizado todo el crédito generado por la reducción anticipada anterior”.*

En consecuencia, en cumplimiento de lo dispuesto por el Instructivo, resulta inviable el reconocimiento de nuevo crédito por la introducción de los tres (3) planes tarifarios mencionados, toda vez que Telefónica no ha utilizado aún todo el crédito que fue generado anteriormente en la Canasta D, como consecuencia del ajuste aprobado por la Resolución N° 009-2007-CD/OSIPTEL.

Los planes al segundo propuestos por la empresa que surgen como acuerdo entre el Estado Peruano y Telefónica, no serán considerados como un crédito debido a que van en contra de los principios establecidos en las modificaciones del Instructivo realizadas en el año 2006 por el regulador. Esas modificaciones se centran en el cumplimiento de una serie de aspectos beneficiosos para el desarrollo de la industria de Telecomunicaciones y bienestar de los hogares”.

“Para esto, como señala el Informe N° 011-GPR/2006, “Se prioriza entre el conjunto de los instrumentos que permiten implementar los ajustes de tarifas a aquellos que tienen un mayor impacto sobre el bienestar de los consumidores. Más precisamente el instructivo enfatiza mecanismos de reducción de tarifas y rentas [...]” ”.(⁵) (⁶)

- Como se evidencia de los fundamentos expresados en el citado Informe N° 192-GPR/2007, el referido pronunciamiento, que ahora es impugnado por Telefónica, se

⁵ Esta consideración expresada en el Informe N° 011-GPR/2006 -que sustentó el proyecto de modificación del Instructivo de Tarifas- fue ratificada en el Informe N° 029-GPR/2006, el cual sustentó la Resolución N° 048-2006-CD/OSIPTEL que aprobó el vigente Instructivo.

⁶ Tal y como se ha señalado en el Informe N° 029-GPR/2006 que sustentó el Instructivo de tarifas vigente, en el marco de la aplicación del régimen de fórmulas de tarifas tope que incluyen el factor de productividad, este organismo considera importante priorizar sólo los mecanismos de reducción tarifaria explícita (rentas mensuales y tarifa por minutos adicionales) por ser los que mayor beneficio social generan, en comparación con otros mecanismos que no tienen un impacto directo en el bienestar de los usuarios.

emitió guardando estricta consistencia y uniformidad con los recientes y reiterados pronunciamientos emitidos por este organismo sobre el mismo asunto.

- En efecto, en la Resolución de Consejo Directivo N° 067-2006-CD/OSIPTEL de fecha 18 de octubre de 2006 –la cual modificó el Instructivo de Tarifas, resolviendo el recurso impugnativo presentado por Telefónica contra la versión original del Instructivo, aprobada por Resolución de Consejo Directivo N° 048-2006-CD/OSIPTEL- el OSIPTEL se pronunció expresamente respecto de las reglas para el reconocimiento de créditos por adelantos de reducciones tarifarias, señalando en el acápite 4.4 de su parte considerativa lo siguiente (subrayado agregado):

“TELEFÓNICA no tiene un derecho derivado de sus contratos de concesión al reconocimiento de créditos por adelantos de reducciones tarifarias. Ello fue definido así en el laudo arbitral previamente citado, en el cual se señaló que era potestad de OSIPTEL, en aplicación de sus facultades discrecionales, el permitir o no el uso de créditos, y en caso de permitir dicho uso, establecer las limitaciones a las que se encuentra sujeto.

OSIPTEL ha considerado desde 2001 que la existencia del reconocimiento de créditos incentiva a la empresa a establecer reducciones anticipadas de tarifas, promoviendo con ello un mayor beneficio a los usuarios del servicio”.

“Para evitar que reducciones anticipadas en el presente puedan capitalizarse en el tiempo de manera que se conviertan en valores de crédito muy grandes en el futuro, afectando así el bienestar de los usuarios, OSIPTEL considera que, en cualquiera de los dos escenarios contemplados, los créditos reconocidos como resultado de una reducción tarifaria anticipada deben ser utilizados totalmente por la empresa concesionaria durante los trimestres inmediatamente posteriores a dicha reducción. Asimismo, no se deberán realizar nuevas reducciones anticipadas de tarifas mientras no se haya utilizado todo el crédito generado por la reducción anticipada anterior”.

- Igualmente, en la Resolución de Consejo Directivo N° 007-2007-CD/OSIPTEL de fecha 30 de enero de 2007 –la cual resolvió la solicitud de aclaración formulada por Telefónica respecto de la Resolución de Consejo Directivo N° 067-2006-CD/OSIPTEL- el OSIPTEL se pronunció nuevamente sobre las reglas para el reconocimiento de créditos, y de manera específica respecto de la regla que prohíbe el reconocimiento de crédito adicional mientras exista saldo de crédito por ajustes anteriores.

Así, la citada Resolución N° 007-2007-CD/OSIPTEL ha señalado, en el literal e) del acápite 3.1 de su parte considerativa, lo siguiente (subrayado agregado):

“e) Telefónica solicita se sirvan pronunciarse respecto de la posibilidad de realización de nuevas reducciones tarifarias anticipadas dentro del periodo de utilización de los créditos generados en el marco de anteriores solicitudes de ajuste.

El instructivo reconoce la existencia de un mecanismo de capitalización futura en la fórmula de reconocimiento del crédito. Debe indicarse que existe el riesgo de un uso sistemático de dicho mecanismo de uso del crédito y por lo tanto, generar costos en términos de bienestar para la sociedad como consecuencia de este uso sistemático (diferencias entre el costo de capital

para la empresa y para el usuario / información asimétrica). En dicho contexto el instructivo establece de manera expresa que no se deberán realizar reducciones anticipadas de tarifas mientras no se haya utilizado todo el crédito generado por una reducción anticipada anterior. La empresa puede realizar dichas reducciones, sin embargo no se reconocerán como ajustes tarifarios mientras no se haya utilizado todo el crédito generado por la reducción anticipada anterior. Por lo tanto, no existe materia a aclarar”.

En consecuencia, debe desestimarse la pretensión planteada por Telefónica en este extremo y ratificarse la decisión emitida mediante la Resolución de Presidencia N° 129-2007-PD/OSIPTEL, que rechazó la solicitud de reconocimiento de crédito adicional por la introducción de los nuevos planes al segundo.

3.3. Sobre el cálculo del ratio tope de la Canasta D

Respecto a esta pretensión de Telefónica, en el Informe N° 192-GPR/2007 que sustentó la Resolución de Presidencia N° 129-2007-CD/OSIPTEL, el OSIPTEL señaló las razones por las cuales decidió no calcular las variaciones generadas en el crédito acumulado por las altas nuevas:

- a) *Resulta inviable atender el pedido de Telefónica con la información disponible, pues la empresa no ha cumplido con incluir en su solicitud de ajuste tarifario la información de las variaciones en cantidades (altas nuevas) de todos y cada uno de los elementos tarifarios de la Canasta D, desde el mes en que se generó el crédito por reducción anticipada de tarifas.*
- b) *El proceso de aprobación de los criterios para la clasificación del uso comercial del servicio de telefonía fija prestado por Telefónica, aún se encuentra abierto.*

Luego de citar los referidos párrafos en su escrito de impugnación, Telefónica manifiesta:

“Encontramos positivo que el OSIPTEL reconozca la validez y pertinencia de las solicitudes realizadas por nuestra empresa al señalar que el tratamiento del crédito acumulado por la empresa será temporal y será actualizado en el siguiente ajuste trimestral cuando se cumplan las condiciones citadas precedentemente”.

Por tanto, resulta evidente que la recurrente esta de acuerdo en que el crédito acumulado será actualizado cuando se cuente con los datos precisos requeridos y se encuentren aprobados los criterios para la clasificación del uso comercial del servicio de telefonía fija prestado por Telefónica.

En consecuencia, no existe fundamento para la pretensión formulada por Telefónica referida a que en el presente procedimiento se rectifique el saldo existente con los ajustes generados por las variaciones de altas nuevas.

3.4. Sobre la solicitud para formular Informe Oral en el presente procedimiento

Sobre la solicitud de Telefónica contenida en el Segundo Otrosí de su escrito, para que se cite a dicha empresa para formular un Informe Oral respecto del recurso interpuesto, es de señalar que de conformidad con lo dispuesto por el numeral 1 del artículo 161° de la LPAG, los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.

El propósito de dicha Ley es que los procedimientos se resuelvan respetando el principio de celeridad a que se contrae el numeral 1.9 y el de eficacia a que se contrae el numeral 1.10 del Artículo IV del Título Preliminar de la LPAG.

A diferencia del proceso judicial (civil o contencioso-administrativo) en que hay un respeto irrestricto por las formas, en el procedimiento administrativo impera el principio de informalismo, no existiendo en este último una etapa denominada vista de la causa, en donde las partes puedan informar oralmente.

Asimismo, a diferencia del proceso judicial (civil o contencioso-administrativo) la inmediación ⁽⁷⁾ no es un requisito fundamental, de modo que no existe por ejemplo en el procedimiento administrativo, una norma que permita a la autoridad administrativa, como sí se lo permite el Código Procesal Civil al Juez, repetir audiencias, cuando se produce la sustitución del Juez.

Es evidente que la necesidad de conceder la posibilidad de informar oralmente a la vista de la causa, está íntimamente vinculada al principio de inmediación, puesto que el litigante informará ante el juez o a los miembros de la sala que resolverán la causa para que tengan presente lo señalado al momento de resolver. Esta necesidad no se presenta en el caso de los procedimientos administrativos en los que se atenúa o desaparece el principio de inmediación.

Es así que, en atención a las diferencias evidenciadas entre el procedimiento administrativo y el proceso civil, no es obligatorio citar a Telefónica a informar oralmente antes de resolver su recurso de reconsideración, más aún cuando no ha existido restricción alguna para que el administrado actúe los medios de defensa y presente los escritos que considere necesarios conforme lo autoriza la LPAG, y en atención a que no existe en el presente procedimiento recursivo una etapa como la que existe en el proceso civil o contencioso administrativo, en donde las partes podrán informar oralmente a la vista si así lo solicitan. Asimismo, en el presente caso se ha garantizado a la recurrente el ejercicio de un debido procedimiento administrativo.

Teniendo en cuenta lo señalado y la documentación obrante en el expediente, esta instancia considera que se debe desestimar dicha solicitud de informe oral.

Conforme a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente resolución, esta instancia considera que la Resolución de Presidencia N° 129-2007-PD/OSIPTEL, que estableció el ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I prestados por Telefónica, debe ser confirmada en su integridad; y en consecuencia, se debe declarar infundado el recurso impugnativo interpuesto por Telefónica.

En aplicación de las funciones previstas en el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, particularmente en el inciso j) de su artículo 86º, en caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, corresponde al Presidente del Consejo Directivo 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;

⁷ El Código Procesal Civil establece:

Artículo V.- Principios de Inmediación, Concentración, Economía y Celeridad Procesales

Las audiencias y la actuación de medios probatorios se realizan ante el Juez, siendo indelegables bajo sanción de nulidad. Se exceptúan las actuaciones procesales por comisión.

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el recurso de reconsideración presentado por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. contra el artículo 4° de la Resolución de Presidencia N° 129-2007-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.- Desestimar la solicitud de Telefónica del Perú S.A.A. contenida en el Segundo Otrosí de su escrito referido en el numeral (i) de VISTOS para formular un informe oral respecto del recurso interpuesto.

Artículo Tercero.- Disponer la notificación de la presente resolución a la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A., así como su publicación en el diario oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese;

GUILLERMO THORNBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo