

RESOLUCIÓN DE PRESIDENCIA N° 064 -2008-PD/OSIPTEL

Lima, 08 de mayo de 2008.

EXPEDIENTE :	N° 00001-2008-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 recurso administrativo contra la Resolución de Presidencia N° 030-2008-PD/OSIPTEL, interpuesto por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) mediante su escrito recibido el 25 de marzo de 2008, y;
- (ii) El Informe N° 229-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 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 Cláusula 9 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 septiembre 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 OSIPTEL 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 de Consejo Directivo N° 042-2007-CD/OSIPTEL.

El literal (a) de la Sección 9.02 de los contratos de concesión, señala que la fórmula de tarifas tope será usada por el OSIPTEL para establecer el límite máximo –tope- para la tarifa promedio ponderada para 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 para el período Marzo - Mayo 2008, mediante carta DR-236-C-024/CM-08 recibida el 31 de enero de 2008, corregida con carta DR-236-C-046/CM-08 recibida el 20 de febrero de 2008.

Mediante Resolución de Presidencia N° 030-2008-PD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 01 de marzo de 2008, se estableció el correspondiente ajuste trimestral de tarifas tope.

El 25 de marzo de 2008, dentro del plazo legal, Telefónica presentó recurso administrativo de reconsideración contra dicha Resolución N° 030-2008-PD/OSIPTEL.

II. PROCEDENCIA Y ALCANCES DEL RECURSO

Mediante el recurso administrativo referido en la sección de ANTECEDENTES –recurso de reconsideración–, Telefónica contradice la Resolución de Presidencia N° 030-2008-PD/OSIPTEL planteando específicamente 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”, “Plan al Segundo 1”, “Plan al Segundo 2”, “Plan al Segundo 3” y “Plan Plus al Segundo”.
- (ii) Solicita que se rectifique el saldo existente en el crédito acumulado en la Canasta D, por las variaciones de altas nuevas.

Asimismo, como parte de sus alegaciones –cuestionando específicamente las consideraciones expuestas por el OSIPTEL respecto a la aprobación de los ajustes de tarifas correspondientes a la Canasta E–, plantea una supuesta inconsistencia entre la flexibilidad que caracteriza al sistema de fórmula de tarifas tope y la facultad discrecional del OSIPTEL para aplicar requisitos y limitaciones en cuanto al reconocimiento y aplicación de créditos por adelantos de ajustes tarifarios.

En cuanto a la procedencia del recurso interpuesto, debe precisarse que conforme a los antecedentes previamente señalados, la Resolución N° 030-2008-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.

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° 030-2008-PD/OSIPTEL constituye efectivamente un acto administrativo. En consecuencia, resulta procedente su impugnación mediante recurso administrativo de reconsideración, conforme a las reglas señaladas en la LPAG.

III. ANÁLISIS

3.1. Sobre la facultad discrecional del OSIPTEL para aplicar requisitos y limitaciones en cuanto al reconocimiento y aplicación de créditos por adelanto de ajustes tarifarios

Respecto a este punto, Telefónica insiste una vez más en los mismos argumentos que ha esgrimido en anteriores procedimientos de ajuste tarifario, con los que pretende cuestionar la validez de las restricciones que aplica el OSIPTEL para el reconocimiento y la utilización de créditos porque, según la empresa, tales restricciones supuestamente estarían contraviniendo sus contratos de concesión en cuanto a la regla de flexibilidad tarifaria que caracteriza al régimen tarifario de *price caps*.

Al respecto, resulta necesario recordar a la recurrente que este organismo ya se ha pronunciado enfática y reiteradamente sobre la insostenibilidad jurídica de dichos cuestionamientos planteados por Telefónica, por lo que nuevamente se hace expresa remisión a los fundamentos señalados en el Acápite 3.2 de la parte considerativa de la Resolución N° 174-2007-PD/OSIPTEL ⁽³⁾, donde además se incluyen citas textuales del mismo Laudo Arbitral (emitido el 30 de abril de 2004 en el Expediente 537-124-2001) que Telefónica invoca para tratar de sostener sus cuestionamientos.

En efecto, este organismo ya ha demostrado que el pronunciamiento arbitral referido por Telefónica precisamente es congruente con lo señalado por el OSIPTEL respecto a su facultad discrecional para aplicar requisitos y limitaciones en cuanto al reconocimiento y aplicación de créditos por adelantos de ajustes tarifarios, tal como se

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.

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.

³ Resolución de fecha 07 de noviembre de 2007, mediante la cual se declaró Infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Telefónica contra la Resolución N° 129-2007-PD/OSIPTEL que aprobó el ajuste tarifario correspondiente al periodo septiembre-noviembre 2007.

evidencia claramente en el Acápito IV.5 de dicho Laudo (págs 169 a 177) en el cual se declaró igualmente Infundadas en todos sus extremos las pretensiones de Telefónica respecto a (i) que se declare que, en aplicación de sus contratos de concesión, la empresa tendría derecho a que el OSIPTEL le reconozca créditos por adelantos de ajustes tarifarios, y (ii) que se declare que las restricciones que aplica el OSIPTEL para la aplicación de créditos infringirían sus contratos de concesión, porque, según la empresa, con tales restricciones se estaría contradiciendo el propósito que orienta la regulación de *price caps* en la que se basa la fórmula de tarifas tope.

Así, cabe citar nuevamente el texto de dicho Laudo cuando, en una de sus principales conclusiones sobre las referidas pretensiones de Telefónica, expresa lo siguiente (subrayado agregado):

“(…) como quiera que el Tribunal Arbitral no puede desconocer la absoluta discrecionalidad del organismo regulador en este asunto ante el silencio de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, menos puede sostener, como pretende TELEFÓNICA en su demanda, que OSIPTEL haya renunciado a su derecho de establecer restricciones para el ejercicio de los “ajustes por adelantado” simplemente porque ha concedido esos ajustes.”

No obstante este pronunciamiento expreso contenido en el Laudo Arbitral –Laudo que Telefónica ha invocado para sustentar sus alegaciones en diferentes oportunidades y procedimientos regulatorios seguidos ante el OSIPTEL-, la recurrente reiteradamente viene insistiendo en su pretensión de que el reconocimiento y aplicación de créditos por adelantos de ajustes tarifarios constituiría un derecho de la empresa derivado de sus contratos de concesión y que la aplicación de limitaciones a tal derecho contravendría la flexibilidad tarifaria que le otorga el sistema de fórmula de tarifas tope establecido en dichos contratos.

A mayor abundamiento, se considera pertinente mencionar que Telefónica también pretendió sostener esta misma posición cuando el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) efectuó una consulta pública del proyecto de Lineamientos de Política que luego fue aprobado por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC. Por tanto, se hace remisión a los fundamentos y consideraciones con los que también el MTC rechazó las pretensiones de Telefónica sobre este asunto ⁽⁴⁾:

“Lo manifestado por Telefónica en relación con el esquema de reconocimiento de créditos por adelantos de reducciones tarifarias no es correcto. Como lo ha señalado repetidamente el regulador y además como se ha decidido en un laudo arbitral, los contratos de concesión no otorgan a Telefónica el derecho a un reconocimiento de créditos. Esta es una medida que puede – o no- adoptar el regulador, tal como lo ha venido haciendo desde 2001.

Por tanto, 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 encontrarán sujetos.

⁴ Texto transcrito de la página 11 de la Matriz de Comentarios de dichos Lineamientos de Política, publicada en la página web del Ministerio de Transportes y Comunicaciones:
<http://www.mtc.gob.pe/portal/comunicacion/politicas/normaslegales/LINEAMIENTOS%20MATRIZ.pdf>

Es correcto que la empresa tenga flexibilidad para establecer las tarifas de cada uno de los componentes de cada canasta de servicios bajo sus contratos de concesión. Dicha flexibilidad es otorgada por el régimen tarifario, al haber establecido tope por canasta y no por cada servicio incluido en la canasta. Es a esta flexibilidad a que se refiere el laudo arbitral emitido el 30 de abril de 2004 en el expediente 537-124-2001 (...). Sin embargo, ello no involucra el sistema de reconocimiento de créditos, que se constituye en una decisión discrecional del organismo regulador, el cual fija sus límites y requisitos.

La empresa no tiene la obligación contractual de reducir sus tarifas más allá del tope fijado por el régimen tarifario. Si lo hace es voluntariamente y, si desea un reconocimiento como crédito de esa reducción adicional, se sujeta a las limitaciones y requisitos establecidos por el regulador para dicho fin. Estas limitaciones pueden incluir la regla propuesta en el proyecto de lineamientos, es decir, para ser beneficiaria del reconocimiento del crédito, la empresa no puede suspender la comercialización de los planes tarifarios respecto de los cuales, voluntariamente, la empresa ha solicitado el reconocimiento del crédito.

Para evitar dicha restricción, lo único que la empresa tiene que hacer es no solicitar el reconocimiento como crédito de esa reducción adelantada de tarifas. La flexibilidad de la empresa, en este aspecto, se encuentra en su propia decisión.

Por las consideraciones antes expuestas, no resulta viable lo solicitado por la empresa.”

Por todo lo expuesto, debe quedar claro entonces que el OSIPTEL sí tiene la facultad discrecional de reconocer créditos por adelantos de ajustes tarifarios así como aplicar limitaciones o restricciones para el uso de dichos créditos.

Asimismo, debe quedar claro que el ejercicio de dicha facultad se efectúa dentro del marco señalado por el Instructivo de Tarifas y por los Lineamientos de Política emitidos por el MTC ⁽⁵⁾. Conforme a este marco, el OSIPTEL aplica las reglas previstas en el Instructivo de Tarifas, sin perjuicio de que, cuando lo considere pertinente, este organismo pueda aplicar determinadas excepciones para el reconocimiento y el uso de créditos por adelantos de reducciones tarifarias, con la finalidad de incentivar tales reducciones, en cuyo caso debe mantenerse consistencia con el contenido y objetivos esenciales de las reglas previamente establecidas.

Es de conformidad con dicho marco que el OSIPTEL ha adoptado recientemente dos decisiones, cuyos fundamentos vienen siendo cuestionados por Telefónica: (i) la denegatoria de la solicitud de Telefónica para que se le reconozca crédito adicional por la introducción de planes al segundo en la Canasta D, y (ii) la aceptación del rebalanceo de tarifas propuesto por Telefónica en la Canasta E.

⁵ El primer párrafo del inciso 10 del Artículo 4° de los Lineamientos de Política aprobados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, señala que:

“A fin de incentivar reducciones adelantadas de tarifas, dentro de regímenes tarifarios regulados, el OSIPTEL podrá permitir a la empresa concesionaria el uso de créditos por adelantos de reducción de tarifas. (...).”

3.1.1 Sobre la denegatoria de la solicitud de Telefónica para que se le reconozca crédito adicional por la introducción de planes al segundo en la Canasta D

En este caso, se trata de planes tarifarios al segundo que han sido introducidos en la Canasta D ⁽⁶⁾ en momentos en que Telefónica aún tenía saldo pendiente de crédito por reducciones tarifarias anteriores, por lo que la pretensión de la empresa era que el OSIPTEL le reconozca nuevo crédito adicional por la introducción de tales planes tarifarios.

Al respecto, el Instructivo de Tarifas ha previsto la siguiente regla en el segundo párrafo de su Sección II.6.2 (subrayado agregado):

“(...) 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.”

Por tanto, reconociendo la aplicabilidad de esta restricción, la misma empresa ha afirmado que *“en principio, no se podría reconocer las nuevas reducciones anticipadas de tarifas mientras la empresa concesionaria no haya utilizado todo el crédito existente”* ⁽⁷⁾.

No obstante, Telefónica planteó su solicitud para que se le reconozca nuevo crédito adicional por la introducción de los referidos planes tarifarios, invocando así la facultad discrecional de este organismo para aplicar excepciones en los casos en que lo considere pertinente.

Así, sobre la base de la evaluación efectuada en los Informes sustentatorios de las resoluciones que aprobaron los correspondientes Ajustes Tarifarios, este organismo manifestó expresamente que *“no considera pertinente el reconocimiento del crédito generado por la introducción de dichos planes al segundo”*.

Para tales efectos, el OSIPTEL evaluó debidamente los alcances del Artículo 4° de los Lineamientos de Política aprobados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC ⁽⁸⁾, habiendo expresado claramente la motivación y las razones de hecho y de derecho en que se ha fundamentado su decisión de no aceptar en este caso la referida solicitud de Telefónica:

⁶ Los planes tarifarios al segundo denominados “Plan Control al Segundo”, “Plan Prepago al Segundo” y “Plan al Segundo 2” fueron introducidos en el Ajuste Tarifario correspondiente al periodo Setiembre – Noviembre 2007 (Ajuste aprobado por Resolución N° 129-2007-PD/OSIPTEL).

Los planes tarifarios al segundo denominados “Plan al Segundo 1”, “Plan al Segundo 3” y “Plan Plus al Segundo” fueron introducidos en el Ajuste Tarifario correspondiente al periodo Diciembre 2007 – Febrero 2008 (Ajuste aprobado por Resolución N° 183-2007-PD/OSIPTEL).

⁷ Cita textual del último párrafo contenido en la pág. 3 del Escrito presentado por Telefónica el 22 de enero de 2008, mediante el cual interpuso recurso de reconsideración contra la Resolución N° 183-2007-PD/OSIPTEL que aprobó el Ajuste Tarifario correspondiente al trimestre Diciembre 2007-Febrero 2008 y denegó el reconocimiento del referido crédito adicional.

⁸ El segundo párrafo del inciso 10 del Artículo 4° de los Lineamientos de Política aprobados por Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, señala 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”.

“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”.”⁽⁹⁾

Ratificando estos fundamentos, en el Acápite 3.2 de la Resolución N° 022-2008-PD/OSIPTEL –que declaró Infundado el recurso de reconsideración de Telefónica contra la Resolución N° 183-2007-PD/OSIPTEL ⁽¹⁰⁾- el OSIPTEL enfatizó que las consideraciones de este organismo para determinar la no pertinencia de reconocimiento de crédito adicional por la introducción de nuevos planes, fueron desarrolladas de conformidad con el Principio de Razonabilidad y Proporcionalidad:

“(...) esencialmente porque, en el mismo sentido de lo señalado en el Informe N° 029-GPR/2006 que sustentó el Instructivo de Tarifas vigente, 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, lo cual determina que, a criterio del regulador, 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”.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que las solicitudes de Telefónica para el reconocimiento de nuevo crédito adicional por la introducción de los planes tarifarios al segundo denominados “Plan Control al Segundo”, “Plan Prepago al Segundo” y “Plan al Segundo 2” –introducidos en el Ajuste Tarifario correspondiente al periodo Setiembre – Noviembre 2007- y por la introducción de los planes tarifarios al segundo denominados “Plan al Segundo 1”, “Plan al Segundo 3” y “Plan Plus al Segundo” –introducidos en el Ajuste Tarifario correspondiente al periodo Diciembre 2007 – Febrero 2008-, ya han sido objeto de pronunciamiento por parte del OSIPTEL al momento de emitir las correspondientes resoluciones de ajuste trimestral que denegaron las referidas solicitudes de Telefónica (Resoluciones N° 129-2007-PD/OSIPTEL y N° 183-2007-PD/OSIPTEL, respectivamente), así como al momento de emitir las correspondientes resoluciones que declararon infundados los sendos recursos de reconsideración interpuestos por Telefónica (Resoluciones N° 174-2007-PD/OSIPTEL y N° 022-2008-PD/OSIPTEL, respectivamente).

Por tanto, las Resoluciones N° 174-2007-PD/OSIPTEL y N° 022-2008-PD/OSIPTEL emitidas en vía de reconsideración que, ratificando las Resoluciones N° 129-2007-PD/OSIPTEL y N° 183-2007-PD/OSIPTEL, respectivamente, denegaron las solicitudes de Telefónica para el reconocimiento de nuevo crédito adicional por la introducción de los referidos planes tarifarios al segundo, constituyen “cosa decidida”, pues se trata de actos que han agotado la vía administrativa y cuya nueva impugnación por parte de

⁹ Cita textual del Informe N° 192-GPR/2007 que sustentó la Resolución N° 129-2007-PD/OSIPTEL que aprobó el Ajuste tarifario correspondiente al periodo Setiembre – Noviembre 2007 y denegó el reconocimiento del referido crédito adicional.

¹⁰ Resolución que aprobó el Ajuste Tarifario correspondiente al trimestre Diciembre 2007-Febrero 2008 y denegó el reconocimiento del referido crédito adicional.

Telefónica, de ser el caso, sólo puede ser planteada ante el Poder Judicial, de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 218° de la LPAG:

“Artículo 218- Agotamiento de la vía administrativa

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa (...).”

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el Ajuste Tarifario aprobado por la Resolución N° 030-2008-PD/OSIPTEL –correspondiente al periodo trimestral Marzo-Mayo 2008- contra la cual Telefónica ha presentado el recurso de reconsideración de VISTOS, que es objeto del presente pronunciamiento, no comprende la introducción de los planes tarifarios a los que se refiere la empresa ⁽¹¹⁾ y, por ende, dicha resolución no podría comprender denegatoria alguna de nuevo crédito adicional, puesto que el eventual reconocimiento de dicho crédito sólo pudo haberse solicitado, como efectivamente lo hizo Telefónica, en los ajustes en los que se hacía efectiva la introducción de tales planes tarifarios en la Canasta D.

En consecuencia, además de haberse demostrado que sus argumentos son insostenibles jurídicamente, la pretensión planteada por Telefónica en este extremo resulta evidentemente improcedente en el presente procedimiento, no sólo porque sus referidas solicitudes de reconocimiento de nuevo crédito adicional ya fueron objeto de pronunciamientos del OSIPTEL que han agotado la vía administrativa, sino además porque en el presente Ajuste Trimestral correspondiente al periodo Marzo-Mayo 2008 no se ha introducido ninguno de los planes tarifarios respecto a los cuales la empresa plantea el reconocimiento de nuevo crédito adicional.

3.1.2 Sobre la aceptación del rebalanceo de tarifas propuesto por Telefónica en la Canasta E

En este caso, se trata que la empresa concesionaria ha propuesto un ajuste de las tarifas de la Canasta E –llamadas telefónicas de larga distancia (LD) nacional e internacional- planteando algunos incrementos en determinados elementos tarifarios ⁽¹²⁾.

La característica particular de este caso, que sí forma parte del Ajuste Tarifario correspondiente al periodo trimestral Marzo-Mayo 2008 objeto del presente procedimiento, es: (i) que dichos incrementos se han planteado en un escenario de ajuste en el que la empresa utiliza crédito anteriormente generado y, (ii) que tales incrementos implican que el ratio entre la tarifa anterior y la nueva tarifa propuesta para

¹¹ Tal como se indicó, los referidos planes tarifarios al segundo ya fueron introducidos en anteriores ajustes tarifarios. Este hecho además es reconocido por Telefónica en su Escrito del 25 de marzo de 2008, en cuya página 3 precisa que (subrayado agregado):

“(...) si bien es cierto dichos planes fueron introducidos en la Canasta D en el periodo septiembre 2007- febrero 2008, éstos sólo fueron incluidos por el regulador sin considerar los ahorros tarifarios respectivos (...)”.

¹² El Ajuste propuesto por Telefónica para la Canasta E, comprendía incrementos específicamente en elementos tarifarios del segmento de llamadas telefónicas de LD por Discado Directo, pero al mismo tiempo comprendía reducciones en elementos tarifarios del segmento de llamadas telefónicas de LD vía tarjetas de pago.

determinados elementos tarifarios, es superior a la inflación del periodo correspondiente al análisis.

Al respecto, tal como se indicó en el Informe N° 144-GPR/2008 –que sustentó la Resolución N° 030-2008-PD/OSIPTEL ahora impugnada- el Instructivo de Tarifas ha previsto la siguiente regla en el párrafo final de su Sección II.6.2 (subrayado agregado):

“En ningún caso, luego de considerar el reconocimiento del crédito generado por los adelantos aplicados por la empresa concesionaria, el Ratio Tope Propuesto ⁽¹³⁾ podrá ser igual o mayor al siguiente factor, calculado teniendo en cuenta lo señalado en el punto II.4:

$$\frac{IPC_{n-1}}{IPC_{n-2}}$$

Donde:

IPC_n = Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana a inicio del trimestre “n-1” y “n-2” que publica mensualmente el Instituto Nacional de Estadísticas e Informática (INEI).”

No obstante, frente a la solicitud planteada por la empresa, el OSIPTEL, ejerciendo su facultad discrecional para aplicar excepciones en los casos en que lo considere pertinente, ha efectuado la debida evaluación del ajuste tarifario propuesto, teniendo en cuenta la necesidad de mantener consistencia con el contenido y objetivos esenciales de las limitaciones previamente establecidas para el uso de créditos.

En tal sentido, en el Informe N° 144-GPR/2008 se determina la pertinencia de dicha excepción, la cual se ha sustentado en las siguientes consideraciones concurrentes: (i) que la magnitud de los incrementos propuestos son pequeños, (ii) que las reducciones tarifarias propuestas en la misma Canasta E generarán importantes ganancias en eficiencia, (iii) que el nivel de crédito restante en la Canasta E es mínimo y muy cercano a cero, (iv) que ninguno de los incrementos propuestos se dan en elementos tarifarios sobre los cuales se han efectuado las reducciones anticipadas, y (v) que además está en marcha el proceso de desregulación del segmento de servicios de larga distancia nacional e internacional desde abonado mediante el uso de tarjetas prepago.

Asimismo, el referido Informe precisa en sus consideraciones que ésta es la primera vez que se aplicaría dicha regla, luego de las últimas modificaciones al Instructivo de Tarifas, donde se definen las reglas vigentes que se aplican específicamente a los escenarios en los cuales la empresa cuenta con crédito por reducciones anticipadas de tarifas ⁽¹⁴⁾.

En tal sentido, se ratifican las consideraciones por las que el OSIPTEL ha determinado la pertinencia de aceptar excepcionalmente el ajuste de tarifas de la Canasta E

¹³ Conforme a lo expresamente establecido en el Glosario del Instructivo de Tarifas, se entiende por:

“RATIO TOPE PROPUESTO: El ratio tope propuesto para cada elemento tarifario resulta de dividir la tarifa propuesta (para el trimestre “n”) entre la tarifa establecida en el trimestre “n-1” o la tarifa de partida correspondiente.”

¹⁴ De esta forma, se rechaza la alegación de la empresa respecto a que en los Ajustes Tarifarios de setiembre 2005 y setiembre 2006 se habría permitido que las tarifas de determinados elementos tarifarios sean incrementadas por encima de la inflación del periodo, sin que el OSIPTEL hubiera expresado objeción alguna. Al respecto, un adecuado análisis de los dos Ajustes Tarifarios referidos por Telefónica permiten evidenciar que en ninguno de ambos casos se trataba de incrementos planteados en un escenario de ajuste en el que la empresa utiliza crédito anteriormente generado, por lo que, obviamente, en tales casos no habrían resultado aplicables las reglas previstas para el uso de créditos.

propuesto por Telefónica para el periodo Marzo-Mayo 2008, precisándose que tales consideraciones no se fundamentan de modo alguno en la supuesta aplicación del principio de flexibilidad que invoca Telefónica en su recurso, toda vez que, como ya se expuso en el Acápito 3.1 precedente, dicho criterio de flexibilidad no se aplica en los escenarios que involucran el reconocimiento y uso de créditos por adelantos de ajustes tarifarios, donde el OSIPTEL tiene amplias facultades discrecionales para aplicar requisitos y restricciones.

3.2. Sobre la rectificación del saldo existente en el crédito acumulado, por las variaciones de altas nuevas

Respecto a esta pretensión de Telefónica, en el Informe N° 144-GPR/2008 (págs. 7 y 8) –el cual sustentó la Resolución N° 030-2008-PD/OSIPTEL que ahora es objeto del recurso de reconsideración-, el OSIPTEL señaló las razones por las cuales decidió no calcular por ahora las variaciones generadas en el crédito acumulado por las altas nuevas:

“De otro lado, la empresa ha solicitado la incorporación de las variaciones en cantidades (altas nuevas) de los planes tarifarios cuyas rentas mensuales fueron reducidas a partir del primero de marzo, conforme al Ajuste Trimestral aprobado por la Resolución N° 009-2007-CD/OSIPTEL. Asimismo, también solicitó el reconocimiento de los cambios de clasificación de los clientes comerciales a residenciales por reclamos presentados por los clientes. Al respecto, debemos señalar lo siguiente:

1) *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. Este proceso es importante debido a que las reducciones tarifarias generadas en el ajuste de marzo 2007, incluyeron reducciones para determinados planes tarifarios solamente en su segmento residencial. Por esto, las modificaciones en los criterios de clasificación residencial/comercial podrían generar ajustes en los niveles de crédito acumulado por dicha reducción. Más aún, es importante que las altas nuevas sean clasificadas como residenciales o comerciales para el cálculo correcto de los ajustes en los niveles de crédito acumulado. Para esto último también es necesario aplicar los criterios de segmentación mencionados.*

2) *La empresa no ha reportado la información de las variaciones en los volúmenes de tráfico de todos los planes tarifarios de la Canasta D, generados como consecuencia de las altas nuevas registradas en cada mes desde que se generó el crédito.*

Sin embargo, se debe señalar que Telefónica ha enviado datos agregados de tráfico por plan tarifario que según señalan, ya incluyen el tráfico generado por las altas nuevas. Al respecto, debemos señalar que, se necesitan las variaciones en los volúmenes de tráfico de todos los planes tarifarios de la Canasta D, generados como consecuencia de las altas nuevas registradas en cada mes desde que se generó el crédito. La razón de contar con dicha información radica en que estas variaciones implican cambios en las ponderaciones de los elementos tarifarios, pues las variaciones en el tráfico observadas corresponden tanto a los efectos de las altas nuevas como al de las migraciones, y estas últimas no deben ser reconocidas en el ajuste por altas nuevas.

En consecuencia, este organismo no considera viable aún la incorporación de las variaciones en cantidades, toda vez que su contabilización está sujeta a lo señalado en los puntos 1) y 2) precedentes. Sin perjuicio de ello, el tratamiento del crédito acumulado por la empresa será temporal y será actualizado en el siguiente ajuste trimestral de tarifas, cuando se cumpla lo señalado en los puntos 1) y 2).”

El siguiente ejemplo muestra el efecto de lo explicado anteriormente sobre el tráfico por altas nuevas (las cifras indicadas en este ejemplo no son reales):

El Cuadro N° 1 muestra la forma en que Telefónica reporta actualmente los datos en la Canasta D.

Cuadro N° 1

Plan Tarifario	Indicador de Consumo	Datos de base	Altas nuevas	Ingresos	Participación
Plan 1	1 850	1 650	200	101 750	0.3094
Plan 2	1 800	1 700	100	85 263	0.2593
Plan 3	1 700	1 500	200	56 829	0.1728
Tráfico 1	500 000	500 000	0	35 000	0.1064
Tráfico 2	400 000	400 000	0	26 000	0.0791
Tráfico 3	300 000	300 000	0	24 000	0.073

Si bien la empresa reporta los datos por altas nuevas de líneas de forma desagregada, para el caso del tráfico lo hace de manera agregada (reporta de forma conjunta el tráfico de planta existente más tráfico de altas nuevas). Sin embargo, para el caso de los ajustes de tarifas, la planta existente equivale a la planta facturada, y ésta considera las líneas de abonados iniciales más las altas nuevas más las migraciones. De esta manera, la inclusión del tráfico por migraciones puede generar distorsiones en el cálculo de las participaciones de ingresos de cada elemento tarifario de la canasta D.

Es por este motivo que el OSIPTEL ha solicitado los datos como se muestra en el Cuadro N° 2 a continuación. Como se puede apreciar, las participaciones de ingresos varían en cada escenario. Esto se debe a que, para el caso mostrado en el Cuadro N° 1, el valor del Tráfico 1 considerado a la hora de generar las participaciones es 500,000 minutos, mientras que para el caso mostrado en el Cuadro N° 2 es de 470,600 minutos que resulta de sumar 450,000 más 20,600. El valor 450,000 es el tráfico inicial en el trimestre que se generó el crédito por reducciones anticipadas de tarifas. Los 20,600 minutos restantes son los generados por el tráfico de las altas nuevas, en este caso, por las 200 altas nuevas reportadas.

Cuadro N° 2

Plan Tarifario	Indicador de Consumo	Datos de partida	Altas Nuevas	Migración	Ingresos	Participación
Plan 1	1 850	1 650	200	150	101 750	0.315
Plan 2	1 800	1 700	100	100	85 263	0.264
Plan 3	1 700	1 500	200	50	56 829	0.1759
Tráfico 1	470 600	450 000	20 600	29 400	32 942	0.102
Tráfico 2	368 000	350 000	18 000	32 000	23 920	0.0741
Tráfico 3	279 000	250 000	29 000	21 000	22 320	0.0691

La diferencia de tráfico entre los 470,600 del Cuadro N° 2 y los 500,000 del Cuadro N° 1 están explicadas por el tráfico de las migraciones (que en el caso del ejemplo presentado sería de 29,400 minutos). Si un usuario migra del Plan 2 al Plan 1 al inicio de un ciclo de facturación, el volumen agregado del tráfico de dicho plan tarifario (Plan 1) al final de ese ciclo incluirá los minutos de tráfico realizados por la migración. De igual manera sucede con el Tráfico 2 y el Tráfico 3. Esto último reflejaría una sobreestimación en los tráficos considerados y, por lo tanto, en las participaciones de cada elemento tarifario de la Canasta D.

Como se ve, el efecto final de la inclusión del tráfico de las migraciones de líneas de abonados dentro del tráfico total de un plan tarifario es una alteración en las participaciones de cada elemento tarifario de la Canasta D. Es claro darse cuenta que, mientras las migraciones reportadas en el Cuadro N° 2 tiendan a cero, la situación será la misma que la reportada en el caso mostrado en el Cuadro N° 1. Es decir, que únicamente en el caso en que no exista migración alguna durante algún período de análisis para el correspondiente ajuste tarifario, la forma en que Telefónica viene reportando la información sobre número de líneas de abonado por plan tarifario y sus correspondientes volúmenes de tráfico será la correcta.

En consecuencia, el OSIPTEL considera necesario que Telefónica remita la información correspondiente al tráfico de cada plan tarifario de forma desagregada tal como se señala en el Cuadro N° 2, es decir, como tráfico de partida, tráfico de altas nuevas y tráfico de migraciones. Esto permitirá el cálculo adecuado de los factores de ponderación para cada elemento tarifario, así como facilitará las labores de fiscalización que se puedan desarrollar en el futuro.

Por otro lado, toda vez que en el ajuste correspondiente al periodo marzo – mayo de 2007 se utilizaron criterios de clasificación residencial/comercial con carácter provisional, no se ha considerado pertinente que la rectificación del saldo del crédito acumulado por altas nuevas se efectúe sin contar previamente con la información detallada necesaria que debe presentar Telefónica para tales efectos ni con los criterios de segmentación definitivos; por lo que se ratifica que el tratamiento del correspondiente crédito acumulado es temporal y tendrá que ser debidamente actualizado cuando se produzcan los presupuestos señalados.

Finalmente, cabe mencionar que Telefónica ya ha reconocido anteriormente la validez del pronunciamiento de este organismo sobre este extremo, habiendo manifestado expresamente lo siguiente: (Acápito III de su Escrito de fecha de recepción 21 de septiembre de 2007, mediante el cual impugnó la Resolución de Presidencia N° 129-2007-PD/OSIPTEL).

“Encontramos positivo que el OSIPTEL reconozca la validez y pertinencia de las solicitudes realizadas por nuestra empresa [sobre la incorporación de las altas nuevas y cambios de clasificación de clientes comerciales y residenciales] 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 lo expuesto en este Acápito, resulta pertinente desestimar las pretensiones planteadas por Telefónica en los referidos extremos de su recurso, ratificando los correspondientes fundamentos señalados en la resolución impugnada.

Conforme a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la presente resolución, esta instancia considera que la Resolución de Presidencia N° 030-2008-PD/OSIPTEL, que estableció el ajuste trimestral de tarifas de los servicios de categoría I prestados por Telefónica, para el periodo Marzo – Mayo 2008, 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, su Presidente está facultado para adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando cuenta de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima de dicho Consejo;

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° 030-2008-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 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