

2007 APR 11 PM 3:56

RECIBIDO

Sumilla : Presenta recurso especial  
contra Resolución N° 010-  
2007-CD/OSIPTEL  
Cuaderno : Principal  
Escrito : 1

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

**TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.** (en adelante, "TELEFÓNICA"), sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con Registro Único de Contribuyentes (RUC) 20100017491, con domicilio real en Avenida Arequipa 1155, Santa Beatriz - Lima, debidamente representada por el ingeniero Carlos Barreda Tamayo, identificado con DNI 09148304, según poder inscrito en la partida electrónica correspondiente a nuestra empresa (Anexo 1-A), ante Usted respetuosamente nos presentamos y decimos que:

Con fecha 19 de marzo de 2007 fuimos notificados con la Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL (en adelante, la "Resolución Impugnada")<sup>1</sup>, por medio de la cual el Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) resolvió lo siguiente: (i) establecer las tarifas tope máximas fijas para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (acceso digital asimétrico por línea telefónica) provistas por TELEFÓNICA; (ii) obligar a TELEFÓNICA a establecer la capacidad de red que permita que los usuarios que hagan uso del servicio en la hora de mayor carga, puedan transmitir y recibir datos a una velocidad promedio del 60% de la velocidad contratada, distribuida en forma equitativa y de manera no discriminatoria; (iii) obligar a TELEFÓNICA a comunicar a OSIPTEL y publicar: a) la ubicación de los puntos de presencia donde se concentren los flujos de información generados a través de los accesos ADSL, b) las series de números que identifiquen a las líneas telefónicas que estarán comprendidas en la cobertura prevista para cada departamento y para cada punto de presencia, así como la fecha de disponibilidad de

<sup>1</sup> Publicada en el Diario Oficial el Peruano el día 21 de marzo de 2007.

dichas series de números; (iv) obligar a TELEFÓNICA a presentar a OSIPTEL para su aprobación, el procedimiento que incluya los requisitos para la contratación de las prestaciones detalladas en el Artículo 1° de la presente resolución y los plazos para la provisión efectiva de dichas prestaciones.

De acuerdo con el artículo 11° de la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL<sup>2</sup>, contra la Resolución Impugnada procede interponer recurso especial ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, el cual se rige por las disposiciones establecidas por la de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

La Resolución Impugnada constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1° de LPAG<sup>3</sup>. Como consecuencia de ello, el procedimiento que lleva a OSIPTEL a determinar las tarifas tope máximas fijas para la transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (en adelante, el servicio de acceso ADSL) constituye un procedimiento administrativo, según lo expresamente señalado en el artículo 29 de la LPAG<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> **Resolución 127-2003-CD/OSIPTEL.- Procedimiento para la fijación o revisión de tarifas tope**

**Artículo 11o.- Recursos**

Frente a las Resoluciones que establezcan tarifas tope para una empresa en particular, derivadas tanto de procedimientos de fijación como de revisión, y frente a las resoluciones del mismo carácter que pongan fin al procedimiento desestimando la fijación o revisión; la empresa concesionaria involucrada o las organizaciones representativas de usuarios podrán interponer recurso especial ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, el cual se regirá por las disposiciones establecidas por la Ley de Procedimiento Administrativo General para el recurso de reconsideración.

<sup>3</sup> **LPAG**

**Artículo 1. - Concepto de acto administrativo**

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

1.2 No son actos administrativos:

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

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

<sup>4</sup> **LPAG**

**Artículo 29o.- Definición de procedimiento administrativo**

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

De acuerdo con el artículo 208 de la LPAG<sup>5</sup> y el Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUPA) de OSIPTEL<sup>6</sup>, por el presente escrito venimos a formular expreso **RECURSO ESPECIAL** contra los artículos Segundo y Tercero de la Resolución Impugnada en cuanto la tarifa establecida por OSIPTEL no reconoce todos los costos en los que incurre nuestra empresa y establece características distintas a las vigentes para el servicio de acceso ADSL que efectivamente presta TELEFÓNICA.

La Resolución Impugnada causa agravio a TELEFÓNICA en la medida que no toma en cuenta todos los costos en los que incurre nuestra empresa para brindar el servicio de acceso ADSL. Dicha resolución además modifica el diseño real de nuestra red de tal suerte que los costos de la misma son menores a los que realmente tiene que incurrir TELEFÓNICA para brindar el servicio ocasionándonos con ello un grave perjuicio que debe ser corregido por el Consejo Directivo.

Como es de conocimiento de los ilustres miembros del Consejo Directivo la libre iniciativa privada se encuentra perfectamente alineada con el rol subsidiario del Estado, lo que implica que antes que tomar una decisión que es en apariencia favorable al consumidor y promotora de la competencia, la Administración debe analizar todos los elementos de juicio y sopesar todas las consecuencias que tendrá su actuación a fin de encontrarse en capacidad de tomar una decisión. Nada garantiza que las decisiones que OSIPTEL se propone adoptar en nombre e interés de nuestros clientes sea la más adecuada a los intereses de éstos. El organismo regulador desconoce la función de utilidad de cada consumidor y no tiene forma de establecer las valoraciones subjetivas que pueden llevar a un consumidor a preferir el producto diseñado y desarrollado por OSIPTEL sobre nuestro producto. Como quiera que una

<sup>5</sup> LPAG

**Artículo 208o.- Recurso de reconsideración**

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

<sup>6</sup> TUPA de OSIPTEL

**Unidad Orgánica: Consejo Directivo**

**3. Procedimiento administrativo para fijación de precios regulados**

**Recurso de reconsideración:** Se interpone por escrito, dentro de los 15 días hábiles siguientes de notificada la resolución que se impugna, ante el mismo órgano que dictó el acto que es materia de la impugnación. No requiere sustentarse en nueva prueba.

falla del regulador es incluso más grave que una falla del mercado (porque la primera se producirá con carácter general para todos los usuarios), la mejor respuesta que puede proporcionarse para solucionar problemas de acceso es el perfeccionamiento de los sistemas a través de los cuales los consumidores reciben información y el incentivo a quienes como TELEFÓNICA apuestan por un desarrollo en infraestructura, y no la intervención directa del regulador, que vulnera el principio de subsidiariedad.

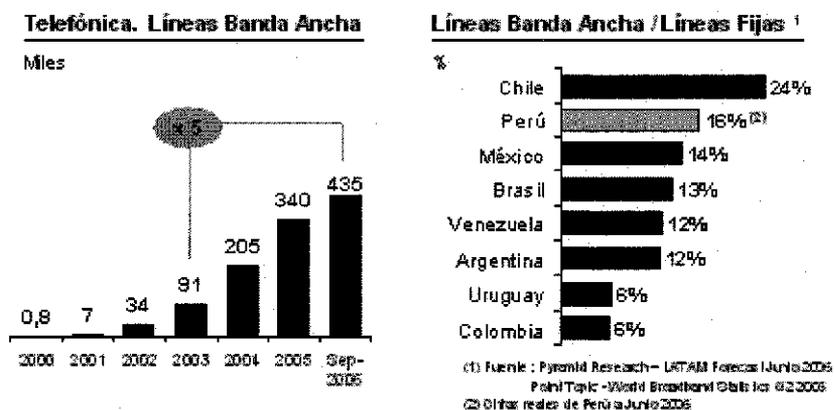
Más grave aun resulta el escenario en el que – como sucede con la Resolución Impugnada– el propio regulador es quien toma la atribución de definir la oferta, decidiendo cuál es la topología de los servicios que deben recibir los consumidores.

OSIPTEL parte del supuesto de que puede sustituir la decisión de la empresa operadora en beneficio de los consumidores de manera óptima. Sin embargo, ignora un presupuesto básico: toda valoración tiene un elemento subjetivo que no puede ser replicado por un modelo económico.

TELEFÓNICA considera además que la Resolución Impugnada no se justifica en las circunstancias actuales del importante desarrollo del mercado de acceso Internet.

El mercado de banda ancha viene registrando crecimientos importantes en el país y es de hecho uno de los principales motores de crecimiento del mercado de telecomunicaciones en Perú. Desde el 2003, las líneas de Banda Ancha se han multiplicado por cinco, como se muestra en el Cuadro 1. A septiembre de 2006, las conexiones de acceso ADSL de TELEFÓNICA alcanzaron las 435 mil y es altamente probable que para finales del presente año hayamos ya superado la barrera de las 450 mil conexiones de banda ancha.

**Cuadro 1**



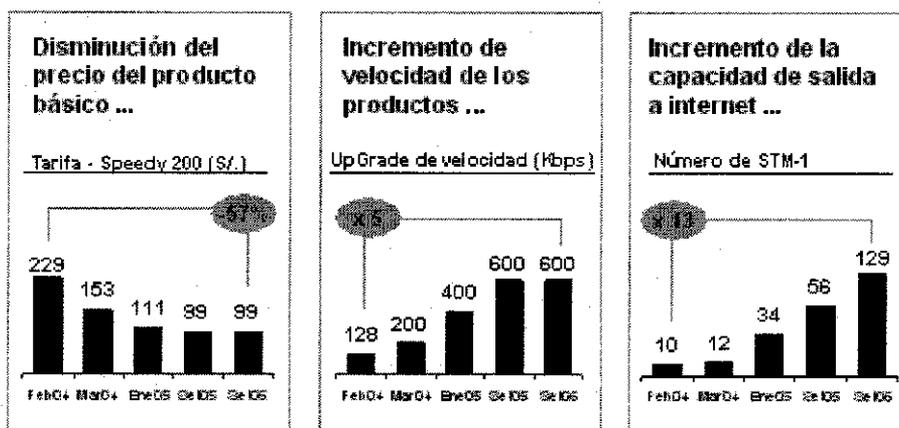
TELEFÓNICA considera que ésta es una excelente noticia para un país pobre como el nuestro y lo es, no sólo porque detrás de esos números se encuentran familias concretas que pueden acceder al Internet desde su hogar, sino porque las inversiones desplegadas por TELEFÓNICA, pero también por otros proveedores en el mercado, han soportado el desarrollo de un modelo de cabinas públicas que es referente a nivel mundial y que ha contribuido a maximizar el alcance real de amplias mayorías a la red de redes, al menos en zonas urbanas.

Es importante destacar que OSIPTEL ha acompañado este desarrollo con un esquema de mínima intervención regulatoria y de estabilidad de las reglas de juego que explica en gran medida el volumen de inversiones que se ha destinado desde el año 2001 para la instalación de líneas ADSL, mismo que supera los 500 millones de soles.

De este modo, es el entorno regulatorio y nuestro esfuerzo inversor los que han permitido que – medido por el número de líneas de banda ancha sobre líneas fijas – nuestro país ocupe el segundo lugar en América Latina, ratio superior incluso al que puede observarse en países como México, Brasil o Argentina, que han mostrado muy alto potencial para el despliegue de otros servicios y superan al Perú en penetración fija y móvil, pero que no pueden todavía sobrepasar los resultados obtenidos en el mercado peruano para el caso de acceso a través de banda ancha. Además, como se muestra en el cuadro de comparación internacional, no puede perderse de vista que

países como Colombia y Uruguay, en los que la gestión de las telecomunicaciones fijas ha estado en manos estatales y que también presentan perfiles muy interesantes en el crecimiento de otros servicios, no han sido capaces de desarrollar el servicio en las magnitudes que se ha alcanzado en nuestro país.

**Cuadro 2**



El crecimiento comentado líneas arriba, ha sido acompañado por un notable incremento del valor del producto para los usuarios, en el que – una vez más – la presión regulatoria ha sido innecesaria.

Como podemos notar de los cuadros mostrados, el precio del Speedy 200 (producto básico) ha caído desde S/. 229 en febrero 2004 a S/. 99 en septiembre 2006. Esto implica una disminución del precio pagado por los usuarios, en 57% en dos años.

Al tiempo en que los precios han venido cayendo aceleradamente, nuestra empresa ha realizado incrementos de velocidad en sus productos, que han llevado – sólo por citar un caso – que un cliente que contrató un Speedy 128 en Febrero 2004 pueda beneficiarse ahora de un Speedy 600 por el mismo precio.

Alcanzar estos resultados ha requerido un importante esfuerzo inversor para TELEFÓNICA. Nuestra empresa se ha visto en la necesidad inclusive de ampliar la capacidad de salida internacional a internet de 10 STM-1 en febrero de 2004 a 129 STM-1 en septiembre de 2006. Este comportamiento genera que el gasto por salida

internacional de Perú sea el doble que el de Chile y el triple que el de Sao Paulo el día de hoy.

Por otra parte, el enorme potencial que ha mostrado el mercado peruano de banda ancha puede ser aprovechado también por otros operadores, que – en fechas más o menos recientes – han anunciado su interés en lanzar y de hecho han lanzado servicios de acceso a internet alternativos a los servicios de TELEFÓNICA (empresas como Millicom, Star Global Com, Cable Express, Telmex, Americatel, Tele Cable Siglo 21, entre otras).

Es decir, en este esfuerzo han estado involucrados no sólo Terra y la Red Científica Peruana – empresas que comercializan servicios soportados en la infraestructura de TELEFÓNICA bajo el modelo de “Speedy Provider” – sino también operadores que han optado por desplegar infraestructuras propias, soportadas en redes de cable coaxial o en tecnologías inalámbricas de nueva generación (como el Wi-Max) y que, por tanto, no dependen del acceso ADSL provisto por TELEFÓNICA para proveer servicios a los clientes finales.

Finalmente, si esa relación de dependencia se diluye, como en efecto viene ocurriendo, se generan necesariamente dos consecuencias: (i) en primer lugar, el acceso mayorista ADSL deja de ser una facilidad esencial, con lo que la subsistencia de la regulación tarifaria deviene en injustificada; y (ii) una inadecuada regulación tarifaria – que presione agresivamente los precios a la baja sin ponderar debidamente la necesidad de expandir el servicio a localidades no cubiertas en la actualidad – puede tener efecto no sólo en los proyectos de inversión de TELEFÓNICA, sino también en los de sus competidores, con lo cual podría frustrarse el desarrollo de competencia basada en infraestructuras.

Estas inquietudes también han sido expresadas por otros participantes en el mercado peruano, como el caso de Telmex que mediante comunicación N° C.1274-DJR/2006, coincidiendo con TELEFÓNICA señaló lo siguiente con respecto al Proyecto de Resolución:

*«De una revisión de los precios y de la reducción propuesta, debemos advertir nuestra preocupación de que se genere*

*solamente un uso de infraestructura existente y que –bajo las condiciones propuestas– no se justifiquen la generación de nuevas inversiones: Vale decir, priorizar la tarifa sacrificando la expansión de los servicios.*

*Ponemos en su conocimiento nuestra inquietud en vista que de acuerdo a la propuesta normativa, las empresas que hicieran uso de la misma no requerirían de una gran infraestructura en un marco de menores exigencias financieras, presionando a la baja las tarifas, y siendo imposible generar los flujos adecuados para solventar nuevas inversiones.*

*Si es que el mecanismo idóneo para la rebaja de las tarifas es la competencia efectiva, no resulta clara la visión regulatoria de no generar incentivos para la generación de la infraestructura necesaria para dicha competencia.*

*Por otro lado, si observamos que la tendencia en el mercado de ADSL es al crecimiento, no entendemos cuál es la falta de mercado o distorsión que OSIPTEL pretende solucionar con ésta propuesta. Si bien es cierto que hay déficit de cobertura en el Perú, el modelo propuesto no ayudará ni coadyuvará al cierre de la brecha digital.*

*Resumiendo, nos encontramos ante una norma cuestionada y cuestionable, que se introduce en un mercado que viene alcanzando un importante grado de madurez y que ha logrado en poco tiempo exhibir uno de los más importantes crecimientos del mercado de Banda Ancha de la Región, todo ello en un marco de escasa regulación y sin que nada justifique la intervención de OSIPTEL.»*

Nuestro recurso se justifica en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

## **I. ANTECEDENTES**

Mediante Resolución N° 036-2000-CD/OSIPTEL, publicada en El Peruano el 1 de septiembre de 2000, se establecieron las tarifas máximas fijas aplicables a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL que brinda actualmente TELEFÓNICA. En la resolución aprobada, se establecieron puntos de presencia (PoP) donde los operadores podrían conectarse a la red ATM de TELEFÓNICA, asignándose un PoP a cada departamento y 11 PoPs a la ciudad de Lima.

Posteriormente, Telefónica mediante carta GGR-107-A-147-2004 de fecha 03 de marzo de 2004, solicitó que se diera inicio al procedimiento de revisión de las tarifas

tope vigentes (tarifas máximas fijas), proponiendo el establecimiento de nuevas tarifas, superiores a las vigentes.

De acuerdo con lo establecido en el inciso 2 del Artículo 7° del Procedimiento para la Fijación o Revisión de Tarifas Tope aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 127-2003-CD/OSIPTTEL (en adelante "Procedimiento"), corresponde a la Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTTEL revisar las solicitudes de fijación o revisión de tarifas tope que presenten las empresas concesionarias, y verificar el cumplimiento de los requisitos señalados en el inciso 1 de dicho artículo.

Mediante Resolución N° 192-2004-GG/OSIPTTEL de fecha 16 de abril de 2004, se rechazó la solicitud presentada por Telefónica.

A través de la Resolución del Consejo Directivo N° 022-2005-CD/OSIPTTEL de fecha 11 de abril de 2005, se resolvió dar inicio al procedimiento de oficio para la revisión de las tarifas máximas aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

El 11 de octubre de 2006, mediante Resolución N° 064-2006-CD/OSIPTTEL se dispuso la publicación en el Diario Oficial El Peruano del proyecto de resolución mediante el cual se establecerán las tarifas tope -máximas fijas- aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL provisto por TELEFÓNICA. El día 12 de diciembre de 2007 se realizó simultáneamente la Audiencia Pública Descentralizada en los departamentos de Lima, Lambayeque e Ica.

## II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

### 1. OSIPTTEL subestima los costos reales de la red de TELEFÓNICA para brindar el servicio de acceso a ADSL

#### 1.1. Capacidad de red

En principio OSIPTEL acepta nuestros comentarios en cuanto al establecimiento del 50% de velocidad mínima sostenible (*Sustained Cell Rate - SCR*) y la fórmula de cómo dimensiona la red para calcular nuestros costos. Sobre el particular cabe destacar el siguiente párrafo del Informe de OSIPTEL:

*«A diferencia de la propuesta publicada para comentarios, la versión final de la normativa propuesta no establece una velocidad mínima a ser brindada por el operador».*

Sin embargo, expresa a continuación lo siguiente:

*« (...) es preciso recalcar que la red se está dimensionando con una capacidad suficiente como para que el operador mejore y eleve los niveles mínimos garantizados que actualmente ofrece a su clientes, pues en la práctica se ha visto que su red ya viene ofreciendo velocidades cercanas al 60% de la velocidad contratada. Por tanto, habiéndose dimensionado la red para permitir dicha velocidad promedio en la hora de mayor carga, no encontramos motivo por el cual la empresa no pueda mejorar los niveles mínimos garantizados a sus clientes, en forma homogénea, durante la hora de mayor carga, teniendo en cuenta que las tarifas calculadas permiten una recuperación de los costos de red en los que la empresa incurre para dimensionar su infraestructura para la velocidad promedio del 60% de la velocidad nominal de la hora cargada».*

OSIPTEL, en su proyecto de Resolución, consideró que la capacidad mínima de transferencia que se debe poner a disposición del usuario debe permitir cursar todas las aplicaciones que por definición son posibles de cursar a través de un acceso de Banda Ancha, por ello consideró que la capacidad mínima que se debía asegurar debía ser el 50% de la velocidad mínima contratada en el acceso, en los momentos que la red se encuentre en su estado de mayor carga o congestión. Fuera de ese estado, la prestación brindaría mayores capacidades de transferencia a los usuarios, que a su vez serán ofrecidos a las empresas prestadoras de servicios que soliciten el acceso a los PoPs. OSIPTEL consideró para efectos de dimensionamiento un SCR de 50% y un factor de concurrencia de 10:1 ( $50\% \times 10\% = 5\%$ ).

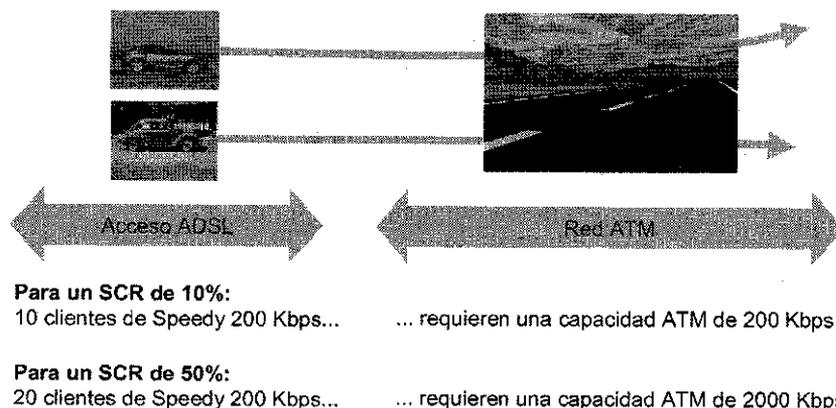
En nuestros comentarios al proyecto sustentamos que TELEFÓNICA presentó su modelo de costos sobre los principios de costos incrementales de largo plazo, basado en una red eficiente. Nuestro modelo se basa en la arquitectura real de la red de TELEFÓNICA y supone el establecimiento de un circuito virtual para cada cliente

ADSL del operador demandante desde el domicilio del cliente hasta el punto de interconexión ATM entre la red de TELEFÓNICA y la red ATM del operador demandante. Dentro de esta modalidad, el usuario puede solicitar a su operador una entre varias velocidades.

Como se ha mencionado anteriormente, el modelo de TELEFÓNICA incorpora un dimensionamiento de red para un servicio con una velocidad mínima garantizada SCR de 10%, lo cual supone que la red de transporte ATM se encuentra en capacidad de atender a cada cliente – en el momento de mayor congestión de la red – al menos con un 10% de la velocidad máxima contratada. Tanto en la Audiencia Pública celebrada el 12 de diciembre de 2006 como ante Consejo Directivo del día 18 de enero de 2006, mostramos un ejemplo elocuente de la inconsistencia de la Administración referida a este punto, explicando el modo en que efectivamente se dimensiona la red.

Con ayuda del Cuadro 3 adjunto, imaginemos que el acceso ADSL de cada cliente constituye una calle exclusiva de salida a una autopista – la red portadora ATM – que permite al cliente acceder a ciertos contenidos. De la misma manera que sería ineficiente que una autopista se construyera con un número de carriles igual al total de carros existentes en una localidad (puesto que ello generaría una gran capacidad instalada ociosa), una forma de generar ahorros en el dimensionamiento de la red que pueden luego ser trasladados a los clientes a través de menores tarifas (lo que es característico del mundo IP) es compartir los recursos de la red ATM. La compartición de recursos se pone de manifiesto a través del parámetro SCR.

**Cuadro 3**



Así, si se hubiera garantizado un SCR de 10% a 10 clientes que hubieran contratado el servicio Speedy con una velocidad máxima de 200 kbps (como ocurre en la actualidad), TELEFÓNICA debería habilitar por lo menos una capacidad equivalente a 200 Kbps en la red ATM que todos los clientes comparten. Si, en cambio, se hubiera garantizado un SCR de 50% - como propuso el proyecto de OSIPTEL - los mismos 10 clientes de 200 Kbps cada uno requerirían una capacidad de 1000 Kbps en la red ATM, es decir, 5 veces la capacidad inicialmente dimensionada por nuestra empresa. Por lo tanto, mayores niveles de SCR suponen mayores costos de provisión del servicio.

Nuestra empresa manifestó en sus comentarios al proyecto de la Administración que este procedimiento no sólo subestima los costos de la red, sino que resulta inconsistente con el artículo 2º del proyecto de Resolución, que obligaría a la empresa concesionaria - en caso de ser aprobado - a garantizar una velocidad mínima contratada de 50% (superior a la que se garantiza el día de hoy), con un dimensionamiento menor que el que nuestra red tiene en la actualidad. Así, sólo

podrían ocurrir dos cosas: (i) o TELEFÓNICA dimensiona su red tal cual propone el modelo de costos – con lo que no puede garantizarse el cumplimiento del parámetro SCR de 50%; o, (ii) TELEFÓNICA dimensiona su red sin considerar el factor de concurrencia para garantizar verdaderamente un SCR de 50%, pero se arriesga a no recuperar los costos correspondientes. La única forma de eliminar esta situación era corrigiendo el SCR (para ajustarlo al 10% con que se comercializa actualmente el servicio Speedy) y no multiplicar el valor de este parámetro por el factor de concurrencia, de modo que se asegure que efectivamente la red ATM cuenta con capacidad suficiente para atender las solicitudes de los clientes.

Los Contratos de Concesión de los que es titular nuestra empresa, reconocen y garantizan la más amplia libertad para diseñar su oferta comercial. En el marco regulatorio y contractual vigente, es la empresa concesionaria la que decide la introducción de un nuevo servicio portador y la que define sus características. OSIPTEL, por su parte, tiene la potestad – en el caso de los servicios de categoría II como el presente – de aprobar o no la propuesta tarifaria que le presente la empresa regulada, pero en modo alguno puede modificar las características del servicio porque ello supondría intervenir en el diseño de la oferta comercial en contravención del marco constitucional vigente.

Hay un elemento de juicio que resulta de la mayor importancia para comprender la magnitud del problema que la Resolución Impugnada –estamos seguros que de manera involuntaria- generaría de no ser modificada conforme a derecho. En efecto, las características del servicio portador mayorista fueron fijadas en el año 2000 por nuestra empresa considerando las características del servicio minorista de acceso ADSL "Speedy" que Telefónica se proponía comercializar, lo cual suponía – entre otros extremos – que el servicio se ofrecía con una garantía mínima de 10% de la velocidad contratada (o, para ponerlo en otros términos, con un SCR de 10%).

Como no podía ser de otra manera, OSIPTEL no objetó en dicho momento ni ha objetado nunca la posibilidad de ofrecer un servicio con un SCR de 10%, no sólo porque esa condición rige también en muchos otros países – como se evidencia en el Informe que sustenta la Resolución Impugnada, sino además porque – conviene reiterarlo una vez más – la definición de las características del producto se encuentra

en el ámbito de las decisiones que la empresa puede adoptar libremente. En el año 2000, OSIPTEL se concentró – conforme con sus facultades legales – en revisar la propuesta tarifaria y realizar las correcciones correspondientes.

Si se revisa con detenimiento la Resolución de Consejo Directivo N° 022-2005-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario oficial El Peruano el 24 de abril de 2005, se advierte con claridad que el procedimiento regulatorio a que dicha resolución dio inicio se encuentra específicamente encaminado a revisar las tarifas máximas fijas establecidas por OSIPTEL en el año 2000, pero no a la modificación de las características del servicio portador. Tal propósito, si acaso, no sólo excedería el ámbito de las facultades del organismo regulador, sino que resultaría por completo ajeno a los alcances de un procedimiento de fijación de tarifas.

El propósito de la resolución que dio inicio a este procedimiento es tan claro, que en el informe sustentatorio que le acompaña, la Gerencia de Políticas Regulatorias cuidó de señalar con claridad que no admite duda alguna que el servicio materia de revisión tarifaria era el servicio portador que TELEFÓNICA emplea como soporte para la prestación del "Servicio Speedy", mismo que se brinda con un parámetro SCR del 10% y que representa más del 98% de la base total de clientes minoristas de TELEFÓNICA. Según se señala en el Informe de OSIPTEL N°028-GPR/2005:

*«Desde el inicio de la prestación del acceso ADSL más ATM, **Telefónica lo ha venido utilizando como soporte para la prestación del acceso a Internet** que ofrece al público bajo la denominación comercial de "Servicio Speedy", el cual se brinda con un parámetro SCR del 10% que garantiza al usuario un caudal de transferencia de información del 10% de la velocidad contratada». (el énfasis es agregado).*

*«De acuerdo a lo reportado por la empresa, a diciembre de 2004 se ha registrado 185,915 suscriptores de su Servicio Speedy, de los cuales los suscriptores con calidad de SCR del 10% representan el 98% del total de suscriptores de ADSL».*

Si nos remitimos a la Resolución Impugnada, en el artículo 2° se indica que nuestra empresa deberá establecer la capacidad de red que permita a los usuarios hacer uso del servicio en la hora de mayor carga, entendida como aquella donde haya una concurrencia de 1 a 10. Para esto, es necesario dimensionar la red para el 60% de la

velocidad nominal del 10% de usuarios que son los concurrentes en dicha hora cargada ( $60\% \times 10\% = 6\%$ ).

Entendemos que la medición de la velocidad promedio se realizará cuando las condiciones de la red sean en hora cargada entendiendo como tal aquella en la que haya una concurrencia de 1 a 10 usuarios, tal como se señala en el numeral XI.4 del Informe N°008-GPR/2007 al establecer un factor de concurrencia de 10%.

En esa misma línea, consideramos necesario también precisar que no es requisito garantizar al usuario un SCR del 10% dado que queda a cargo de la operadora definir los parámetros de calidad convenientes en su oferta, tal como se señala en el primer párrafo de la página 65 del referido Informe:

*«(...) es independiente de las características con que el operador oferta esta prestación a los usuarios, es decir, el operador puede seguir ofreciendo productos con un nivel mínimo de velocidad garantizada.»*

Asimismo, como se ha suprimido el Anexo Técnico publicado en la propuesta de la Administración, entendemos que las condiciones relativas al parámetro SCR han sido eliminadas, según consta en la página 151 del referido Informe:

*«Sin perjuicio de ello, atendiendo a los comentarios recibidos respecto de la propuesta publicada, en la resolución final se ha considerado pertinente dejar de lado el establecimiento de los parámetros mínimos de calidad previstos en el Anexo Técnico de la propuesta publicada, considerando que la consecución de los objetivos regulatorios puede lograrse mediante el establecimiento de una capacidad de red que permita asegurar la presentación del servicio a los usuarios con un nivel de calidad adecuado.»*

Por otro lado, es importante mencionar que no hemos encontrado en la literatura técnica definición de la hora de mayor carga en estos tipos de redes de banda ancha. El dimensionado de las redes de banda ancha se ha basado, en la práctica, en las velocidades mínimas garantizadas definidas con el parámetro SCR. Es por ello, que solicitamos respetuosamente a OSIPTEL, nos remita los documentos utilizados para definir la hora cargada en las redes de banda ancha referida en la Resolución impugnada.

En el numeral XI.4 del Informe N° 008-GPR/2007, que sustenta la Resolución Impugnada, se indica que la fórmula de cálculo de TELEFÓNICA no responde a una determinación eficiente de la capacidad de la red, ello en la medida que no habría tomado en cuenta la naturaleza de la ocurrencia de los eventos de conexión de usuarios a la red ni las características del tráfico que son cursados por la red de transporte. Por el contrario la fórmula de cálculo de TELEFÓNICA considera que todos los usuarios se encuentran conectados y transmitiendo al mismo tiempo en forma ininterrumpida.

Es decir el Informe Osiptel no considera adecuado el método de dimensionado seguido por TELEFÓNICA basado en asegurar el SCR contratado (10%) y propone como método dimensionar la red para soportar un determinado porcentaje del ancho de banda nominal (60%) en una hora cargada que asume que tendrá una concentración de usuarios del 10%.

OSIPTEL en su informe hace referencia al anexo D del informe del DSL Forum "ATM Transport over ADSL Recommendation" TR-402 que pone un ejemplo de cual podría ser el orden de magnitud de solicitudes de establecimiento de circuitos virtuales conmutados (SVC's) en un switch ATM en una red ADSL típica con el fin de demostrar que el equipamiento ATM tiene capacidad para soportar esa carga de SVC's. En cualquier caso se trata de una problemática totalmente distinta de la que aquí se discute y los números utilizados por el ADSL Forum son simples numero orientativos que le sirven para hacer valoraciones sobre el problema que está analizando, pero en modo alguno constituye una recomendación sobre el dimensionado de las redes.

En consecuencia, el Regulador ha redimensionado la red de telecomunicaciones de TELEFÓNICA tomando en cuenta el momento de mayor carga; es decir, el período en el cual se genera una mayor concurrencia de usuarios que hacen uso efectivo de la red. De esta forma se incluye un factor denominado concurrencia que, a decir OSIPTEL, debe establecerse en un nivel de 60% de acuerdo con una norma de la industria para prestaciones de calidad. Por su parte el servicio de TELEFÓNICA ha sido diseñado para que todos los usuarios tengan un porcentaje de velocidad mínima garantizada siempre. En conclusión, según OSIPTEL su diseño del servicio es más eficiente que la propuesta realizada por TELEFÓNICA y de mejor calidad.

El método propuesto por TELEFÓNICA busca satisfacer las condiciones técnicas del servicio tal y como está definido con un SCR del 10%. Esto supone, que en cualquier circunstancia, independientemente del grado de concurrencia de los usuarios, el operador está obligado a proveer a todos y cada uno de los usuarios al menos un 10% de la velocidad nominal. La única forma de garantizar absolutamente (no estadísticamente) esta condición es dimensionando para un 10% de la velocidad nominal del 100% de los usuarios. Por supuesto, que en condiciones normales, incluso de hora cargada, lo habitual es que el grado de concurrencia de los usuarios no sea del 100% sino mucho menor, por ejemplo el 10%, por lo que normalmente incluso en hora cargada se obtendrán velocidades superiores al 10% de la velocidad nominal. Con la aproximación seguida por OSIPTEL podría ocurrir perfectamente que en determinados momentos de máxima concurrencia no se satisfaga la condición del SCR del 10%, por lo que en realidad se están alterando las condiciones del servicio como de hecho OSIPTEL asume al eliminar el anexo técnico.

En su día, la calidad del servicio se podría haber definido de otra forma, como ahora hace OSIPTEL, por ejemplo, en base a la concurrencia en la hora cargada y velocidad objetiva para los usuarios concurrentes pero se hizo en base al SCR a nuestro juicio por varias circunstancias muy justificadas:

- El SCR es el parámetro de calidad utilizado en los circuitos virtuales ATM y por tanto el equipamiento ATM está preparado para medirlo y controlarlo de forma objetiva sin mayor inconveniente.
- Dada la variabilidad de los patrones de uso asociados a los distintos servicios que van surgiendo en Internet, no existe una base lo suficiente sólida para definir el concepto de hora cargada en estas nuevas redes. Las recomendaciones de la ITU respecto de la definición de hora cargada en las redes tradicionales se soportaban en una experiencia de décadas en el comportamiento de uso de determinadas servicios. Definir el servicio en base al tráfico en hora cargada, genera por tanto dos problemas:

- No existe una definición clara y aceptada de qué se entiende por hora cargada.
- Su medición no es sencilla frente al carácter absolutamente objetivo y medible por todas las partes del parámetro SCR.

Consideramos respetuosamente que el tipo de razonamiento realizado por OSIPTEL en base a la máxima concurrencia y el ancho de banda para los usuarios concurrentes se utiliza pero para estimar el SCR objetivo. Una vez estimado el SCR objetivo, el servicio se define y se dimensiona la red con base en ese SCR como ha hecho TELEFÓNICA. En otras palabras, si OSIPTEL considera que la red tiene un grado máximo de concurrencia de 1:10 y un ancho de banda por usuario conectado del 60% del nominal, debería haber definido un SCR del 6% (lo que por cierto supone alterar las condiciones del servicio en discusión que tenía un SCR del 10%). Dejarlo en base a la velocidad experimentada por el usuario (concepto difícil de medir dado que está sometida a muchos factores más allá del ancho de banda proporcionado por el CV de ATM) en la hora cargada (concepto indeterminado) lo único que genera no es una mayor eficiencia en la utilización de los diferentes recursos de red sino una fuente de problemas con los abonados y los demás operadores.

Por ello, creemos que es importante mantener el servicio con un SCR del 10% y recalcular los valores de costo para ese dimensionado al 10% como propuso Telefónica o en su defecto redefinir el servicio con un SCR del 6% manteniendo los valores calculados.

Sin perjuicio de que más adelante analizaremos si OSIPTEL tiene o no competencia para modificar el perfil técnico de los servicios cuyas tarifas se presentan a su aprobación, pasaremos a mostrar las ventajas y desventajas de los dos diseños a que se ha hecho referencia.

## **i) Red diseñada por TELEFÓNICA**

TELEFÓNICA ha diseñado una red de transmisión de datos con acceso digital ADSL y transporte ATM, con la finalidad de garantizar a todos sus usuarios la calidad que la tecnología ATM se pueden establecer. TELEFÓNICA considera – contrariamente a lo señalado por OSIPTEL– que dicho diseño responde a criterios de eficiencia. A continuación detallamos sus características:

- 1.- La tecnología ATM permite establecer parámetros de calidad a través de los parámetros de velocidad sostenible mínima SCR (10% en modelo de TELEFÓNICA) que permitan garantizar calidades aún en los escenarios en que todos los usuarios se encuentren conectados y en uso efectivo del servicio de acceso ADSL.
- 2.- Garantizar calidades mínimas tiene la ventaja de que no se sobre vendan servicios donde no se tiene capacidad adicional para incorporar nuevos usuarios, tal como se describe en el procedimiento que detallamos a continuación.
  - Se establece el circuito virtual en las diversas secciones de la Red: MODEM - DSLAM, DSLAM – ATM, ATM – Operador.
  - Los Switch ATM tienen habilitada la función CAC ( Conexión Admisión Control). Esta función proporciona un control por interfaz sobre la capacidad acumulada que se está provisionando.
  - Esta función aplicada a la conexión al Operador advierte sobre la provisión de más clientes si la suma de los SCR excede el Ancho de banda del Interfaz (E3 o STM-1 según el caso).
  - De esta manera si se respecta el límite, hay una garantía real de disponer de capacidades mínimas para cada cliente.
  - Estas configuraciones no impiden que los clientes configurados que estén haciendo uso del servicio, puedan utilizar un ancho de banda mayor, según la disponibilidad hasta la velocidad máxima contratada.

- Lo que se garantiza es un mínimo cuando todos están haciendo uso del servicio.

3.- Otra ventaja técnica del diseño de la red ATM de TELEFÓNICA, es que asegura que los usuarios conectados tengan permanentemente la disponibilidad del servicio de acceso ADSL y de esta forma puedan gozar de los servicios de la banda ancha sin posibilidad de desconexión. Esto en la medida que el diseño permite un compromiso individual con cada cliente, dado que la experiencia del cliente con el servicio va a depender del uso del servicio que hagan los demás clientes.

## ii) Red diseñada por OSIPTEL

Como veremos a continuación, la red diseñada por OSIPTEL adolece de los defectos de eficiencia señalados como justificación para descartar el diseño de red de TELEFÓNICA. A continuación destacamos los principales inconvenientes que hemos detectado en su diseño:

- 1.- Reduce la capacidad en la Red de Transporte al 60% de su capacidad actual, lo que impacta directamente y en la misma proporción en la velocidad del servicio que perciben actualmente los clientes.
- 2.- No se asegura velocidad mínima garantizada para todos los usuarios. Sólo uno de cada diez usuarios tienen una velocidad promedio.
- 3.- No permite establecer un compromiso individual con cada cliente puesto que la experiencia del cliente con el servicio va a depender de la concurrencia de clientes, es decir va a depender del uso del servicio que hagan los demás clientes.
- 5.- El diseño desarrollado por OSIPTEL incentiva una mayor cantidad de reclamos por niveles de calidad.

- 6.- Al no poder individualizar un compromiso con el cliente, se dificulta la gestión del servicio de acceso a ADSL al depender la calidad del servicio del nivel de uso de los demás abonados, lo que dificulta en gran medida la gestión del servicio para el operador y constituye una fuente de conflicto entre TELEFÓNICA y sus clientes.
- 7.- Modifica las ofertas actuales y contratos suscritos. En la medida que se tendría que eliminar el actual SCR de 10% que se encuentra estipulado en el diseño de nuestros diferentes servicios soportados en la red ATM, en la medida que las tarifas del año 2000 se diseñaron teniendo en cuenta estas características, por ejemplo, para los servicios IPVPN y Speedy.
- 8.- Por otro lado, el modelo de OSIPTEL no toma en cuenta que los servicios que funcionan por eventos con variables de tiempo o contenido (bytes) tienen un modelamiento distinto a los servicios planos, que no tienen restricciones de esta naturaleza, lo cual influye de modo diferente en el dimensionado de las redes que proveen estos tipos de servicios. De acuerdo con ello, estas modalidades de servicios no tienen un desempeño óptimo en un modelo estático como el ofrecido por OSIPTEL pues no considera que los parámetros de desempeño de los abonados que usan un servicio como el de acceso a ADSL cambia permanentemente tanto como su curva de aprendizaje, lo que se agrava con la introducción permanente de nuevas aplicaciones multimedia cada vez en aumento por la incorporación de aplicaciones de voz y video sobre Internet, así como aplicaciones P2P ("peer to peer"). Estos hechos determinan que las necesidades de ancho de banda a lo largo del tiempo irá en aumento por la incorporación de aplicaciones de voz y video sobre Internet, consideraciones que no han sido tenidas en cuenta por el Regulador al desarrollar su modelo. En este sentido, el concepto de velocidad mínima garantizada o SCR es un criterio más eficiente y objetivo que la velocidad promedio utilizado por OSIPTEL.

De acuerdo con lo señalado concluimos que el proceso iniciado para la revisión de tarifas del "servicio de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL" ha devenido en un procedimiento en el que OSIPTEL ha diseñado y tarifado un producto distinto al que TELEFÓNICA viene comercializando en la

actualidad. Como veremos a continuación esta actuación del Regulador es irregular y por lo tanto debe ser corregida por el ilustre Consejo Directivo.

## 1.2. Obligaciones de conectividad

Respecto de las obligaciones de conectividad, a los comentarios de TELEFÓNICA al Proyecto según la matriz adjunta al Informe que sustenta la Resolución Impugnada, OSIPTEL responde lo siguiente:

*«(...) los costos que implican conectarse a un único PoP en lugar de los 4 sugeridos para Lima, ya han sido tomados en cuenta en los cálculos del modelo, por lo que el modelo ya reconoce los costos por conectarse a un PoP únicamente. En tal sentido TELEFONICA debe tener lista su red para que el operador solicitante pueda conectarse a cualquiera de los PoPs de la ciudad de Lima y a través de él, tener acceso a toda la cobertura de los 4 PoPs existentes en Lima».*

Sin embargo, OSIPTEL no toma en cuenta que la conexión a un solo PoP de los cuatro ubicados en Lima podría generar algunos inconvenientes que no han sido tomados en cuenta. Por ejemplo, en una situación en que todos los concesionarios se conectaran al PoP de Monterrico sería imposible diversificar el riesgo de una caída del sistema, ello traería como consecuencia la realización de inversiones adicionales en recursos de respaldo, los cuales no han sido previstos en el modelo original de TELEFÓNICA y de la lectura de los documentos que respaldan la decisión del Regulador, tampoco han sido tomados en cuenta en el modelo de OSIPTEL.

En la propuesta presentada por nuestra empresa, el diseño de la red contemplaba cuatro puntos de presencia (PoPs) en el departamento de Lima, específicamente en San Isidro, Washington, Miraflores y Monterrico, considerando que para acceder a la totalidad de los usuarios ubicados en dichas áreas de influencia es necesario conectarse a los cuatro puntos de presencia señalados.

Nuestro planteamiento se basó en las siguientes consideraciones:

- Los 4 POPs atenderán los departamentos de Lima, Ica, Abancay, Ayacucho, Huancavelica, Junín, Cerro de Pasco, Huanuco, Ucayali, y la provincia constitucional del Callao.
- La concentración en uno de ellos del tráfico de una cobertura geográfica tan grande constituye un riesgo para cualquier operador y no necesariamente tiene un beneficio económico.

La Resolución Impugnada considera un punto de presencia en Lima y dos puntos de presencia en provincias. Si bien el modelo presenta cuatro puntos de presencia en Lima como puntos posibles de conexión de empresas prestadoras de servicios, ello no debe implicar la necesidad de que éstas tengan que conectarse a todos estos puntos de presencia para tener mayor cobertura. Afirma que bastaría conectarse con sólo un punto de presencia en Lima para tener cobertura en todas sus áreas de influencia, manteniéndose los puntos en provincias.

Además, OSIPTEL señala que no es necesario que las empresas prestadoras de servicio tengan que conectarse a todos estos puntos de presencia para tener mayor cobertura, sino que bastaría conectarse con solo un punto de presencia en la ciudad de Lima para tener cobertura en toda su área de presencia, manteniéndose los puntos de presencia en La Libertad y Arequipa en su cobertura correspondiente.

No obstante, debemos precisar que existen dificultades operativas por el cambio unilateral de la arquitectura y prestación del servicio para poner en práctica este planteamiento; por ejemplo, las condiciones bajo las cuales un operador podrá exigir la alteración del punto de entrega de sus líneas, los plazos para efectuar la solicitud y cuál sería la tarifa para dicha modificación.

En ese sentido, la Resolución Impugnada deja vacíos en su implementación porque no se ha definido cómo formalizar el proceso de fijación y modificación de POPs, ni se ha evaluado los mayores costos afrontados por nuestra empresa referidos a esos cambios, las mismas que deberán precisarse de inmediato a fin de evitar disputas innecesarias en el mercado.

Si bien OSIPTEL ya ha tenido en cuenta en el modelo el impacto en el dimensionado de los equipos de conmutación y de transmisión, el hecho de cualquiera de los POP's de Lima debería ser capaz de soportar toda la demanda, no se han considerado las dificultades operativas de ponerlo en práctica. Por ejemplo, esto es, bajo que condiciones un operador podría exigir la alteración del punto de entrega de sus líneas: plazos para hacer la solicitud y para cumplimentarla, tarifa por la modificación, etc.

Por lo señalado, debería por tanto eliminarse en este momento esta obligación o bien definir con precisión como formalizar el proceso de fijación y modificación de PoP's por parte de un operador y evaluar el coste asociado a las trabajos requeridos para realizar modificaciones, estableciendo una tarifa asociada a los cambios.

Finalmente, Osiptel señala en la respuesta a los comentarios de Telefónica recogidos en la matriz de comentarios que cualquier cambio de PoP posterior que sea requerido por el operador solicitante, debe ser atendido utilizando los procedimientos con que cuenta la empresa para atender las solicitudes iniciales. Entendemos que en esos procedimientos iniciales se refieren no sólo a los plazos sino también a las tarifas asociadas al alta y que por tanto cualquier modificación de los PoP's reclamada por un operador, conllevará que se le cobre en el nuevo PoP's las altas correspondientes a cada circuito virtual y cada tarjeta de interfaz migrada, puntos que sería necesario precisar en la resolución del presente recurso.

### **1.3. Tarifas tope: Tarifas de instalación**

Consideramos respetuosamente que lo afirmado por OSIPTEL en el Informe que sustenta la Resolución Impugnada no es exacto, por cuanto TELEFÓNICA el día 6 de diciembre de 2006 mediante carta N° DR-236-C-122/CM-06, solicitó una explicación de cómo es que se había calculado la tarifa por instalación para poder elaborar sus comentarios al cálculo realizado por la Administración, el mismo que no se explicaba de manera precisa en el código mathematica del modelo modificado por OSIPTEL.

El día 11 de diciembre presentamos nuestros comentarios al proyecto tarifario dentro del plazo establecido, como era lógico no pudimos hacer referencia a la tarifa mencionada ya que OSIPTEL respondió a nuestras inquietudes recién el día 16 de

enero de 2007, mediante carta N° C.025-GG.GPR/2007. Para la Audiencia Pública realizada el 12 de diciembre de 2006, Telefónica no contaba todavía con la respuesta de OSIPTEL a dicha consulta. Después de 41 días de haber solicitado a OSIPTEL el detalle y explicación del cálculo, el 16 de enero de 2006, Telefónica finalmente recibió dicho detalle a través de la carta C.025-GG.GPR/2007.

Luego de la respuesta de OSIPTEL es que TELEFÓNICA se encontraba en la capacidad de emitir comentarios completos sobre el particular, los mismos que fueron alcanzados al Regulador los días 25 y 28 de enero de 2007, a través de las cartas N° DR-236-C-026 y N° 028/CM-07, adjuntando adicionalmente sobre el particular los comentarios de nuestra consultora internacional Telefónica I+D. Mal se puede decir entonces que enviamos una información tardía, pues como hemos advertido ello obedeció a que no nos encontrábamos en la capacidad de enviar comentarios sobre aquella información que no se encontraba debidamente detallada; tal es así que el propio OSIPTEL se tomó cinco semanas en absolver nuestro requerimiento.

Telefónica no incluyó en su modelo una propuesta para la tarifa de instalación porque mantuvo la tarifa de instalación vigente. Sin embargo, OSIPTEL en su proyecto de Resolución publicó una tarifa equivalente a US\$ 12,25 (inc. IGV).

Con la información recibida en dicha fecha, el 25 de enero de 2007 Telefónica con cartas DR-236-C-26/CM-06 y DR-236-C-28/CM-06, remitió a OSIPTEL sus comentarios al detalle de cálculo de la tarifa de instalación presentada por OSIPTEL y envía su propuesta de tarifa equivalente a US\$ 17,17 (sin IGV). La propuesta de Telefónica fue la siguiente:

**Cuadro 4**

<b>Actividades - Tarifa de instalación servicio GigADSL</b>	
	<b>S/. sin IGV</b>
<b>(1) Lado MDF: Tendido puentes en distribuidor gral. para altas ADSL</b>	<b>11,90</b>
(1.a) Mano de obra	8,42
(1.b) Materiales	3,48
<b>(2) Spliter en MDF (\$5 por unidad)</b>	<b>15,99</b>
<b>(3) Constitución de circuito virtual</b>	<b>19,76</b>
S/. 5 por tramo, son 4 tramos	
<b>(4) Costo de asignación y registro</b>	<b>7,23</b>
(4.a) Provisión y gestión	2,48
(4.b) Gestión mayorista	3,87
(4.c) Coordinación con el otro operador	0,88
<b>Total S/. sin IGV</b>	<b>54,88</b>
Tipo de cambio al 31/12/06	3,197
<b>Total US\$. sin IGV</b>	<b>17,17</b>

En la Resolución final, OSIPTEL cambió la asignación de costos fijos y variables respecto a lo publicado en el Proyecto (costos de 50% para el tramo variable y 50% para el tramo fijo). De este modo, estableció una tarifa de instalación el equivalente a US\$ 8,12 (inc. IGV).

Al respecto, debemos señalar que los gastos del alta por línea tienen que ver con los trabajos realizados en el momento de activar el circuito y no están relacionados con la inversión de largo plazo del equipamiento por lo que la aproximación de extraer una parte de la inversión para el pago inicial no atiende en este caso el principio de casualidad y sería más adecuado hacer un cálculo del coste de esos trabajos de activación.

En relación al concepto de alta de una puerta de interconexión por operador, sí responde a la lógica tarifaria vigente ligar al alta una parte de la inversión. En este caso, es posible que TELEFÓNICA adquiriera la tarjeta de interconexión (o la obtenga de un reducido stock) sólo en el momento de ser solicitada por otro operador y también es probable que si el operador interconectado se da de baja, la tarjeta puede

quedar ociosa durante un amplio período de tiempo antes de ser reasignada a otra interconexión.

Puede haber una inversión incremental significativa ligada al proceso de alta de un operador específico por lo que tiene lógica relacionar parte de la inversión al proceso de alta. En este caso, por lo tanto, sí coincidimos con la aproximación seguida por OSIPTEL de distraer una parte de la inversión para ligarla al alta. Coincidiendo, en este caso, en el planteamiento general, cabe revisar la lógica particular para llevarla a la práctica, esto es, determinar la distribución de la inversión entre las mensualidades y el alta. Reconociendo que es una cuestión abierta y discutible, nos parece que las restricciones implícitas en las ecuaciones planteadas por OSIPTEL no hacen un esfuerzo suficiente por identificar relaciones de causalidad. Sería más razonable haber planteado un modelo orientado a la identificación de esa inversión específica por operador (o reducido grupo de operadores) y haberla imputado en gran medida al alta.

Finalmente, respecto de la referencia de que no se habría enviado información de sustento, consideramos que esta afirmación tampoco es exacta, puesto que en el informe de I+D que alcanzamos en su oportunidad se detalla claramente que existen gastos directamente ligados al alta del servicio que el modelo de OSIPTEL no ha considerado, dichos gastos se encuentran señalados claramente en nuestros comentarios: i) acuerdo comercial, ii) asignación de recursos de red, iii) corrida del puente en el MDF y, iv) configuración lógica del servicio en equipos de red.

Nuestra empresa entiende que la información que hemos proporcionado en la fase de comentarios es holgadamente suficiente para juzgar si cualitativamente los actividades y procesos identificados procede incluirlos o no en la tarifa de instalación. Si el concepto existe, el modelo debe recogerlo dado que en caso contrario no se estaría permitiendo a TELEFÓNICA recuperar sus costes. Por otro lado, si Osiptel considera que los valores cuantitativos presentados no están suficientemente justificados puede solicitar a TELEFÓNICA un mayor detalle o una explicación de la metodología empleada en otras ocasiones para realizar sus propias estimaciones, pero desde el momento en que se reconozca que la actividad existe, se debe realizar una estimación de cual es su valor eficiente a fin de permitir a la empresa recuperar sus costes.

## 1.4. Utilización de extensores de línea

A los comentarios de las empresas según la matriz adjunta, OSIPTEL responde que:

*«DSL Forum agrupa a empresas de la industria que participan en el desarrollo, aplicación y evolución de las tecnologías, donde se recogen experiencias que son datos tomados sobre una planta en servicio y total operatividad. Por el contrario, TdP no presenta información que sustente el uso de extensores de línea, ni información técnica sustentatoria para poder realizar una evaluación diferente a la de ADSL Forum. Por ello, mantiene su propuesta de usar extensores de línea sólo a las líneas de mayor velocidad: iguales o mayores a 2 Mbps que excedan la longitud de 2,5 Km.»*

Como ya señaláramos en su oportunidad, la propuesta realizada por TELEFÓNICA se basa en la experiencia real de nuestra planta. Por el contrario el diseño de la propuesta de OSIPTEL se sostiene principalmente en los estudios del DSL Forum que es un escenario que por su propia naturaleza tiende a realizar estimaciones optimistas sobre las capacidades de las tecnologías xDSL.

La experiencia real de nuestra planta y de nuestra realidad indica que el factor distancia se ve alterado sustancialmente por las condiciones medioambientales en las que opera. En ese sentido, no resulta definitiva una medición sin precisar que la exposición de la planta a las condiciones ambientales altera las mediciones que se pudieran obtener en ambientes controlados o de laboratorio.

Por ello, consideramos que la estimación realizada por OSIPTEL es excesivamente optimista respecto de la capacidad de ADSL para distancia largas y no se ha adjuntado material alguno que evidencia que las conclusiones optimistas a las que arriba DSL Forum sean aplicables a las red de TELEFÓNICA.

## 1.5. Cálculo del WACC

### - ¿Es diversificable el riesgo país?

La defensa de la hipótesis de que el riesgo país es una variable diversificable proviene de una afirmación central hecha por OSIPTEL en el Informe:

*«... Damodaran señala que mientras que los inversionistas globales están jugando un papel mas importante en el precio de las acciones en el mundo, el resultante aumento de la correlación entre mercados ha resultado en que una porción del riesgo país es diversificable (...).»*

La afirmación que plantea OSIPTEL respecto de lo expresado por Damodaran es incompleta y lleva a una conclusión incorrecta, pues antes de hacer dicha afirmación Damodaran señala claramente que «si bien las barreras entre mercados han caído, los inversionistas aun tienen un sesgo domestico en sus portafolios y los mercados siguen siendo parcialmente segmentados».<sup>7</sup>

Antes de analizar el sesgo doméstico, y los mercados segmentados Damodaran se plantea que primero se debe investigar quien es el inversionista marginal en un determinado mercado para determinar que capacidad de diversificación posee.

Damodaran define al inversionista marginal, como aquel con mayor probabilidad de estar negociando acciones en el mercado de renta variable. Cualquier acción de un país emergente puede ser negociada por inversionistas globales que tienen la oportunidad de diversificar el riesgo país en su portafolio. Sin embargo también puede suceder que dicha acción sea negociada por inversionistas locales con restricciones de diversificación en su portafolio. El inversionista marginal en el mercado peruano es por ende el inversionista doméstico, donde como ya hemos resaltado las AFPs son los inversionistas más representativos. Las AFPs tienen portafolios con 44.1% (al 16 de Marzo de 2007) de componente de renta variable, de las cuales su inversión en acciones extranjeras era de 11% y con una restricción importante de diversificación como lo establece la legislación (límite de inversión en el exterior de 13.5%). Este tipo

<sup>7</sup> Investment Valuation, Damodaran.

de inversionistas determina lo importante de tener un portafolio adecuadamente diversificado. De otro lado Damodaran se apoya en Stulz para definir al mercado segmentado, un mercado en el que un inversionista no puede o se ve limitado de participar en mercados de fuera. Es este tipo de mercado en el que el riesgo país es difícilmente diversificable, y es el que tipifica al mercado peruano.

Finalmente OSIPTEL menciona que el análisis de Telefónica se desvirtúa cuando se establecen las limitaciones que poseen los inversionistas locales. Todo lo contrario. Este es el argumento de fuerza de Damodaran para establecer la existencia de un inversionista marginal sin capacidad de diversificar el riesgo país en sus inversiones y de la existencia de mercados "segmentados" donde se hace difícil diversificar dicho riesgo. Lo que Damodaran afirma es que para que la diversificación proceda es necesario pero no suficiente que el inversionista marginal sea global. El mercado de EEUU evidentemente proporciona esta posibilidad pero no el mercado peruano. Pretender que ambos mercados ofrezcan igualdad de posibilidades de diversificación del riesgo país es obviar las claras diferencias entre ambos mercados.

### **- ¿Qué medida de riesgo país se debe considerar ?**

Consideramos que la variable Spread EMBI + Perú, calculada por JP Morgan, si bien es una variable ampliamente utilizada en el cálculo del riesgo país, no es la mejor medida para la estimación de dicha variable en el horizonte de evaluación del WACC. Osipitel menciona que Telefónica confunde el concepto de madurez con el de vencimiento lo cual es errado. No se ha confundido dichos conceptos, de acuerdo con la literatura financiera duración es un indicador que se utiliza en la valoración de bonos de dos maneras: para determinar el plazo promedio del bono y para determinar la sensibilidad del bono. En el primer caso el valor de la duración (expresada en años) indica el plazo por vencer promedio del papel. Es promedio porque los bonos tienen flujos de pago con vencimientos distintos, en cuyo caso la duración arrojará los años (o días) por vencer que en promedio presenta el bono en mención. Es así como Telefónica lo utiliza. Se calcula la duración del bono Global 15 cuya duración es similar a la del bono del Tesoro Americano (7 años vs. 8 años) lo cual los hace comparables en el horizonte de evaluación del WACC.

## - ¿Es razonable utilizar un parámetro lambda en la ecuación de costo de patrimonio?

Respecto de la metodología que plantea OSIPTEL para estimar un lambda que mide la porción del riesgo país no diversificable debemos mencionar que no hemos encontrado literatura financiera vasta que discuta la metodología planteada más allá de la propuesta por Sabal. Más aún, esta no es una metodología típicamente utilizada por instituciones financieras en sus metodologías de valorización.

También respecto de la metodología es preciso mencionar que a diferencia de lo planteado por OSIPTEL, Damodaran estima que se debe hacer el cálculo total del riesgo país sin diversificación aún a pesar de la incidencia de mayores inversionistas globales y la caída de barreras entre mercados pues existen sesgos locales en la determinación de precios en las acciones y existen mercados segmentado que impiden dicha diversificación. El cálculo de riesgo país expresado por Damodaran se basa en el cálculo del "default spread" pero ajustado por las desviaciones relativas de los mercados de "acciones" y de "renta fija". Ello es necesario ya que el "default spread" sólo mide el riesgo de impago en el mercado de deuda pero no el riesgo de mercado accionario. Por tanto el utilizar el "default spread" como medida de cálculo subvalúa la prima de riesgo país a considerarse.

Por otro lado y como mencionáramos, la metodología utilizada por OSIPTEL asume que todas las empresas operantes en un mercado tienen la misma capacidad de diversificar el riesgo. Damodaran insiste que no todas las empresas operantes en un mercado tienen dicha capacidad. Una empresa minera que vende la mayor parte de su producción en el mercado global tiene definitivamente menos exposición al riesgo país que una empresa de servicios que opera íntegramente en el mercado local. En ese sentido es incorrecto asumir que todas las empresas están expuestas al mismo riesgo país. Para ello Damodaran utiliza un factor de exposición al riesgo país. Más aún propone que incluso al momento de valorar empresas como Coca Cola o Nestlé que participan en países no desarrollados se debe estimar esta exposición al riesgo país. Esta exposición varía de 0-1. Esto a pesar que Coca Cola o Nestlé son empresas que pertenecen a portafolios globales donde la diversificación es posible.

## - ¿Es razonable la estimación del costo de la deuda de TELEFÓNICA?

OSIPTEL considera la encuesta de tasas matriz por categoría de riesgo para obtener el costo de financiamiento de telefónica del Perú. Mantenemos nuestra posición respecto a que no es la mejor forma de obtener el costo de financiamiento de una empresa. Como se ha expresado anteriormente, lo cual es además aceptado por OSIPTEL, la encuesta presenta problemas en el rango usado en la estimación de las tasas lo cual se puede apreciar al asignar una misma tasa a un bono de 5 años y de 10 años y contradice la teoría financiera, además el tamaño de la muestra es limitado, como se puede apreciar en el siguiente cuadro el número de participantes de la misma fue únicamente 8 (y estuvo entre 8-10 participantes en promedio en el año 2004) y finalmente la desactualización de la misma (únicamente hasta agosto del 2005) argumento suficiente para no usarla en la estimación del coste de financiamiento.

**Cuadro 5**

Encuesta de Matriz de Tasas de Interés por Madurez y Categoría de Riesgo >>>

Ingrese Fecha de consulta: 03 / 04 / 2007 Consultar

ENCUESTA DE MATRIZ DE TASAS DE INTERÉS POR MADUREZ Y CATEGORÍA DE RIESGO EN USD																		
Fecha: 11/08/2005																		
Nro. Encuesta: 109																		
Numero de Participantes: 8																		
Plazo	GOBIERNO			AAA			AA			A			BBB			CCC		
	Min	Max	Promo	Min	Max	Promo	Min	Max	Promo	Min	Max	Promo	Min	Max	Promo	Min	Max	Promo
0 a 180 días	3.50	4.00	3.68	3.50	4.30	3.95	4.00	4.75	4.42	4.50	5.40	4.90	4.75	10.70	6.99	10.00	20.20	16.30
180 a 360 días	3.75	4.25	3.92	3.75	4.60	4.22	4.50	4.95	4.69	4.75	7.10	5.77	5.00	13.10	8.53	15.00	22.60	18.15
1 a 2 años	4.30	4.80	4.53	4.50	5.50	4.82	4.75	5.60	5.22	5.00	6.80	6.02	5.25	12.70	8.86	16.00	22.20	18.55
2 a 5 años	4.80	6.50	5.74	5.00	6.70	6.00	5.80	7.20	6.52	6.73	8.70	7.69	8.00	12.75	10.69	18.00	24.25	20.56
5 a 10 años	6.30	7.50	6.94	6.50	7.50	7.08	7.30	8.50	7.93	8.50	12.00	10.01	9.00	16.10	13.03	20.00	28.10	23.28
más de 10 años	7.40	10.00	8.48	7.60	10.00	9.03	8.40	10.50	9.85	10.03	14.00	12.13	11.50	21.30	16.60	20.00	37.55	28.85

La encuesta de cartera referencial se aplica quincenalmente a la mayoría de las empresas participantes del mercado de capitales nacional. Busca proveer información relevante que sirva como insumo para la valorización y negociación secundaria de instrumentos de renta fija. Los participantes completan cuatro tablas. La primera, comprende a las tasas de descuento de 100 instrumentos de renta fija representativos del mercado en dólares, soles y soles VAC. En las tres restantes, se llenan las tasas de descuento limpias por categoría de riesgo según vencimiento para instrumentos en dólares, en soles VAC y en soles para los Certificados de Depósito del BCRP. La tabla presentada comprende a las tasas de interés (de descuento) por plazo y por categoría de riesgo en USD. Actualmente, participan Bancos, AFPs, Compañías de Seguros, Fondos Mutuos, Bancos de Inversión y otros agentes participantes del mercado de renta fija.

Por el contrario el cálculo que utiliza Telefónica es en base a los rendimientos de bonos globales, que son líquidos, datos reales, diarios y concretos para el cálculo del costo de financiamiento lo que refleja de manera real la curva de tasas, de acuerdo con la categoría de riesgo de la empresa, hecho que está sustentado en la teoría financiera.

## **¿Es razonable la estimación de la estructura de la deuda Telefónica del Perú S.A.A.?**

La razón por qué se utiliza datos contables y no de mercado es porque no se han encontrado argumentos suficientes que sustenten el cálculo del valor de mercado de la deuda y del patrimonio. El valor de mercado de la deuda es difícil de calcular debido a que son en su mayoría bonos y papeles comerciales de baja transacción en el mercado de capitales. Al mantener los inversionistas dichos papeles en sus portafolios hasta el vencimiento de los mismos, de manera que se dificulta la estimación del valor de mercado de la misma.

Por su parte, reflejar el valor de mercado patrimonial mediante la cotización de la acción de Telefónica, es también inexacto debido a la poca liquidez de la acción. Este hecho se ve reflejado en que el porcentaje de acciones negociadas en el año 2004 fue de 1.7%, en el año 2005 fue de 0.4% y en el año 2006 0.5 %, lo que imposibilita realizar el cálculo o inferir el valor patrimonial de un porcentaje no significativo de acciones negociadas. Consideramos que lo más razonable en este caso es usar el valor contable como medida de estimación del valor patrimonial.

En relación con el WACC y los demás puntos desarrollados en el presente escrito, solicitamos a OSIPTEL tener en especial consideración los comentarios contenidos en el documento "Comentarios a la Resolución sobre prestaciones de transmisión de datos mediante CV ATM con acceso ADSL" elaborado por Telefónica Investigación y Desarrollo, que adjuntamos como Anexo 2-A.

## **2. OSIPTEL carece de competencia para modificar las características del servicio de acceso ADSL de TELEFÓNICA**

Como se ha evidenciado a lo largo del presente recurso, OSIPTEL ha modificado el servicio que TELEFÓNICA presentara en su oportunidad para su aprobación.

TELEFÓNICA de acuerdo con lo establecido por el Contrato de Concesión y a la regulación sectorial remitió su modelo de costos para la revisión de las tarifas de su

servicio acceso ADSL, servicio que estaba diseñado bajo determinadas características, las mismas que eran de conocimiento de OSIPTEL pues éste servicio se viene comercializando desde el año 2000. Es sobre la base de el servicio de acceso ADSL que TELEFÓNICA realizó el correspondiente estudio de costos y su consiguiente propuesta.

Sin embargo, en la Resolución Impugnada OSIPTEL ha propuesto unas tarifas para un producto que no es coincidente con el presentado por nuestra empresa y resulta totalmente desconocido para nosotros. Este proceder de OSIPTEL es contrario a la normativa vigente en la medida que de acuerdo con la regulación sectorial el regulador carece de facultades para actuar de esta forma, arrogandose de esta manera una facultad exclusiva de los operadores como prestadoras del servicio y de conformidad con los derechos adquiridos mediante sus correspondientes Contratos de Concesión.

Con la aprobación de la Resolución Impugnada OSIPTEL ha modificado unilateralmente las características del servicio cuyas tarifas se han propuesto, dado que estaría determinando que el servicio de acceso ADSL tenga un SCR diferente al 10% como había sido diseñado por TELEFÓNICA. Este hecho contradice abiertamente los derechos que tiene nuestra empresa tanto en sus Contratos de Concesión como en la normativa vigente para desarrollar sus negocios de la forma que considere más conveniente, tal como lo desarrollamos a continuación.

Consideramos que lo establecido en la Resolución Impugnada transgrede abiertamente las competencias de OSIPTEL con respecto a la concesión para la prestación del servicio de telefonía fija local otorgada a TELEFÓNICA, por las razones que expondremos a continuación.

La Ley de Desmonopolización Progresiva, Ley N° 26285, mediante la cual se dispuso la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios portadores de larga distancia, otorgó carácter de Contrato-ley a los acuerdos celebrados entre el Estado Peruano y TELEFÓNICA para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones. A su vez, su artículo 5° estipuló que la supervisión del adecuado cumplimiento de los servicios ofrecidos por

las empresas se encontraría a cargo de OSIPTEL<sup>8</sup>, entidad que tendría entre sus principales objetivos, según lo dispuso el artículo 7º de la norma en mención, los siguientes:

- a) Propiciar el crecimiento de la inversión privada en el servicio público de telecomunicaciones.
- b) Mantener y promover la competencia eficaz y equitativa.
- c) Promover la calidad y eficiencia de los servicios públicos brindados a los usuarios.

Entre las funciones que el artículo 8º de la norma citada asignó al regulador<sup>9</sup>, figuran:

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

---

<sup>8</sup> **Ley 26285.- Dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia**

**Artículo 5o.-** La supervisión del adecuado cumplimiento de los servicios públicos ofrecidos por las empresas, estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones -- OSIPTEL.

<sup>9</sup> **Ley 26285.- Dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia**

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

- a) Fijar los sistemas de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, creando condiciones tarifarias que sean compatibles con la existencia de competencia.
- b) Supervisar la calidad del servicio y la ejecución de los contratos de concesión, imponiendo las sanciones y/o medidas correctivas que determinen las normas legales del sector.
- c) Dar resoluciones regulatorias dentro de los marcos establecidos por las normas del sector y los respectivos contratos de concesión.
- d) Conocer administrativamente las reclamaciones de los concesionarios y de los usuarios, así como los conflictos que pudieran surgir entre las empresas prestadoras del servicio.
- e) Actuar como institución organizadora de los arbitrajes que se instauran para resolver las controversias de las empresas prestadoras de servicios entre sí, cuando este tipo de arbitraje haya sido pactado en los respectivos contratos de concesión.
- f) Establecer la relación de árbitros independientes a los que se someterán las empresas concesionarias y el estado para resolver las discrepancias sobre el contrato de concesión, cuando el arbitraje para estos casos se encuentre pactado en dicho contrato.
- g) Las relacionadas con la interconexión de servicios en sus aspectos técnicos y económicos.

- b) Supervisar la calidad del servicio y la ejecución de los contratos de concesión, imponiendo las sanciones y/o medidas correctivas que determinan las normas legales del sector.
- c) Dictar resoluciones regulatorias dentro de los marcos establecidos por las normas del sector y los respectivos contratos de concesión.
- d) Conocer administrativamente las reclamaciones de los concesionarios y de los usuarios, así como los conflictos que pudieran surgir entre las empresas prestadoras del servicio.
- e) Las relacionadas con la interconexión de servicios en sus aspectos técnicos y económicos.

Además, el artículo 2º de la norma comentada<sup>10</sup> estableció que los Contratos de Concesión para la prestación de servicios públicos celebrados en virtud de dicha norma, deberían contener las siguientes estipulaciones:

- a) Plazo de duración de la concesión.
- b) Plazo máximo y servicios comprendidos en el periodo de concurrencia limitada.
- c) Plan mínimo de expansión del servicio.
- d) Area de cobertura del servicio.

---

<sup>10</sup> **Ley 26285.- Dispone la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia**

**Artículo 2o.-** Los contratos de concesiones de servicios públicos que se otorguen en cumplimiento de esta Ley deberán contener, entre otras, las siguientes estipulaciones:

- a) Plazo de duración de la concesión.
- b) Plazo máximo y servicios comprendidos en el período de concurrencia limitada.
- c) Plan mínimo de expansión del servicio
- d) Área de cobertura del servicio
- e) Mecanismos tarifarios.
- f) Causas de término de la concesión.

e) Mecanismos tarifarios.

En ejecución de lo prescrito en la Ley N° 26285, el Estado Peruano (representado por el entonces Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción) celebró Contratos de Concesión con las empresas ENTEL PERÚ S.A. y Compañía Peruana de Teléfonos S.A., para la prestación de servicios portadores y telefónicos locales y de larga distancia nacional e internacional, con la primera; y, para la prestación de servicio portador y telefónico local en las ciudades de Lima y Callao, con la segunda. Dichos instrumentos fueron aprobados mediante Decreto Supremo N° 011-94-TCC, del 13 de mayo de 1994. Posteriormente, mediante Resolución Ministerial N° 283-95-MTC/15.17, de 5 de julio de 1995, se reconoció a TELEFÓNICA, como titular de los derechos de concesión otorgados a las ex CPT y ENTEL.

Los Contratos de Concesión celebrados entre el Estado Peruano y las empresas CPT y ENTEL, de los que actualmente es titular TELEFÓNICA, regulan en su Cláusula Novena el régimen tarifario. Su sección 9.01, se ocupa de los servicios regulados, los cuales se clasifican en servicios de categoría I y de categoría II. La categoría I incluye los servicios referidos al establecimiento de una nueva conexión de servicio de telefonía fija local, la prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada mensualmente, las llamadas telefónicas locales, las llamadas telefónicas de larga distancia nacional; y, las llamadas internacionales. El numeral b de la sección 9.01 que comentamos, estableció que los servicios de la categoría I, se encontrarían sujetos a regulación de tarifas tope de rebalanceo, las fórmulas de tarifas tope y la regulación de tarifas mayores, que son objeto de desarrollo en la sección 9.02. de los contratos. Esta sección establece el régimen de Fórmula de Tarifas Tope, y la aplicación del denominado Factor de Productividad, cuya aplicación tiene lugar a partir del mes de septiembre del año 2001.

Entonces, la intervención estatal en materia tarifaria en el caso específico del contrato de concesión celebrado entre el Estado Peruano y TELEFÓNICA, se limita al establecimiento de precios tope para un conjunto de servicios o canasta de servicio, quedando la individualización de dichos precios o tarifas, en manos de la empresa concesionaria. Lo señalado ha sido corroborado por un laudo arbitral de derecho dictado con ocasión del proceso arbitral por medio del cual TELEFÓNICA cuestionó la

actuación del OSIPTEL, al intentar ajustar, de manera directa, los precios de ciertos planes tarifarios. Dicha decisión, que por mandato del inciso 1) del artículo 139º de la Constitución tiene calidad de cosa juzgada, estableció lo siguiente:

*«(...) En efecto, bajo un esquema de fórmulas de tarifas tope (también llamado price caps), corresponde que la empresa sujeta a regulación tarifaria establezca libremente las tarifas aplicables a cada uno de los servicios que comercializa en el mercado. Sobre este particular, cabe destacar que el mismo OSIPTEL ha reconocido en diversas oportunidades, que la esencia del sistema de tarifas tope consiste en su flexibilidad, la que resulta evidenciada cuando se tiene en cuenta que los topes tarifarios se establecen por canastas y no para cada servicio en particular. Así, este sistema de flexibilidad permite a la empresa concesionaria la introducción de nuevos servicios, proponer nuevos esquemas tarifarios, reducir o incrementar precios y, en general, adoptar cualquier decisión de comercialización siempre y cuando asegure que la tarifa promedio ponderada por canasta no resulte superior a la tarifa tope correspondiente al trimestre corriente.»*

Cabe recordar, para efectos de nuestro análisis, lo prescrito en el segundo párrafo del artículo 62º de la Constitución:

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

El Contrato-ley constituye un importante mecanismo de incentivo y seguridad para los inversionistas que contratan con el Estado, a quienes les permite planificar sus actividades económicas según las condiciones pactadas en el contrato, con la certeza que se mantendrán inalterables a pesar de lo que prescriban las leyes o normas futuras. Así, los Contratos celebrados entre el MTC, en representación del Estado Peruano, y las empresas ENTEL y CPT, de los que actualmente es titular TELEFÓNICA, gozan de dicha calidad, por lo que sus cláusulas y estipulaciones no

pueden ser objeto de afectación o modificación unilateral alguna, por parte de la ley o disposiciones gubernamentales.

El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado al respecto, precisamente al sentenciar el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley N° 26285, oportunidad en la que señaló lo siguiente:

*«(...) este Tribunal precisa que no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el Contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el Contrato-ley, como las cláusulas de este último.*

*Elo es producto de una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 62° de la Constitución. Por un lado, de conformidad con la primera parte de dicho precepto constitucional, y no sólo respecto a los términos contractuales que contenga el Contrato-ley, sino, en general, para todo término contractual, éstos, "no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase.*

*Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los Contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, "no puede ser modificada legislativamente" como lo prescribe la última parte del artículo 62° de la Constitución. Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un Contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho Contrato-ley" (Fundamento 35)*

A partir de lo expuesto, es posible concluir que el artículo 4° impugnado excede las competencias otorgadas al OSIPTEL en materia de regulación tarifaria con respecto a la prestación del servicio de telefonía fija, pues como hemos visto, pese a que su intervención debe limitarse al establecimiento del precio para determinados servicios o canastas de servicios, en este caso, el regulador, al modificar la topología de nuestra red y a partir de ello ajustar una tarifa, estaría atribuyéndose una competencia que no

le ha sido reconocida ni en la legislación ni en el Contrato-ley, ejerciendo indebidamente una atribución que corresponde exclusivamente a TELEFÓNICA, como es la decisión sobre diseñar sus servicios de la manera que considere más conveniente.

Ni los Contratos de Concesión ni la Ley de Desmonopolización Progresiva, prevén la posibilidad de que el regulador intervenga en lo relativo a la arquitectura de nuestras redes. Por el contrario, como ya hemos explicado, el sistema de tarifas tope regulado en los Contratos de Concesión tiene como rasgo esencial el permitir un manejo amplio en el establecimiento de los precios de productos y servicios a ser comercializados por las empresas concesionarias.

Es destacable lo prescrito en el numeral c de la cláusula 9.01, donde se señala:

*«C) Fin de la regulación: El OSIPTEL puede, de oficio o a pedido de la EMPRESA CONCESIONARIA, (i) ABSTENERSE DE ESTABLECER O (ii) suprimir los tipos de regulación estipulados en la sección 9.01 (b) precedente respecto a SERVICIOS REGULADOS individuales siempre que, y mientras el OSIPTEL considere que la competencia entre los proveedores de dichos SERVICIOS REGULADOS es suficiente vigorosa como para asegurar TARIFAS sostenibles y razonables que sean en beneficio de los USUARIOS.»*

Como puede advertirse, en los mismos Contratos de Concesión se ha previsto la posibilidad de que OSIPTEL se abstenga de regular los aspectos tarifarios, cuando las condiciones del mercado así lo permitan, por lo que es posible afirmar que se acoge a un sistema subsidiario, con una clara tendencia a la desregulación. Coincidentemente con ello, mal puede entonces OSIPTEL bajo el pretexto de aprobar un nuevo marco tarifario, diseñar una nueva estructura de red de las empresas operadoras. Este principio se encuentra recogido también en el Reglamento General de OSIPTEL, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 008-2001 PCM, en cuyo artículo 11° se señala lo siguiente:

**«Artículo 11°.- Principio de Subsidiariedad:**

La actuación del OSIPTEL es subsidiaria y sólo procede en aquellos supuestos en los que el mercado y los mecanismos de libre competencia no sean adecuados para la satisfacción de los intereses de los usuarios y de los competidores. **En caso de duda sobre la necesidad de aprobar disposiciones regulatorias y/o normativas, se optará por no aprobarlas y, entre varias opciones similarmente efectivas, se optará por la que menos afecte la autonomía privada.**» (el énfasis es agregado).

El reglamento bajo comentario contiene una disposición similar a la citada, aplicable, específicamente, a los aspectos tarifarios:

#### **«Artículo 32º.- Regulación de Tarifas.**

Las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones son establecidas libremente por cada empresa operadora, de acuerdo con las condiciones de oferta y demanda en el mercado.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, OSIPTEL podrá fijar diferentes modalidades de tarifas tope para determinados servicios públicos de telecomunicaciones, prestados por empresas operadoras. Las tarifas tope son aquellas que no pueden ser superadas por las tarifas que establezcan las empresas concesionarias.

**OSIPTEL puede desregular las tarifas si verifica condiciones de competencia efectiva entre las empresas operadoras, que garanticen una tarifa razonable en beneficio del usuario.**

Las disposiciones y criterios tarifarios que se hubiesen establecido en los contratos de concesión, serán aplicables a las empresas titulares de los mismos.» (el énfasis es agregado).

De acuerdo al principio de subsidiariedad, la actuación de OSIPTEL debe encontrarse justificada en la insuficiencia del mercado y los mecanismos de libre competencia, para satisfacer adecuadamente los intereses de los usuarios y consumidores. Estas prescripciones, guardan coherencia con los principios económicos consagrados en el ámbito constitucional, es decir, en la Constitución Económica, la cual

*«(...) consiste en las normas -que contiene la Constitución- destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, marco que implica la existencia de unos principios básicos del orden económico que han de aplicarse con carácter unitario.»<sup>11</sup>*

Como sabemos, la Constitución de 1993 ha introducido cambios sustanciales en lo relativo al modelo económico. Para efectos de nuestro análisis, es necesario referirnos a dos aspectos. El primero, consagrado en el artículo 60º de la Carta de 1993, en el cual se dispone que,

*«(...) sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional».*

Como vemos dicho artículo recoge la denominada privatización generalizada de la vida económica por cuanto la nueva Carta fundamental guarda silencio sobre muchas de las funciones que antes correspondía realizar al Estado<sup>12</sup>.

Por otro lado, encontramos que,

---

<sup>11</sup> ALBERTI ROVIRA, Enoch. La Constitución Económica de 1978 (reflexiones sobre la proyección de la Constitución sobre la economía en el XXV Aniversario de la Constitución española. En: Revista Española de Derecho Constitucional. Nº 71, Año 24, Mayo/Agosto de 2004, p. 125, 126.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. "El nuevo ordenamiento constitucional del Perú". En: Lecturas sobre temas constitucionales andino. Lima: Comisión Andina de Juristas, Nº 10, 1994, p. 26.

*«(...) El Estado se convierte ahora en un mero vigilante de la libre competencia, que ha de facilitar, combatiendo toda práctica que la limite, como asimismo el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Más aún, la Constitución veda expresamente a la ley la posibilidad de que autorice o establezca monopolios (art. 61º, párrafo primero).»<sup>13</sup>*

A partir de los dos preceptos constitucionales citados, es posible también delinear el rol de los entes reguladores, como OSIPTEL. En esta dirección, Marcial Rubio Correa hace alusión al Principio de la Función Reguladora Supletoria del Estado, el cual, según sostiene:

*«[...] como tal no ha sido expresado en la Constitución, pero puede ubicarse en el contexto del régimen económico constitucional, pues corresponde al Estado "orientar el desarrollo del país" (artículo 58º de la Constitución); "brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad" (artículo 59 de la Constitución); "sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional" (artículo 60º de la Constitución); "El Estado facilita y vigila la libre competencia" (artículo 61º de la Constitución).»<sup>14</sup>*

El Tribunal Constitucional, con ocasión del proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra el artículo 4º del Decreto de Urgencia N° 140-2001, que suspendió la importación de vehículos automotores usados de peso bruto mayor a 3,000 kilogramos, señaló al respecto:

*«35. Si bien el principio de subsidiariedad, al que debe atenerse el accionar del Estado, y el respeto al contenido esencial de las libertades económicas, constituyen, básicamente, límites al poder estatal, la Constitución reserva*

<sup>13</sup> Ibid, loc. cit.

<sup>14</sup> Rubio Correa, Marcial. La interpretación de la Constitución según el tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 176, 177.

del Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora.

(...)

49. Tal como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la función reguladora supletoria del Estado. **Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.**» (el énfasis es agregado)

Más adelante, el Tribunal se refirió específicamente a los reguladores, como OSIPTEL, indicando:

«a) El Estado puede formular indicaciones, siempre que éstas guarden directa relación con la promoción del desarrollo del país; b) los agentes económicos tienen la plena y absoluta libertad para escoger las vías y los medios a través de los cuales se pueden alcanzar los fines planteados por el Estado; y, c) El Estado debe estimular y promover la actuación de los agentes económicos.»

Sobre el particular es relevante destacar que el Decreto Legislativo N° 757 (Ley marco para el Crecimiento de la Inversión Privada) aplicable a todas las actividades económicas y por añadidura también al sector telecomunicaciones, señala en su artículo 2° que el Estado garantiza la libre iniciativa privada sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica<sup>15</sup>. Asimismo en su artículo 3° advierte que se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes<sup>16</sup>. Finalmente, en su artículo 9° señala que toda

<sup>15</sup> Decreto Legislativo N° 757

**Artículo 2o.-** El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

<sup>16</sup> Decreto Legislativo N° 757

empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue más conveniente, en dicho sentido, no se ajusta al marco legal toda aquella disposición que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, afectando su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, con las únicas excepciones de aquellas circunstancias relacionadas con la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud<sup>17</sup>.

Desarrollando el concepto de libre iniciativa privada contenido en el artículo 3° de la Ley Marco, evidentemente, ello implica garantizar la libre producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las leyes<sup>18</sup>. Ello resulta más que coherente pues si permitiera a un particular dedicarse a una actividad económica pero luego se limitaran las características de los servicios y productos que puede ofrecer se vaciaría de contenido el derecho garantizado.

Sobre el particular, el INDECOPI ha señalado claramente que la legislación nacional no puede dejar de reconocer que actualmente todo inversionista cuenta con una serie de derechos entre los cuales podemos destacar los siguientes: (i) la libre iniciativa privada (escoger la actividad económica a desarrollar); (ii) la libertad de contratar (elegir con quien se contrata), (iii) la libertad contractual (elegir el contenido del contrato), (iv) la libre y leal competencia (los precios en la economía resultan de la

---

**Artículo 3o.-** Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.

<sup>17</sup> **Decreto Legislativo N° 757**

**Artículo 9o.-** De conformidad con lo prescrito en los artículos 130 y 131 de la Constitución Política, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente.

Queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada, o cualquier otro factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud.

<sup>18</sup> **Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.-**

**Artículo 3o.-** Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscritos por el Perú y las Leyes.

confluencia de la oferta y la demanda), (v) la libertad de empresa (elegir la forma empresarial y su conducción y explotación), (vi) el libre acceso a la actividad económica (libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de insumos, bienes y servicios, así como la reducción de las barreras legales de entrada al mercado), entre otros.<sup>19</sup>

Este derecho a la libertad de empresa es expresión del principio de libre iniciativa privada recogido en el artículo 58° de la Constitución, en donde se establece:

*«Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.»*

El Tribunal Constitucional peruano lo describe en los siguientes términos<sup>20</sup>:

*«2.17. Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material.»*

Para el Tribunal Constitucional peruano, la libertad de empresa:

<sup>19</sup> Gerencia de Estudios Económicos del INDECOP. Una contribución al fortalecimiento del marco normativo de promoción de la inversión privada en el Perú. Documento de Trabajo N° 001-2002. Lima, 2002.

<sup>20</sup> Exp. N° 7320-2005-PA/TC, Sentencia del 23 de febrero de 2006,

*« (...) consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios.*

*La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.»*

La Corte Constitucional Colombiana, también se ha pronunciado señalando las restricciones a las que puede encontrar sometida el desarrollo de determinada actividad económica, a partir de lo cual también distingue el ámbito intangible en materia de intervención estatal y de regulación. Así, al expedir la Sentencia No. C-524/95, estableció lo siguiente:

*«(...) el Estado al regular la actividad económica cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. (...), pero en principio y a título de ejemplo no podría, en desarrollo de su potestad de intervención, interferir en el ámbito privado de las empresas, es decir, en su manejo interno, en las técnicas que se deben utilizar en la producción de los bienes y servicios, en los métodos de gestión, pues ello atentaría contra la libertad de empresa y de iniciativa privada.»*

En tal sentido, es claro que una modificación a nuestro modelo de costos vulnera el derecho a la libertad de empresa de TELEFÓNICA. Sostener lo contrario implica una competencia de la Administración que no sólo se encuentra excluida contractual y legalmente del ámbito del Regulador, sino que además constituye la atribución de una decisión que corresponde únicamente a los gestores de los negocios como parte de la autodeterminación económica de la cual gozan las empresas. En dicha línea, el diseño

del servicio que se adopta como parte de la autonomía económica de una empresa privada es un aspecto en el cual el Estado no se encuentra autorizado a intervenir.

En dicha línea si bien el artículo 3º de la Ley 27332<sup>21</sup> reconoce explícitamente que los organismos reguladores tienen la función de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito, ello no implica en modo alguno que dicha función deba realizarse de espaldas a los principios de libertad económica consagrados en la legislación y reconocido por los tribunales nacionales. Es por ello que consideramos que una modificación del servicio (y consecuentemente del modelo de costos realizado por TELEFÓNICA) implica en la práctica que la Administración organiza y desarrolla las actividades de una forma contraria a la conveniencia de TELEFÓNICA, y por tanto no se ajusta al marco legal establecido.

A los Comentarios de TELEFÓNICA, reiterados en los párrafos anteriores, OSIPTEL ha señalado que:

*«El Fundamento 44 de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. 008-2003-AI/TC) se precisa que: "a las empresas que ofrecen servicios públicos les corresponde el deber constitucional, legal y cívico de adecuar cada una de sus actividades a lo designios de una economía social de mercado, en las cuales su beneficio personal no sea el punto de partida y finalidad de su actividad, sino la inevitable consecuencia de haber brindado un servicio digno, de calidad y a un costo razonable».*

Efectivamente, tal como advierte el Tribunal Constitucional, TELEFÓNICA ha diseñado un producto digno, de calidad y a un costo razonable. Como se ha

---

<sup>21</sup> Ley N° 27332.- Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos

**Artículo 3o. - Funciones**

3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Reguladores ejercen las siguientes funciones:

(...)

b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito;

(...).

demostrado detalladamente en el presente documento, nuestro producto sí goza de la calidad esperada para un servicio de telecomunicaciones ya que permite que todos los usuarios tengan siempre un mínimo de calidad garantizada. Esta característica ha permitido que el acceso a Internet se incremente en el Perú y hoy casi 500 mil usuarios que pueden acceder al dicha herramienta de acceso a la información. Del mismo modo, a ello ha contribuido las tarifas razonables y las distintas opciones de servicio de acceso a Internet puestas a disposición de los usuarios.

Por otro lado, sobre el particular ha señalado OSIPTEL lo siguiente:

*«En el Fundamento 41 de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional (Exp. 305-2003-AI/TC) se señala que el objeto fundamental de las concesiones de servicios públicos no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad».*

Como hemos señalado, TELEFÓNICA sí brinda un producto con la calidad, continuidad y eficiencia debidas. Basta para ello remitirnos al nivel de satisfacción de nuestros usuarios, lo cual se refleja en el escaso número de reclamos por calidad que el servicio de acceso ADSL de telefónica originó en el año 2006, dichos niveles de calidad no hubieran sido posibles sin una red portadora adecuada.

Asimismo, advierte OSIPTEL que,

*«(...) según el artículo 32 del Reglamento General de Tarifas, Resolución 060-200-CD/OSIPTEL, se precisa que el objetivo de la resolución tarifaria es "crear condiciones tarifarias adecuadas para el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones, garantizando la calidad y eficiencia económica».*

TELEFÓNICA considera que en su propuesta tarifaria cuidó de diseñar un servicio que garantice calidad y eficiencia económica. Incluso, nuestra propuesta, a diferencia de la presentada finalmente por OSIPTEL, si garantiza un nivel mínimo de calidad, y es eficiente en la medida que, como dijimos, lidera la expansión en banda ancha del Grupo Telefónica en Latinoamérica. Reiteramos, las cualidades descritas en nuestro

producto ampliamente descritas en el presente escrito nos reafirmar que nuestro servicio sí es de calidad.

En otro extremo, OSIPTEL advierte lo siguiente:

*«En la resolución final se ha considerado pertinente dejar de lado el establecimiento de los parámetros mínimos de calidad previstos en el anexo técnico de la propuesta publicada, considerando que la consecución de los objetivos regulatorios puede lograrse mediante el establecimiento de una capacidad de red que permita asegurar la prestación del servicios a los usuarios con un nivel de calidad adecuado.»*

*Esta regulación está referida a la capacidad y dimensionamiento de la red que resultan más eficientes dados los recursos de red disponibles por la empresa regulada según lo informado por ella misma y evitando lo sobredimensionamientos y que permitirán que la empresa regulada brinde el servicio con un mejor nivel de calidad.»*

Consideramos respetuosamente que no constituye una buena técnica legislativa, máxime si se trata de regular servicios y productos en el marco de la sociedad de la información sobre la base de apreciaciones que aun cuando respetables, tengan un carácter meramente subjetivo. Consideramos que las consideraciones sobre las cuales OSIPTEL considera que su diseño de servicio es mejor que el presentado en su oportunidad por TELEFÓNICA son sumamente cuestionables. Ninguna de las líneas del Informe que sustenta la Resolución Impugnada permiten descubrir las razones por las cuales brindar una calidad promedio a 1 de cada 10 usuarios es más destacable que ofrecer una calidad mínima garantizada a todos los usuarios en todo momento.

Respecto de la exigencia de capacidad de red OSIPTEL señala lo siguiente:

*Si bien dicha exigencia de capacidad de red comprenderá a todos los usuarios antiguos y nuevos, la regulación contenida en la resolución resulta más eficiente y cumple con el test*

*constitucional de proporcionalidad toda vez que no implicará la modificación del servicio que ofrece la empresa regulada ni afectará las condiciones de calidad que hubiere pactado individualmente con sus usuarios, a diferencia de la propuesta publicada en la cual sí se planteaban parámetros de calidad aplicables y exigibles por cada usuario, lo cual podría haber implicado la alteración de los parámetros mínimos de calidad pactados que fueran distintos a aquellos propuestos.*

Si bien en principio saludamos el hecho que OSIPTEL reconozca que su propuesta inicial no cumplía con el test constitucional de proporcionalidad consideramos respetuosamente que la Resolución Impugnada tampoco cumple con este requisito. Actualmente el servicio portador establece parámetros de SCR de 10%, garantizando de esta forma un nivel de calidad permanente a todos los usuarios conectados, los cuales podrán disfrutar de los servicios de banda ancha contratados, garantía que se aplica a toda hora ya sea de mayor carga o en situaciones de congestión.

Con la propuesta tarifaria contenida en la Resolución Impugnada, se estaría modificando un aspecto importante del producto ofrecido por nuestra empresa, en tanto sólo se estaría ofreciendo un porcentaje de calidad promedio en hora de mayor carga (1 de cada 10 clientes, concurrencia 1:10), y ya no una velocidad mínima garantizada (SCR) de 10% a todos los clientes.

Sin embargo, a pesar de la contundencia de estos argumentos OSIPTEL afirma que la Resolución Impugnada no implicará la modificación de nuestro servicio ni de las condiciones de calidad que hubiéramos pactado con nuestros usuarios. Adicionalmente, también se señala que no será necesario modificar los pactos perfeccionados con nuestros abonados.

De acuerdo con ello, TdP no necesitaría modificar los actuales niveles de SCR pactados con sus abonados. Sin embargo, al precisar que TELEFÓNICA lo hará respecto a la hora de mayor carga, el SCR se aplicará sólo a 1 de cada 10 usuarios, y no a la totalidad de la planta, con lo cual sí se estará modificando las condiciones del servicio.

Tal como hemos indicado, nuestra empresa actualmente brinda una garantía de calidad a sus clientes, no sólo en horas de mayor carga sino en cualquier momento y con cualquier número de usuarios conectados. Sin embargo, según la propuesta de OSIPTEL, ahora sólo se garantizaría niveles de calidad cuando se presente la hora cargada (es decir sólo cuando la concurrencia de usuarios sea de 1 a 10), desnaturalizando así el servicio ofrecido por nuestra empresa, que siempre garantizó calidad mínima del servicio en todo momento. Entonces, no se ajusta a la realidad la afirmación respecto que no se tendrían que modificar las condiciones pactadas con nuestros clientes.

Luego de haber expresado nuestros argumentos respecto de algunas de las afirmaciones expresadas por OSIPTEL, consideramos que éste debió cuando menos haber actuado en concordancia con los principios de:

**Promoción de la competencia:** permitiendo así incentivar las inversiones que contribuyan a aumentar la cobertura y calidad de los servicios, dado que si regula imponiendo un modelo que no responde a lo que la operadora, en su uso de su derecho de empresa ha diseñado, no se generan los incentivos para invertir en ampliar la cobertura del servicio y en el desarrollo de nuevos servicios en la medida de lo esperado por nuestros abonados.

**Análisis de decisiones funcionales:** En la medida que las decisiones funcionales deben tener en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los intereses de los usuarios, OSIPTEL debe evaluar el impacto que cada uno de estos aspectos tiene en las demás materias involucradas.

Al pretender sustituir a la empresa en el desarrollo de sus productos y desechar un servicio con nivel de calidad adecuado que le ha permitido expandirse en el mercado peruano de forma más que interesante, no se está actuado en concordancia con el principio mencionado; por el contrario, desincentiva a las operadoras a que innoven sus servicios respetando la libre iniciativa privada y el derecho de libertad de empresa.

**Legalidad administrativa:** puesto que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y el Derecho, dentro de las facultades que les están atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas. En dicha línea, consideramos que OSIPTEL carece de facultades para diseñar los servicios ofertados por TELEFÓNICA, para ello las empresas han obtenido mediante sus contratos de Concesión las autorizaciones y títulos respectivos para prestar los servicios de telecomunicaciones que consideren convenientes.

### 3. La Resolución Impugnada es discriminatoria

De conformidad con el inciso 2° del artículo 2° de la Constitución Política toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole. Respecto del derecho a la no discriminación o igualdad ante la ley el Tribunal Constitucional estableció en la Sentencia emitida en el expediente N° 1049-2003-AATC lo siguiente:

*«A este respecto, debemos señalar que la igualdad ante la ley es un derecho constitucional que tiene dos componentes primordiales. Según explica el autor nacional Francisco Eguiguren Praeli, uno de ellos es la igualdad de la ley o en la ley, que consiste en el límite al legislador que le impide aprobar leyes que contravengan el principio de igualdad de trato al que tienen derecho todas las personas; y el otro es la igualdad en la aplicación de la ley, que impone la obligación a todos los órganos públicos "por la cual éstos no pueden aplicar la ley de una manera distinta a personal que se encuentra en casos o situaciones similares (EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Estudios Constitucionales. ARA Editores, 1era. Edición, mayo 2002, p. 97).»*

Asimismo, en la sentencia expedida en el expediente N° 0008-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional señaló lo siguiente:

*«15. El orden constitucional económico debe ser interpretado también a la luz del principio de igualdad, reconocido en el inciso*

2) del artículo 2° de la Constitución. Sobre el particular, en el Caso Colegio de Notarios de Lima (Exps. Acums. N.° 0001-2003-AI/TC y N.° 0003-2002-AI/TC), este Tribunal precisó que "(...) el principio de igualdad en el Estado Constitucional, exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora (...)».

«(...) La vinculación negativa podrá elucidarse desde la ya consolidada jurisprudencia de este Colegiado, cuya sucinta expresión es 'tratar igual a los que son iguales' y 'distinto a los que son distintos', de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole. Empero, emprender la interpretación del derecho a la igualdad desde un criterio decimonónico, supondría reducir la protección constitucional del principio de igualdad a un contenido meramente formal, razón por la cual es deber de este Colegiado, de los poderes públicos y de la colectividad en general, dotar de sustancia al principio de igualdad reconocido en la Constitución».

Debe reconocerse también una vinculación positiva del legislador con los derechos fundamentales, de forma tal que los poderes públicos sean capaces de revertir las condiciones de desigualdad o, lo que es lo mismo, reponer las condiciones de igualdad que pudieran estarse manifestando en la realidad social, a contracorriente de las aspiraciones constitucionales.

Dicho juicio, desde luego, es aplicable también al ámbito económico, en el que, por mandato expreso de la Norma Fundamental, el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas orientadas a brindar oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (artículo 59°).

La Resolución Impugnada dispone que el sujeto pasivo de la regulación del servicio de acceso ADSL es TELEFÓNICA. De tal suerte que únicamente se verá afectada con una topología de red afectada por los criterios establecidos por la Administración

mientras que los demás actores tienen plena libertad para diseñar su oferta del modo que consideren más conveniente.

Este hecho resulta contrario al artículo 103° de la Constitución Política que señala que "... pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas...". Sólo si la Resolución Impugnada respondiera a razones objetivas que justifiquen una regulación diferenciada para TELEFÓNICA nos encontraríamos ante una norma constitucional. A continuación, explicamos por qué no nos encontramos en tal supuesto.

La regulación tarifaria asimétrica (aplicable únicamente al operador dominante) puede justificarse bajo la alegación de que sólo dicho operador cuenta con el poder de mercado necesario para fijar tarifas supra-competitivas. Sin embargo, este tema ha sido resuelto por nuestros Contratos de Concesión y se traduce en la aplicación del régimen tarifario establecido en éstos. Este sistema tarifario supone que nuestra empresa no puede fijar libremente sus tarifas sino que debe sujetarse a lo previsto en los mencionados contratos, mientras que cuenta con amplias libertades para modelar su oferta comercial del modo que considere más conveniente.

Sin embargo, la Resolución Impugnada aun cuando debería limitar su contenido a disposiciones tarifarias, establece disposiciones que afectan características del servicio distintas a las tarifas, sin explicar por qué razón debe restringirse la libertad empresarial de TELEFÓNICA ni por qué no corresponde hacer lo propio con la libertad de las demás empresas que concurren en el mercado de acceso a Internet.

Por si lo anterior fuera poco, al regular sólo a TELEFÓNICA y no a los demás operadores concurrentes en el mercado de telecomunicaciones, se coloca a nuestra empresa en una posición de desventaja competitiva. Mientras que TELEFÓNICA está obligada a mantener su oferta y topología de red de acuerdo con los criterios desarrollados por OSIPTEL, las demás empresas pueden acomodarse al dinamismo de la demanda de la forma que consideren más conveniente.

#### **4. Las normas del debido procedimiento no han sido respetadas**

El principio del debido procedimiento administrativo ha sido recogido en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General en los términos siguientes:

*“Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho”<sup>22</sup>.*

Una de las facetas del debido proceso reconocido por la doctrina es el denominado derecho en el proceso. Conforme a esta línea de pensamiento, el derecho en el proceso otorga a todo sujeto interviniente en un litigio, un conjunto de derechos esenciales durante su inicio, tramitación y conclusión, incluyendo el respeto por las formas esenciales. Si alguno de esos derechos es violado, el acto procesal que contiene el vicio o dio lugar a la violación es nulo, en la medida que así lo indiquen los principios que rigen la nulidad procesal.

Dentro de los referidos derechos esenciales se encuentra el derecho de defensa, como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento y que, a su vez, comprende los derechos a ser oído, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión fundamentada, e impugnar la decisión.

A efectos de garantizar el derecho al debido procedimiento administrativo y la interpretación coordinada de la norma general y la norma especial, es necesario (tal

---

<sup>22</sup> LPAG

**Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

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

**1.2. Principio del debido procedimiento.-** Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo. (...)

como ha sido establecido por reiterada jurisprudencia administrativa)<sup>23</sup> que los informes y demás instrumentos que constituyen antecedentes o justificativos del acto administrativo sean notificados a los interesados.<sup>24</sup>

Lo anterior se exige con el objeto de permitir que los administrados ejerzan su derecho de defensa con respecto a las conclusiones expuestas en los informes, opiniones y documentos que sustentan la decisión de la administración.

El Laudo Arbitral emitido con fecha 30 de abril de 2004 en el proceso seguido por TELEFÓNICA con el Estado peruano (en adelante, el Laudo Arbitral)<sup>25</sup>, cuyo contenido – al no haber sido impugnado por el organismo regulador – ha pasado en autoridad de cosa juzgada, reconoce expresamente que en los procedimientos administrativos emitidos por el OSIPTEL en cumplimiento de los Contratos de Concesión deben reunir todos los requisitos de validez establecidos en las normas pertinentes<sup>26</sup>. Estos requisitos de validez son los señalados en el artículo 3 de la LPAG<sup>27</sup>: (i) competencia,

<sup>23</sup> Véase sobre el particular la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI en el caso seguido de Oficio por la Comisión de Libre Competencia con la Asociación Peruana de Empresas de Seguros –APESEG– (Expediente N° 004-2002-CLC), por la comisión de supuestas prácticas restrictivas en la modalidad de concertación de precios. Debe anotarse también que en el procedimiento seguido de oficio por el OSIPTEL contra Telefónica (Expediente N° 002-2004-CCO-ST/CD), por supuesta infracción a las normas de competencia desleal, la Secretaría Técnica procedió a realizar una nueva notificación de la Resolución de apertura del procedimiento al advertir que había obviado notificar a TELEFÓNICA todos los instrumentos sustentatorios de la citada resolución.

<sup>24</sup> La única excepción que permite este principio es la de aquellos casos que por la propia naturaleza de reserva del proceso cautelar (inaudita pars), el administrado no tiene derecho ni a exponer su posición, ni a ejercer plenamente su derecho de defensa antes de la emisión de la resolución que ordena la medida cautelar.

<sup>25</sup> El Laudo a que hacemos mención – suscrito en unanimidad por los miembros del Tribunal Arbitral presidido por el doctor Javier de Belaúnde e integrado por los doctores Jaime Zavala y Fernando Cantuarias – resolvió sobre las controversias surgidas entre TELEFÓNICA y OSIPTEL con ocasión de la fijación del Factor de Productividad vigente durante el período 2001 – 2004 y declaró la nulidad parcial de las Resoluciones N° 038-2001-CD/OSIPTEL y N° 045-2001-CD/OSIPTEL, que determinaron el Factor de Productividad y aprobaron el primer ajuste trimestral de tarifas bajo el Sistema de Tarifas Tope, respectivamente.

<sup>26</sup> Laudo Arbitral, p. 77.

<sup>27</sup> LPAG

### **Artículo 3o.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

(ii) objeto o contenido, (iii) finalidad pública, (iv) motivación; y, (v) procedimiento regular.

Para efectos del procedimiento en curso, resultan de particular importancia los dos últimos requisitos mencionados: la motivación y el respeto al procedimiento regular.

Por su parte, el requisito de procedimiento regular refiere a la necesidad de que el procedimiento administrativo que conduzca a la emisión de un acto administrativo concreto discurra por el cauce natural que haya sido previsto en las normas procedimentales aplicables. A este respecto, resulta de la mayor importancia el respeto a los requisitos, plazos aplicables, etapas procedimentales y demás elementos característicos de cada procedimiento administrativo, los que garantizan al administrado el adecuado y cabal ejercicio de su derecho de defensa, además de las disposiciones que a tal efecto se establecen en los Contratos de Concesión. Más todavía: al margen del modo particular en que se haya previsto que debe conducirse el trámite, es claro que el principio de procedimiento regular exige que la motivación de un acto sea conocida antes de que éste sea motivo de objeciones o comentarios y que se garantice al administrado el acceso a toda la evidencia de soporte de la decisión regulatoria, de modo que pueda aportar evidencia de descargo oportunamente y en los plazos establecidos en la normativa aplicable.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la Sala de Defensa del Tribunal del INDECOPÍ en el caso seguido por la Comisión de Libre Competencia con Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. N° 004-2002-CLC – Res. N° 0224-2003/TDC-INDECOPÍ) ha señalado que:

- 
2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
  3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
  4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
  5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

*Dentro de los referidos derechos esenciales se encuentra el derecho de defensa, como efectiva posibilidad de participación en el procedimiento y que, a su vez, comprende los derechos a ser oído, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión fundamentada, e impugnar la decisión»*

Tal como en este caso, la deficiencia detectada por la Sala del Tribunal del INDECOPI se circunscribe a la falta de notificación del Informe de Evaluación de Cargos elaborado por la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia, a los denunciados, lo cual a decir de la Sala del Tribunal del INDECOPI invalidaba el acto administrativo.

En el presente caso la omisión al debido procedimiento se determina desde que TELEFÓNICA en su modelo presentó una distribución de costos de 50% para el tramo variable y 50% para el tramo fijo. OSIPTEL, en el proyecto de Resolución mantuvo la distribución propuesta por Telefónica. Sin embargo, en la Resolución Impugnada modificó la distribución de los costos, de tal forma que el 27,2% del total del costo de la red sea retribuido por las tarifas correspondientes a los circuitos virtuales y el 72,8% sea retribuido por las interfaces de operadores o puestos ATM. Esta nueva distribución de costos no fue publicada por OSIPTEL para comentarios.

## **5. Vulneración del principio de predictibilidad**

Dentro del presente procedimiento OSIPTEL, ha variado sustancialmente el proyecto que ha republicado, actuación que consideramos afecta el principio de predictibilidad.

La predictibilidad es un principio de observancia obligatoria por todas las entidades de la Administración, de ahí que MORON sostenga lo siguiente:

*«(...) se refiere a que las actuaciones, actos y procedimientos de la Administración sean cada vez más previsibles para el ciudadano, de forma tal, que genere confianza legítima y le*

*retire el riesgo de la incertidumbre sobre el cómo actuará o resolverá su situación sometida a la Administración»<sup>28</sup>.*

El referente directo de este principio no es otro que el que se encuentra en el segundo párrafo del artículo 3.1 de la Ley 30/1992 española, del 26 de noviembre de 1992, referida al Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC)<sup>29</sup>. La referida norma recoge los principios de buena fe y de confianza legítima de los que es tributario el principio de predictibilidad de la norma peruana.

<sup>28</sup> MORON, J.C., *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, Ed. Gaceta Jurídica, 4ta Ed. 2005, págs. 84 – 85.

<sup>29</sup> De manera general, el actual artículo 3 de la norma española señala que:

*“Artículo 3.- Principios generales*

*1. Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Igualmente, deberán respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima (...).”*

La LRJAP-PAC alude también a la buena fe y a la confianza legítima en otros artículos:

- El ciudadano tiene derecho a confiar en que la Administración actuará según el criterio seguido en casos precedentes y, si se separase de los mismos, deberá motivar las razones de ese cambio de criterio (art. 54.1.c) LRJAP-PAC, redacción dada por ley 4/1999) para facilitar así el control de posibles arbitrariedades ( art. 9.3 CE)
- El ciudadano tiene derecho a confiar en que la Administración va a guardar secreto o reserva de la información que ha recibido y que afecta a su intimidad o cuyo conocimiento por terceros le perjudica (art. 37 LRJAP-PAC)
- La Administración no puede abusar de la exigencia de requisitos formales o simplemente nominales para denegar el reconocimiento de derechos en base a tales defectos, sin haber facilitado antes su subsanación (arts. 71, 76.2, 110.2 LRJAP-PAC, todos ellos en redacción dada por ley 4/1999).
- El ciudadano tiene derecho a confiar en que no va a resultar lesionado por el ejercicio antisocial o en perjuicio de tercero de derechos de otros ciudadanos ante la Administración (art. 7 CC). Y así, la Administración además de no causarle indefensión por no comunicarle la existencia de procedimientos que puedan afectarle, no aceptará desistimientos, renunciaciones o caducidades contrarias al interés general (arts. 91.2 y 92.4 LRJAP-PAC) o que perjudiquen a terceros (art. 6 CC).
- La congruencia entre lo pedido por el ciudadano y lo resuelto por la Administración (arts. 89.2 y 113.3 LRJAP-PAC) se funda en la protección de la confianza en que la iniciación del procedimiento o la interposición de un recurso no va a agravar la situación inicial del ciudadano - prohibición de la *reformatio in peius*-, pero ello no puede impedir que la Administración inicie otros procedimientos nuevos si así lo exige el interés general (art. 89.2 LRJAP-PAC) y ello no implica una revisión que supere los límites de la legítima confianza (art. 106 LRJAP-PAC).
- La confianza del ciudadano en la eficacia de los actos administrativos significa que las facultades de revisión, incluso en casos de nulidad de pleno derecho, tienen un límite en la buena fe y “no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes” (art. 106 LRJAP-PAC).

El principio de buena fe en el Derecho Administrativo significa que los Poderes Públicos no pueden defraudar la legítima confianza que los administrados aprecian objetivamente en su actuación, de manera que es legítimo y jurídicamente exigible que el administrado pueda confiar en la Administración -y ésta en el administrado-, pero dicha confianza debe desprenderse en todo caso de signos externos, objetivos, inequívocos, y no deducirse subjetiva o psicológicamente, suponiendo intenciones no objetivables.

Por su parte, el principio de *confianza legítima* es un concepto acuñado en el Derecho Alemán (*Vertrauensschutz*), que se orienta a la preservación del valor de la seguridad jurídica y del sistema de economía de mercado frente a la acción, eventualmente incontrolada o sin cautelas suficientes, de los poderes públicos<sup>30</sup>.

En este supuesto nos encontramos con la existencia de una conducta, manifestada en ciertos actos del poder público que ha hecho generar confianza en que se actuaría en un determinado sentido a un sector de administrados o colectivos determinados<sup>31</sup>, en la medida que en un procedimiento de esta naturaleza resulta razonable y predecible que se fije la tarifa aplicable al servicio y no que se incluya dentro de la resolución tarifaria normas respecto de aspectos no tarifarios, mas aún cuando dichas normas modifican características del servicio que se encuentran bajo absoluto control de la operadora.

## **POR TANTO:**

**AL CONSEJO DIRECTIVO** solicitamos declarar **FUNDADO** en todos sus extremos el presente recurso de reconsideración y disponer que se efectúen los ajustes correspondientes en la determinación de las tarifas tope máximas fijas para las

<sup>30</sup> CASTILLO BLANCO, F., *La protección de confianza en el Derecho administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 98.

<sup>31</sup> CASTILLO BLANCO, F., Op. cit., ídem.

<sup>32</sup> CASTILLO BLANCO, F., "El principio europeo de confianza legítima y su incorporación al ordenamiento jurídico español", disponible es: <http://www.uimunicipalistas.org>.

prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL que brinda TELEFÓNICA.

**PRIMER OTROSI DECIMOS.**- Que, como anexos cumplimos con adjuntar los siguientes documentos:

Anexo 1-A Poderes vigentes y documento de identidad de nuestra representante legal.

Anexo 2-A Comentarios de I+D al informe sobre la fijación de tarifas para la transmisión de datos mediante circuitos ATM sobre ADSL

**SEGUNDO OTROSI DECIMOS.**- Que, a fin de poner a consideración de los distinguidos miembros del Consejo Directivo mayores elementos de juicio sobre los fundamentos de nuestro recurso, venimos a solicitar expresamente que – antes de emitir resolución final en relación con el medio impugnatorio que aquí se formula – se cite a nuestra empresa para formular un Informe Oral en la fecha y oportunidad que el Consejo Directivo lo estime pertinente. A tal efecto, cumplimos con designar a los señores José Juan Haro Seijas y Hortencia Rozas Olivera como nuestros representantes.

Lima, 11 de abril de 2007



ROSA ABAD NAVARRO  
ABOGADA  
REG. C.A.L. N° 30032



INSTRUMENTO NUMERO: OCHOCIENTOS DIECIOCHO

KARDEX: 12543

MINUTA: 711

FOLIO: 3,873

OTORGAMIENTO Y RATIFICACION DE PODER QUE OTORGA

MICHAEL ALAN DUNCAN CARY BARNARD EN REPRESENTACION DE

TELEFONICA DEL PERU S.A.A.

\*\*\*\*\*

EN LIMA, A LOS CATORCE DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DEL DOS MIL SEIS, ANTE MI MARIO CESAR ROMERO VALDIVIESO, NOTARIO DE LIMA

COMPARECE

MICHAEL ALAN DUNCAN CARY BARNARD

DE NACIONALIDAD PERUANA

MANIFESTO SER DE ESTADO CIVIL CASADO

DE PROFESION U OCUPACION GERENTE GENERAL

CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD NUMERO DIEZ MILLONES OCHOCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS UNO (10903501)

CON DOMICILIO SITO EN AVENIDA AREQUIPA NUMERO MIL CIENTO CINCUENTA Y CINCO, SANTA BEATRIZ, CERCADO DE LIMA, DE ESTA PROVINCIA Y DEPARTAMENTO DE LIMA

QUIEN PROCEDE EN NOMBRE Y REPRESENTACION DE TELEFONICA DEL PERU S.A.A, CON REGISTRO UNICO DE CONTRIBUYENTES NUMERO VEINTE MIL CIEN MILLONES DIECISIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UNO (20100017491), FACULTADO SEGUN PODERES INSCRITOS EN LA PARTIDA ELECTRONICA NUMERO ONCE MILLONES QUINCE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SEIS DEL REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS DE LIMA

EL COMPARECIENTE ES MAYOR DE EDAD, HABIL PARA CONTRATAR E INTELIGENTE EN EL

MARIO CESAR ROMERO VALDIVIESO  
NOTARIO DE LIMA



IDIOMA CASTELLANO. A QUIEN IDENTIFICO, PROCEDE CON CAPACIDAD, LIBERTAD Y CONOCIMIENTO BASTANTE DE CONFORMIDAD CON EL EXAMEN QUE ME EFECTUADO, DE LO QUE DOY FE, Y ME ENTREGA UNA MINUTA DEBIDAMENTE AUTORIZADA POR LETRADO, LA MISMA QUE ARCHIVO EN SU LEGAJO RESPECTIVO BAJO EL NUMERO DE ORDEN CORRESPONDIENTE Y CUYO TENOR LITERAL ES COMO SIGUE:=====

MINUTA 711:=====

SEÑOR NOTARIO:=====

SIRVASE EXTENDER EN SU REGISTRO DE ESCRITURAS PUBLICAS DE OTORGAMIENTO Y RATIFICACION DE PODER QUE EN REPRESENTACION DE TELEFONICA DEL PERU S.A.A., CON R.U.C. N° 20100017481, EXTIENDE EL SEÑOR MICHAEL ALAN DUNCAN CARY-BARNARD, DEBIDAMENTE IDENTIFICADO CON DNI N° 10803501, CON DOMICILIO PARA EFECTOS DE LA PRESENTE EN AVENIDA AREQUIPA 1155, SANTA BEATRIZ, LIMA, EN LOS TERMINOS SIGUIENTES:=====

CLAUSULA PRIMERA:=====

CON FECHA 14 DE DICIEMBRE DE 2005, EL DIRECTORIO DESIGNO COMO GERENTE GENERAL DE LA SOCIEDAD, AL SEÑOR MICHAEL DUNCAN CARY-BARNARD, IDENTIFICADO CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD N° 10803501, A QUIEN CONFIRIO LAS FACULTADES ESTATUTARIAMENTE CONTEMPLADAS PARA EL DIRECTORIO, ASI COMO PODERES PARA QUE REVOQUE Y OTORQUE FACULTADES A QUIENES SE REQUIERA EN FUNCION DEL DESARROLLO DE LOS NEGOCIOS SOCIALES, LO CUAL SE ENCUENTRA INSCRITO EN EL ASIEN TO C 312 DE LA PARTIDA REGISTRAL N° 11015766 DEL REGISTROS DE PERSONAS JURIDICAS DE LIMA. =====

CLAUSULA SEGUNDA:=====

POR MEDIO DEL PRESENTE INSTRUMENTO, EL GERENTE GENERAL OTORGA A LA SEÑORA HORTENCIA REBECA ROZAS OLIVERA, IDENTIFICADA CON DOCUMENTO NACIONAL

MARIO CESAR ROMERO VALDIVIESO  
NOTARIO DE LIMA



DE IDENTIDAD N° 10475677 Y AL SEÑOR CARLOS FEDERICO BARREDA TAMAYO, IDENTIFICADO CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD N° 09148304, FACULTADES DE REPRESENTACIÓN SUFICIENTES PARA DISPONER DE DERECHOS SUBSTANTIVOS, DEJAR SIN EFECTO DERECHOS ADQUIRIDOS Y PARA DESISTIRSE DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS, ANTE EL MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (MTC), EL ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL), EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECLAMOS DE USUARIOS (TRASU), ORGANISMOS E INSTITUCIONES NACIONALES E INTERNACIONALES VINCULADOS AL SECTOR TELECOMUNICACIONES Y, EN GENERAL, ANTE TODA CLASE DE AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS, SEA CUAL FUERE LA NORMA QUE LOS REGULE, EN LOS QUE LA SOCIEDAD TUVIERA LEGÍTIMO INTERÉS

MARIO CÉSAR ROMERO VALDIVIESO  
NOTARIO DE LIMA

ASIMISMO, EL GERENTE GENERAL RATIFICA LOS ACTOS REALIZADOS CON ANTERIORIDAD, POR LA SEÑORA HORTENCIA REBECA ROZAS OLIVERA, IDENTIFICADA CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD N° 10475677 Y EL SEÑOR CARLOS FEDERICO BARREDA TAMAYO, IDENTIFICADO CON DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD N° 09148304, SIEMPRE QUE ESTEN REFERIDOS A LAS FACULTADES DESCRITAS EN LA PRESENTE CLÁUSULA

AGREGUE USTED, SEÑOR NOTARIO, LAS CLÁUSULAS DE LEY Y PASE LOS PARTES RESPECTIVOS A LOS REGISTROS PÚBLICOS

LIMA, 11 DE DICIEMBRE DE 2006

UNA FIRMA ILEGIBLE

AUTORIZA LA MINUTA LA DOCTORA MARIA ELVIRA CUNEO GALDOS, ABOGADA CON REGISTRO DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA NUMERO 28893

CONCLUSIÓN

FORMALIZADO EL INSTRUMENTO SE INSTRUYÓ EL OTORGANTE DE SU OBJETO Y CONTENIDO POR LA LECTURA QUE DE TODO HIZO, DESPUÉS DE LO CUAL SE AFIRMÓ Y RATIFICÓ EN SU



Mario César Romero Valdivieso - Notario de Lima

3876

CONTENIDO, DOY FE =====  
ESTA ESCRITURA PUBLICA SE INICIA EN LOS PAPELES DEL SERVICIO NOTARIAL No. 1398973 Y  
CONCLUYE EN LOS PAPELES DE SERVICIO NOTARIAL No. 1398976 =====  
FIRMA E IMPRIME SU HUELLA DIGITAL, MICHAEL ALAN DUNCAN CARY BARNARD EN  
REPRESENTACION DE TELEFONICA DEL PERU S.A.A. =====  
SE FIRMO ESTE INSTRUMENTO CON FECHA CATORCE DE DICIEMBRE DEL DOS MIL SEIS =====  
FIRMADO: MARIO CESAR ROMERO VALDIVIESO, NOTARIO DE LIMA. =====

**ES CONFORME**

CON LA ESCRITURA ORIGINAL DE REFERENCIA QUE SE ENCUENTRA DE  
FOJAS 3,973 DE MI REGISTRO. =====  
BIENIO 2006-2007, SUSCRITA POR LOS COMPARECIENTES Y AUTORIZADA  
POR MI EL NOTARIO. =====  
EXPIRO ESTE TESTIMONIO EN LIMA A LOS CATORCE DIAS DEL MES DE  
DICIEMBRE DEL DOS MIL SEIS. =====

MARIO CESAR ROMERO VALDIVIESO  
NOTARIO DE LIMA

MARIO CESAR ROMERO VALDIVIESO  
NOTARIO DE LIMA



**COMENTARIOS A LA RESOLUCIÓN  
SOBRE PRESTACIONES DE  
TRANSMISIÓN DE DATOS MEDIANTE  
CV ATM CON ACCESO ADSL**

Edición 00.00 Rev. 00

Abril 2007

División de Análisis y Costes de Red

© 2007 Telefónica Investigación y Desarrollo, S.A. Unipersonal  
Reservados todos los derechos

USO INTERNO

## *Índice de Contenidos*

<b>1</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	1-1
<b>2</b>	<b>COMENTARIOS A LAS MODIFICACIONES SOBRE EL MODELO</b> .....	2-1
2.1	Utilización de extensores de línea ADSL.....	2-1
2.2	Determinación de la capacidad de red.....	2-1
2.3	Obligaciones de conectividad.....	2-2
2.4	Tarifas de instalación.....	2-2
2.5	Costos de capital promedio ponderado WACC.....	2-3

---

# 1 INTRODUCCIÓN

En este documento se realizan algunas consideraciones a la resolución de Osiptel relativa a la determinación de tarifas de prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL.

---

## 2 COMENTARIOS A LAS MODIFICACIONES SOBRE EL MODELO

### 2.1 Utilización de extensores de línea ADSL

Como se hizo en los comentarios al proyecto de resolución reiteramos que la propuesta realizada por TdP se basa en la experiencia real de la planta. La propuesta de Osiptel basa sus estimaciones principalmente en los estudios del DSL Forum que es un foro que por su propia naturaleza tiende a realizar estimaciones optimistas sobre las capacidades de las tecnologías xDSL.

La experiencia real de la planta indica que el factor distancia se ve alterado sustancialmente por las condiciones medioambientales en las que opera la planta. En ese sentido, no resulta definitiva una medición sin precisar que la exposición de la planta a las condiciones ambientales altera las mediciones que se pudieran obtener en ambientes controlados o de laboratorio.

Por ello, consideramos que la estimación realizada por Osiptel es excesivamente optimista respecto de la capacidad de ADSL para distancia largas. Dada la discrepancia, opciones razonables serían realizar un estudio de campo detallado al respecto o bien aplicar específicamente la solución de extensor de bucle al cliente que lo necesite aplicándosele un cargo adicional que habría que definir por este concepto.

### 2.2 Determinación de la capacidad de red

En su informe Osiptel señala que no considera adecuado el método de dimensionado seguido por Telefónica basado en asegurar el SCR contratado (10%) y propone como método dimensionar la red para soportar un determinado porcentaje del ancho de banda nominal (60%) en una hora cargada que asume que tendrá una concentración de usuarios del 10%.

Osiptel en su informe hace referencia al anexo D del informe del DSL Forum "ATM Transport over ADSL Recommendation" TR-402 que pone un ejemplo de cual podría ser el orden de magnitud de solicitudes de establecimiento de circuitos virtuales conmutados (SVC's) en un switch ATM en una red ADSL típica con el fin de demostrar que el equipamiento ATM tiene capacidad para soportar esa carga de SVC's. En cualquier caso, se trata de una problemática totalmente distinta de la que aquí se discute y los números utilizados por el ADSL Forum son simples números orientativos que le sirven para hacer valoraciones sobre el problema que está analizando, pero en modo alguno constituye una recomendación sobre el dimensionado de las redes.

En nuestra opinión no es que un método sea correcto y otro incorrecto, sencillamente su objetivo de planificación es distinto y por lo tanto las características y garantías de calidad del servicio ofertado.

El método propuesto por Telefónica busca satisfacer las condiciones técnicas del servicio tal y como está definido: con un SCR del 10%. Esto supone, que en cualquier circunstancia, independiente del grado de concurrencia de los usuarios, el operador está obligado a proveer

a todos y cada uno de los usuarios al menos un 10% de la velocidad nominal. Y la única forma de garantizar absolutamente (no estadísticamente) esta condición es dimensionando para un 10% de la velocidad nominal del 100% de los usuarios. Por supuesto, que en condiciones normales, incluso de hora cargada, lo habitual es que el grado de concurrencia de los usuarios no sea del 100% sino mucho menor, por ejemplo, del 10% por lo que normalmente, incluso en hora cargada, se obtendrán velocidades superiores al 10% de la velocidad nominal. Con la aproximación seguida por Osiptel podría ocurrir perfectamente que en determinados momentos de máxima concurrencia no se satisfaga la condición del SCR del 10% así que en realidad se están alterando las condiciones del servicio como de hecho Osiptel asume eliminando el anexo técnico.

En su momento, la calidad del servicio se podría haber definido de otra forma, como ahora hace Osiptel, por ejemplo, en base a la concurrencia en la hora cargada y velocidad objetivo para los usuarios concurrentes pero se hizo en base al SCR a nuestro juicio por varias circunstancias muy justificadas:

- el SCR es el parámetro de calidad utilizado en los circuitos virtuales ATM y por tanto el equipamiento ATM está preparado para medirlo y controlarlo de forma objetiva.
- dada la variabilidad de los patrones de uso asociados a los distintos servicios que van surgiendo en Internet, no existe una base lo suficiente sólida para definir el concepto de hora cargada en estas nuevas redes. Las recomendaciones de la ITU respecto de la definición de hora cargada en las redes tradicionales se soportaban en una experiencia de décadas en el comportamiento de uso de determinadas servicios. Definir el servicio en base al tráfico en hora cargada, genera por tanto dos problemas:
  - no existe un entendimiento claro de cual es la hora cargada.
  - su medición no es nada sencilla, frente al carácter absolutamente objetivo y medible por todas las partes del parámetro SCR.

En realidad, el tipo de razonamiento realizado por Osiptel en base a la máxima concurrencia y el ancho de banda para los usuarios concurrentes se utiliza pero para estimar el SCR objetivo. Una vez estimado el SCR objetivo, el servicio se define y se dimensiona la red con base en ese SCR como ha hecho Telefónica. En otras palabras, si Osiptel considera que la red tiene un grado máximo de concurrencia de 1:10 y un ancho de banda por usuario conectado del 60% del nominal, debería haber definido un SCR del 6% (lo que por cierto supone alterar las condiciones del servicio en discusión que tenía un SCR del 10%). Dejarlo en base a la velocidad experimentada por el usuario (concepto difícil de medir dado que está sometida a muchos factores más allá del ancho de banda proporcionado por el CV de ATM) en la hora cargada (concepto indeterminado) no puede ser más que una fuente de problemas.

Por ello, creemos que la aproximación más adecuada sería dejar el servicio tal y como está con un SCR del 10% y recalcular los valores de coste para ese dimensionado al 10% como propuso Telefónica o en su defecto redefinir el servicio con un SCR del 6% manteniendo los valores calculados.

## 2.3 Obligaciones de conectividad

Osiptel señala en la respuesta a los comentarios de Telefónica recogidos en la matriz de comentarios que cualquier cambio de PoP posterior que sea requerido por el operador

solicitante, debe ser atendido utilizando los procedimientos con que cuenta la empresa para atender las solicitudes iniciales. Entendemos que en esos procedimientos iniciales se refieren no sólo a los plazos sino también a las tarifas asociadas al alta y que por tanto cualquier modificación de los PoP's reclamada por un operador, conllevará que se le cobre en el nuevo PoP's las altas correspondientes a cada circuito virtual y cada tarjeta de interfaz migrada.

## 2.4 Tarifas de instalación

Entendemos que la información proporcionada por Telefónica en la fase de comentarios es más que suficiente para juzgar si cualitativamente los actividades y procesos identificados procede incluirlos o no en la tarifa de instalación. Si el concepto existe, el modelo debe recogerlo dado que en caso contrario no se le estaría permitiendo recuperar sus costes. Por otro lado, si Osiptel considera que los valores cuantitativos presentados no están suficientemente justificados puede solicitar a Telefónica un mayor detalle o cómo ha hecho en otras ocasiones realizar sus propias estimaciones, pero desde el momento en que se reconozca que la actividad existe, se debe realizar una estimación de cual es su valor eficiente a fin de permitir a la empresa recuperar sus costes.

## 2.5 Costos de capital promedio ponderado WACC

Como ya se comentó en los comentarios al proyecto el modelo utilizado por OSIPTEL considera dos valores distintos de WACC, 17.14% antes de impuestos utilizado para la anualización de los equipos de transmisión y 20.99% antes de impuestos, para la anualización de los equipos de conmutación ATM.

En realidad, el modelo original presentado por Telefónica consideraba en el código de anualización de la parte de transmisión un parámetro de WACC de un fichero que no había sido actualizado para este modelo, pero no era más que un valor distinto en el fichero de entrada y en ningún momento había intención de considerar valores de WACC distintos para diferentes líneas de negocio sino para distintos activos como en este caso.

Hay que resaltar que en este caso no estamos hablando de líneas de negocio diferentes sino de distintos activos de la misma línea de negocio. Parece obvio que tanto los equipos de transmisión como los de conmutación son necesarios para el servicio de transporte de datos sobre CV ATM con acceso ADSL y que únicamente se está hablando de los distintos equipos que conforman una única línea de negocio así que no vemos como podría estar sometidos a un distinto riesgo. En resumen, pensamos que los componentes de un mismo negocio (en este caso equipos de transmisión y equipos de conmutación) deben responder a un mismo riesgo sistémico y por tanto debe usarse un sólo valor de WACC.

Además en caso contrario sería necesario entender y así solicitamos a Osiptel cual sería el sustento del WACC identificado para los equipos de transmisión 17.14% .