

# Supervisar y castigar, el procedimiento sancionador en la esfera de OSIPTEL

*¡ El mundo esta desquiciado ¡Vaya faena, haber nacido yo para querer arreglarlo!*

*W. Shakespeare, (Hamlet)*

Antonio Rodríguez Lobatón\*

## INTRODUCCIÓN

Uno de los trabajos más conocidos del filósofo e historiador francés Michelle Foucault (1926-1984) “Vigilar y castigar” nos sirve, además de inspirar, como resulta evidente, el título de este artículo, para traer una imagen de cómo se entendía la justicia penal a fines del Antiguo Régimen. Sobre la base de un expediente judicial y de la edición del 1 de abril de 1757 de la Gazette d’Amsterdam FOUCAULT nos detallará la ejecución de Robert-Fançoise Damiens acusado de intentar cometer magnicidio contra la figura del Rey de Francia Luis XV conocido también como el “bien amado” (Bien-Aimé).<sup>1</sup>

Damiens fue condenado a muerte el 2 de marzo de 1757 a la pena más cruel que se aplicaba en la época: “(...) a pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, desde donde debía ser (...) llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con un hacha de cera encendida de dos libras de peso en la

mano”; después, sería quemado con plomo derretido, aceite hirviendo, pez resina ardiendo, cera y azufre fundidos; luego, su cuerpo sería estirado y desmembrado por cuatro caballos, descuartizado, finalmente consumido por el fuego y reducido a cenizas las cuales fueron arrojadas al viento. Se señala que tras oír la sentencia, Damiens exclamó proféticamente: “¡El día será rudo!”.

El 28 de marzo se cumplió la sentencia bajo unas condiciones particularmente atroces. El verdugo, apellidado Samsón<sup>2</sup> y dieciséis asistentes cumplieron escrupulosamente los dictados del tribunal y castigaron pacientemente las carnes del ajusticiado durante varias horas, ante el pavor de los espectadores que asistieron pacientemente a observar el desenlace del acto.

Un cuarto de siglo después – es decir entre fines del siglo XVIII y comienzos del XIX –esta sombría fiesta punitiva se empezaba a extinguir. En dicha

\* Abogado de la Gerencia de Telecomunicaciones y Competencia de Telefónica del Perú S.A.A. Profesor de pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), profesor en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú; miembro fundador del Centro de Estudios de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (CENTIC) y miembro investigador del Instituto Riva Agüero.

<sup>1</sup> FOUCAULT, Michelle. Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión. Madrid: Siglo Veintiuno editores, 29ª Edición, 1999. Pág. 11-13. Puede revisarse también el trabajo de HERZOG, Tamar. La administración como un fenómeno social la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750). Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

<sup>2</sup> Carlos Enrique Samson fue nombrado verdugo de París en 1778 aunque parece que ejerció la profesión desde 1758. Vid. SOCIEDAD LITERARIA. Prisiones de Europa. Barcelona: I. López Bernagosi, 1862. vol 1. Pág. 137.

transformación concurren dos procesos que a decir de Foucault no tienen ni la misma cronología ni la misma razón. Por un lado desaparece el espectáculo punitivo, es decir, la ceremonia tiene a entrar en la sombra para convertirse en un mero acto de procedimiento o de administración y desaparecen también los suplicios donde el sufrimiento físico, el dolor del cuerpo mismo, no son ya los elementos constitutivos de la pena<sup>3</sup>.

Es decir, siguiendo la tesis de Foucault, durante este tránsito se habría producido una crisis en la economía del castigo y se tiende hacia una reorganización del sistema punitivo. En algún momento de la historia de la represión se percibe, según la economía de poder, que es más eficaz y rentable vigilar que castigar. Este momento corresponde a la formación, de un nuevo tipo de ejercicio del poder, en el que se constituye una transición desde los castigos ejercidos contra el cuerpo de forma directa y violenta a mecanismos más sutiles aunque acaso más eficaces. Este nuevo poder se caracteriza por ser microscópico, capilar, pues se ejercita en el núcleo mismo de los individuos, se inserta en sus gestos, en sus actitudes su vida cotidiana. Se produce una inversión del eje político de la individualización, el poder se vuelve anónimo, deja de personalizarse en figuras concretas como el rey o el príncipe y tiende a ejercerse de manera más individualizada.

Curiosamente, es a partir de este momento donde también surge, el ejercicio de la potestad sancionadora en manos de organismos del Estado distintos de la

administración de justicia tradicional como parte esencial de la actividad de policía administrativa. Como señala el profesor DANÓS con la evolución del Antiguo Régimen al Estado Liberal, se procuró inicialmente la abolición del poder sancionador general de la administración pública mediante la jurisdiccionalización de los ilícitos de policía, lo que supuso en la práctica el traslado de los ilícitos administrativos a la competencia del juez penal. Sin embargo, a partir de entonces, y hasta nuestros días, y acompañando el aumento del intervencionismo de la Administración en la vida social, ésta, salvando los matices de rigor, ostenta intensas potestades sancionadoras<sup>4</sup>.

Como es conocido, el Derecho Administrativo Sancionador pretende proteger los derechos de los ciudadanos de una forma indirecta. Nos encontramos ante un Derecho eminentemente preventivo, que tiende a que los ciudadanos y las empresas no realicen aquellas conductas que puedan provocar la lesión de los derechos de los demás o vulneren el interés general. De ahí que se considere que para imponer una sanción basta con que se haya producido el incumplimiento de una norma dictada para proteger determinado bien o derecho. El Perú no ha sido la excepción, hoy diversos organismos de la Administración cuentan con facultades sancionadoras y las ejercen con desigual rigor. Si bien en los últimos años en el Perú se ha venido elaborado una sólida doctrina administrativista, también es cierto que no se ha hecho un esfuerzo similar con relación a una de sus manifestaciones más importantes como es la

<sup>3</sup> FOUCAULT, Michelle. Op. Cit. pp. 16-18.

<sup>4</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Notas acerca de la potestad administrativa sancionadora de la administración pública. En: *Ius et Veritas*, N° 10. Pág. 149.

facultad de la Administración para determinar infracciones e imponer sanciones<sup>5</sup>.

De un tiempo a esta parte la administración pública ha venido desarrollando un frondoso bosque normativo de reglamentaciones, órdenes, directivas y mandatos, con particular intensidad en el campo de la regulación de los servicios públicos, tendientes a disciplinar a los agentes económicos participantes en dichos mercados. Estas regulaciones se mantienen incluso en aquellos casos en los que la doctrina económica aconsejaría dejar de intervenir, anótese como ejemplo de lo señalado un reciente proyecto de resolución del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel) en el que se rechaza la idea de desregular el mercado telefónico de larga distancia, abierto con singular éxito a la competencia desde el año 1999 y que al día de hoy cuenta con una vigorosa y dinámica competencia<sup>6</sup>. Al abrigo de este ímpetu regulatorio, se ha venido desplegando un robusto sistema sancionador que ha inflado tanto la cantidad de conductas infractoras tipificadas como la calidad de las sanciones establecidas. La filosofía central que subyace en gran parte del procedimiento sancionador administrativo es que la sanción tiene un carácter eminentemente disciplinador, en tanto que sirve para modelar la conducta de los administrados y encauzarlos hacia un cumplimiento objetivo y estricto de la norma. Es decir, se considera que es más rentable castigar que vigilar.

Este documento no pretende paliar el vacío de investigaciones doctrinarias relacionadas con el procedimiento administrativo sancionador, pues consideramos que existen voces más preparadas y calificadas para realizar dicho esfuerzo. Sin embargo, al aceptar el encargo de desarrollar un artículo sobre el procedimiento administrativo sancionador en la esfera de Osiptel consideramos que tomando como base la experiencia podría ser oportuno realizar algunas notas, más relacionadas con el ejercicio efectivo de la facultad sancionadora por parte del regulador que intentar un desarrollo dogmático sobre la materia. Creemos que transcurridos casi 18 años de la privatización de las telecomunicaciones en el Perú ha llegado el momento de realizar algunos balances. Consideramos como los legisladores de antaño que suprimieron los castigos físicos y como veremos en las siguientes líneas que es más eficiente supervisar que castigar.

#### REFORMA DEL ESTADO

Aun cuando el proceso de estatización del sector de las telecomunicaciones por parte del Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada (1968-1980) y su posterior privatización es ampliamente conocido, algunos aspectos del mismo son relevantes para entender el entramado institucional que hoy norma el sector y de forma específica algunos procedimientos administrativos utilizados por el organismo encargado de regular los servicios de telecomunicaciones en el Perú.

<sup>5</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit.; MARTIN TIRADO, Richard. El ejercicio de la potestad sancionadora de CONSUMCODE y los límites formales para la aplicación del Recurso de Reconsideración. En: *Derecho & Sociedad, Revista de Derecho*, 23, 2001. Pp. 16-23; MORÓN URBINA, Juan Carlos. Los principios delimitadores de la potestad sancionadora de la administración pública en la Ley Peruana. En: *Advocatus*, 13. 2005; ZÚÑIGA FERNÁNDEZ, Tania. La potestad sancionadora de la administración pública. En: *Revista Jurídica del Perú*, abril, 2000. Pág. XV y ss.; y DANOS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit.

<sup>6</sup> En el mes de noviembre de 2007 Osiptel publicó para comentarios la Resolución N° 167-2007-PD/OSIPTTEL, con un Proyecto e supresión de la regulación de fórmula de tarifas tope respecto de los servicios regulados individuales de llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional a través de tarjetas de pago, servicios de Categoría I prestados por Telefónica.

Antes del proceso de reforma del Estado iniciado en la última década del siglo pasado, las telecomunicaciones en el Perú se encontraban en manos del Estado. La Compañía Peruana de Teléfonos (CPT), tenía a su cargo la concesión exclusiva para operar el servicio de telefonía fija local en la ciudad de Lima y en la Provincia Constitucional de El Callao<sup>7</sup>, y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (Entel Perú)<sup>8</sup> operaba el servicio de telefonía fija local en el resto del país y el servicio de portador de larga distancia nacional e internacional. La Ley General de Telecomunicaciones (Decreto Ley N° 19020), aprobada en el mes de noviembre de 1971, consideró al sector de las telecomunicaciones como estratégico y, por tal motivo, prohibió cualquier tipo de participación privada en el sector, tanto nacional como extranjera.<sup>9</sup> De esta forma el Estado se constituyó, tanto a través del Ministerio de Transportes y Comunicaciones creado en diciembre de 1968, como de sus empresas CPT y Entel en

el ente regulador de la actividad y en el operador de la red de las telecomunicaciones nacional. No se concebía, por lo tanto, la necesidad de establecer un organismo regulador independiente.

El Estado administró lo mejor que pudo el sector de las telecomunicaciones durante el período en que éstas estuvieron a su cargo (1970-1994) y como era de esperarse los resultados fueron desastrosos. Uno de las limitantes más importantes para el desarrollo del sector durante esta época fue la restricción absoluta a la participación de inversionistas privados. Esta situación se vio agravada por el descalabro económico producido en el país durante la segunda mitad del primer gobierno del presidente Alan García (1988-1990)<sup>10</sup>, que culminó en medio de una de las hiperinflaciones más rigurosas del mundo moderno, lo cual derivó en que gran parte de la infraestructura física nacional alcanzara niveles mínimos de eficiencia y que incluso

<sup>7</sup> En 1969 se dieron los primeros pasos para la nacionalización y posterior estatización de la Compañía Peruana de Teléfonos. El 29 de octubre de 1969 mediante un Convenio de Condiciones Básicas, el gobierno militar adquirió las acciones de la subsidiaria local de la International Telephone & Telegraph Corp. (ITT). Con esta operación el Estado se hizo con el 71 por ciento de las acciones de la compañía, el resto fue adquirido por inversionistas nacionales, básicamente abonados. De esta forma el Estado asumía el derecho de representación de los abonados en la dirección y gestión de la empresa prestadora. Como parte de pago de sus acciones, ITT escogió una propiedad donde se ubicaba la antigua Penitenciaría de Lima (también conocida como el Panóptico de Lima) y donde hoy se encuentra el hotel Sheraton.

<sup>8</sup> Entel nace con la Ley General de Telecomunicaciones de 1971, recibiendo el encargo de explotar de forma exclusiva los servicios públicos de telecomunicaciones en el país. Paulatinamente, fue asumiendo la responsabilidad en la prestación de servicios que brindaban otras empresas privadas. En Julio de 1972, se expropió la Compañía Nacional de Teléfonos (Norte) y en julio de 1973, se expropió la Sociedad Telefónica del Perú (Sur), en ambos casos Entel asumió los activos, pasivos y el personal de dichas empresas.

<sup>9</sup> Una de las reformas más importantes que instituyó el Gobierno Revolucionario de la Fuerza Armada fue modificar el régimen de propiedad de aquellos sectores dominados tradicionalmente por empresas extranjeras. Al final el primer gobierno del presidente Belaunde en 1968, las tres cuartas partes de la minería, la mitad de la industria manufacturera, las dos terceras partes de la banca comercial y un tercio de la industria pesquera estaba en manos de capitales extranjeros. Para 1975 este escenario había cambiado radicalmente, el Estado a través de sus empresas participaba en la mitad de la producción minera, las dos terceras partes del sistema bancario, una quinta parte de la industria manufacturera y además de generar la mitad de la inversión total en la economía. Vid. KLARÉN, Peter F. Nación y sociedad en la historia del Perú. Lima: Instituto de Estudios Peruanos. 2005. Pág. 416.

<sup>10</sup> De acuerdo con PASCÓ-FONT durante este período se aplicó un programa económico heterodoxo de corto plazo que pretendía lograr el crecimiento económico a través de una política sustentada en el aumento de los salarios reales, expansión del crédito interno y del gasto público, aumento en la protección arancelaria a la industria nacional y estableciendo un sistema generalizado de control de precios. Si bien, durante los primeros 18 meses de aplicación del programa se apreció una mejora en los indicadores macroeconómicos, una vez que se se agotaron los recursos externos y se deterioraron los ajustes fiscales, las políticas ejecutadas comenzaron a evidenciar sus inconsistencias. En septiembre de 1988, la estabilidad económica llega a un punto crítico cuando se produce una inflación mensual de 114 por ciento acompañado de una recesión económica sin precedentes (-8.2 por ciento). A mediados de 1990, la inflación anualizada era 4,778 por ciento. PASCÓ-FONT, Alberto. Políticas de estabilización y reformas estructurales: Perú. Santiago: CEPAL, Serie Reformas Económicas, 66, mayo de 2000. Pp. 7-8.

en algunos casos prácticamente dejara de operar.

Como se recordará a inicios de la década de los 90 el panorama de las telecomunicaciones no podía ser más desalentador. La teledensidad o penetración telefónica era la más baja de América Latina, 2.6 líneas fijas por cada 100 habitantes en 1992<sup>11</sup>. Este problema era mucho más grave en el interior del país. Así, la teledensidad telefónica, exceptuando a Lima Metropolitana, tenía casi de niveles africanos<sup>12</sup>, 1.23 líneas fijas por cada 100 habitantes. Según estándares internacionales un país con el nivel del producto per cápita peruano de 1992 debía aspirar en el nivel superior a 11 líneas por cada 100 habitantes y según algunas consultoras, el Perú debía tener cuando menos más de 6 líneas por cada 100 habitantes.<sup>13</sup>

En el año 1992 la demanda por líneas telefónicas fijas ascendía a 702,900 mientras que la oferta solo podía atender 381,700, es decir, la CPT y Entel sólo eran capaces de atender al 54 por ciento de la demanda. Entre los años 1983 y 1993, la teledensidad en el Perú sólo creció de 2.43 a 2.70 líneas por cada 100 habitantes, mientras que la teledensidad mundial lo hizo a un ritmo mucho más acelerado, pasó de 7.99 a 11.00 líneas por cada 100

habitantes. De haberse mantenido el ritmo de crecimiento de líneas telefónicas registrado en el período señalado, el déficit entre oferta y demanda vigente en 1993 se habría agravado de forma importante. Según cálculos realizados por consultoras internacionales, la demanda proyectada habría generado un déficit de 910,000 líneas telefónicas para el año 1997. Para remediar esta situación el Estado hubiera tenido que invertir cerca de US\$1,500 millones a través de sus empresas CPT y Entel cuando entre los años 1987 – 1992, Entel y CPT solo pudieron invertir US\$179 y US\$ 184 millones, respectivamente. Según estimaciones de la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) si la oferta de líneas telefónicas hubiera continuado creciendo al ritmo experimentado en los primeros años de la década de los noventa, la densidad telefónica del país habría ascendido a 3.83 líneas por cada 100 habitantes en el año 2000.

Este panorama, por lo demás desalentador, también se repetía en cuanto a los indicadores de calidad del servicio telefónico, en la medida que CPT y Entel ofrecían un servicio muy por debajo de los estándares internacionales. Según un informe del Banco Mundial, solo entre el 35 y el 40 por ciento de los intentos de llamadas podían completarse satisfactoriamente en el año 1992. Los

<sup>11</sup> En 1993 la teledensidad en Ecuador era de 5.31 líneas por cada 100 habitantes, en Bolivia 3.04, en Brasil, Chile, Argentina y en los Estados Unidos era de 7.51, 11.01, 12.29, y 57.38, respectivamente.

<sup>12</sup> Según el Informe sobre la Sociedad de la Información y el Desarrollo elaborado por la Unión Europea el año 2000, la teledensidad del servicio de telefonía fija africana era de 1.6 líneas por cada 100 habitantes. Vid. LÓPEZ COLOMER, Moisés. Tecnologías de la información y la comunicación para el desarrollo. [en línea]. Consultada el 4 de enero de 2008: [http://www.isf.uva.es/cursotsd/tsd4/Tecnologias\\_de\\_la\\_Informacion\\_y\\_Comunicacion\\_III.pdf](http://www.isf.uva.es/cursotsd/tsd4/Tecnologias_de_la_Informacion_y_Comunicacion_III.pdf).

<sup>13</sup> La información que se reproduce en los párrafos siguientes relacionada con el nivel de desarrollo de las telecomunicaciones en Perú durante el periodo inmediatamente anterior a la privatización han sido extraídas del documento: OSIPTEL. La transformación de las Telecomunicaciones en el Perú: Memoria 1994. [en línea]. Lima, 1995. Consultada el 5 de enero de 2008: <http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/CAPITULO%201.pdf>. Puede verse también: BARRANTES CÁCERES, Roxana y Patricia PEREZ MALCA. Regulación e inversión en telecomunicaciones: El caso peruano. World Dialogue on Regulations for Networks Economies, Marzo, 2006. Pp. 6-9; OSIPTEL. Compendio de estadísticas del sector telecomunicaciones en Perú. Lima: Gerencia de Políticas Regulatorias. 104-GPR/2005. Diciembre de 2005; y, TORERO, Máximo y Alberto PASCÓ-FONT. El impacto social de las privatización y de la regulación de los servicios públicos en el Perú. Lima: GRADE. Documento de Trabajo, 35. 2001. Pp. 10-11.

cables telefónicos con una vida útil promedio de 15 años habían sido instalados hace más de 60 años en el Cercado de Lima y en algunos distritos hacía más de 20 años. Por otro lado, la atención de reparación de líneas también se encontraba por debajo de los estándares internacionales. Según un reporte de la revista *Perú Económico*, los usuarios se veían obligados a reparar por su propia cuenta y riesgo las averías de sus teléfonos ante los infructuosos intentos de solicitar que la CPT lo hiciera. De los 22,060 reclamos por fallas del servicio telefónico reportados por usuarios de CPT en el mes de septiembre de 1989, más de 5,600 casos no fueron resueltos. Hoy una situación como la descrita sería sencillamente impensable. Casi no es necesario señalar, que durante este período el Estado no habilitó ningún procedimiento administrativo o mecanismo regular para obligar a CPT o Entel a brindar el servicio de telefonía bajo algún estándar mínimo de calidad.

La escasa inversión realizada por CPT y Entel obedeció en gran medida a la deficiente estructura tarifaria que no permitía que estas empresas recibieran los recursos suficientes. Como es ampliamente conocido las tarifas de las empresas de telecomunicaciones, al igual que en la mayoría de las empresas estatales, no se establecían en función de criterios técnicos sino básicamente por consideraciones de naturaleza política. La lógica de la estructura tarifaria para las

telecomunicaciones en esta época se sustentaba en el subsidio de algunos servicios -como el servicio local medido- manteniendo como contrapartida elevadas tarifas de otros servicios -como el de larga distancia internacional-, aproximadamente el 5 por ciento de los usuarios de Entel representaban el 29 por ciento de los ingresos de la empresa, mientras que el 6 por ciento de los usuarios de CPT cubrían el 28 por ciento de los ingresos de la compañía.

La ineficiencia inveterada de las empresas públicas para proveer los servicios básicos demandados por la población con unos niveles de calidad aceptables, la ausencia de unos objetivos claros y definidos con relación al manejo de estas empresas, la intensa intervención política en su funcionamiento y su descapitalización, promovieron que en el año 1991 el Perú iniciara un agresivo programa de privatizaciones de sus principales empresas públicas<sup>14</sup>. Como parte de este proceso, el Estado transfirió al sector privado las principales empresas de generación y distribución de electricidad<sup>15</sup>, así como las dos empresas estatales de telecomunicaciones<sup>16</sup>. Paralelamente, se diseñó un aparato institucional encargado de supervisar el cumplimiento de los contratos de concesión otorgados así como del marco tarifario y la fiscalización de la calidad de los servicios y los derechos de abonados y usuarios. Un proceso similar se diseñó para los servicios de agua potable, sin embargo,

<sup>14</sup> El proceso de privatización del sector de las telecomunicaciones no fue exclusivo del Perú. A fines de los ochenta se privatizaron las operadoras chilenas de telecomunicaciones. Siguió en 1990 Argentina y México, en 1991 Venezuela, y más adelante Bolivia y Brasil. De forma paralela a la privatización, se fueron introduciendo mecanismos de competencia en los mercados de telecomunicaciones de la región. Vid. JORDANA, Jacint y David SANCHO. *Reforma del Estado y telecomunicaciones en América Latina*. Barcelona: Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya; y, PONCE, Fátima, Tania BEGAZO y otros. *Procesos de privatización y apertura de las telecomunicaciones en América Latina, Un análisis comparativo*. Lima: OSIPTEL, Informe 001-GPR/2003.

<sup>15</sup> Vid. SANTIVÁÑEZ – SEMINARIO, Roberto j. *Desregulación y proceso político, Oportunismo regulatorio en la reforma de la industria eléctrica peruana*. Tesis, Universidad de Stanford, Master en Derecho, mayo, 2001. Pp. 21-29.

<sup>16</sup> Vid. OSIPTEL. *Libro Blanco: El Proceso de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones en el Perú*. Lima: Estudios en Telecomunicaciones, 10.

las empresas estatales de este sector no llegaron a ser privatizadas, con excepción de los servicios de saneamiento para la ciudad de Tumbes.

El proceso de privatización del sector de las telecomunicaciones y sus resultados es historia conocida. En 1994 se realizó una subasta pública bajo el mecanismo de la mejor oferta en sobre cerrado para el 35 por ciento de las acciones comunes de las empresas estatales CPT y Entel. El ganador de la subasta fue Telefónica de España. La privatización estuvo asociada con una serie de derechos y obligaciones para el operador adquirente que se encontraban plasmados en los Contratos de Concesión recientemente suscritos entre el Estado y las empresas de telecomunicaciones subastadas todavía de su titularidad. Si bien inicialmente se otorgó un período de concurrencia limitada en la provisión de servicios de telefonía local y de larga distancia nacional e internacional por cinco años y se autorizó un rebalanceo progresivo de las tarifas; en contrapartida se exigieron una serie de metas que implicaron una inversión mínima de aproximadamente US\$ 1,000 millones.<sup>17</sup>

Casi 18 años después de iniciado el proceso de privatización y liberalización de las telecomunicaciones en el Perú podemos observar un panorama bien distinto al que padecemos a mediados de la década de los 90. Al mes de septiembre de 2007 la teledensidad telefónica fija había alcanzado las 9,5 líneas por cada 100 habitantes. Asimismo, el número de líneas fijas en servicio aumentó a 2'632,161, registrándose

un incremento en 9.6 por ciento con relación al nivel registrado un año antes. El departamento de Lima, incluida la Provincia Constitucional de El Callao, concentra el 63.2 por ciento del total de líneas telefónicas fijas a nivel nacional con una teledensidad de 18.3 líneas por cada 100 habitantes. Según datos de la Encuesta Nacional de Hogares sobre Condiciones de Vida y Pobreza (ENAHO) para junio de 2007, el 28.9 por ciento de los hogares a nacionales ya cuenta con el servicio de telefonía fija frente a los 9 hogares que tenían servicio telefónico en 1993.<sup>18</sup>

A septiembre de 2007, el número de líneas móviles registró un crecimiento del 54.3 por ciento respecto al número de servicios móviles activos reconocidos en 2006. De esta forma con 13'539,373 líneas en servicio, la teledensidad móvil llegó a 49 líneas por cada 100 habitantes. De acuerdo con la información de la ENAHO en el mes de junio del 2007 el 40,6 por ciento de los hogares a nivel nacional cuenta con por lo menos un equipo móvil.

De igual forma, el número de teléfonos públicos a nivel nacional al mes de septiembre de 2007 fue de 171,298, con lo cual se alcanzó una teledensidad de 6.2 teléfonos por cada 1,000 habitantes. Igualmente, a fines de 2006 se registraron 1'028,755 usuarios de Internet, 23.5 por ciento más que el registro del año 2005. Para septiembre de 2007 las conexiones de Banda Ancha, ascendían a 537,682 suscriptores, un 10.9 por ciento más con relación al año anterior. Según la ENAHO, al mes de junio de 2007 el 6.4 por ciento de

<sup>17</sup> Vid. CROM, Jorge Ben A. PETRAZZINI. Una reglamentación eficaz. Estudio de caso: Perú. UIT, 2001. Pág. 7.

<sup>18</sup> Estas cifras han sido recogidas del documento: MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES. Estadísticas de Servicios Públicos de Comunicaciones. Lima: Dirección General de Regulación y Asuntos Internacionales de Comunicaciones, Setiembre de 2007. Vid. DE ALTHAUS, Jaime. La revolución capitalista en el Perú. Lima: Fondo de Cultura Económica. 2007. Pp. 81-85 y GALLARDO, José, Kristian LÓPEZ y Christiam GONZALES. Perú: Evolución del Acceso, la Cobertura y la Penetración en los Servicios de Telefonía. Lima: OSIPTEL, Gerencia de Políticas Reguatorias, Reporte N° 1, SGI-GPR 2007.

los hogares peruanos contaban con una conexión de acceso a Internet. Finalmente, para el mismo período los suscriptores al servicio de servicio de distribución de radiodifusión por cable (televisión por cable) eran 677,159, es decir 24.5 suscriptores por cada 1000 habitantes a nivel nacional.<sup>19</sup>

El número de firmas participantes en el mercado también ha evolucionado favorablemente. Si recordamos que en el año 1994 solo dos empresas estatales brindaban todos los servicios de telecomunicaciones en el Perú, al mes de septiembre de 2007 el número de concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional alcanzaba la cifra de 385. La mayor parte de estas concesiones otorgadas a favor de empresas que brindan el servicio de distribución de radiodifusión por cable (256 concesionarios).

Si bien los servicios de telecomunicaciones y su constante incremento, tanto en lo referente a la cantidad de operadores como al número de abonados, es sumamente saludable dados los beneficios derivados de su mayor acceso y uso<sup>20</sup>, y el ahorro en costos que su consumo generan<sup>21</sup>, lo cierto es que no están libres de producir algunos inconvenientes. Estas dificultades suelen justificar el hecho que la actividad de las telecomunicaciones se encuentre generalmente bajo una estricta supervisión y regulación por parte del Estado<sup>22</sup>. Las razones esgrimidas por las autoridades para intervenir en la actividad económica son conocidas puesto que han ocupado la atención de numerosos especialistas en las últimas décadas. Básicamente se sostiene que la intervención del Estado genera, bajo ciertas condiciones, resultados más eficientes para los agentes económicos dado que la existencia de las denominadas fallas de mercado<sup>23</sup>, impiden

<sup>19</sup> Si bien consideramos que una parte importante de esta evolución se debe a la mayor eficiencia de las empresas privatizadas frente a sus anteriores pares estatales, no debe perderse de vista que este desempeño también está relacionado con el importante crecimiento de la economía peruana registrado en los últimos años. Como ejemplo, para el año 1993 el producto per cápita nacional anual era de US\$ 1,163 cifra que según estimaciones del Ministerio de Economía se calculará en US\$ 3,931 para el año 2007. Vid. OSIPTEL. La transformación de las Telecomunicaciones en el Perú: Memoria 1994. [en línea]. Lima, 1995. Consultada el 7 de enero de 2008: <http://www.osiptel.gob.pe/osipteldocs/Temporal%20PDF/CAPITULO%201.pdf> y RPP NOTICIAS. Economía peruana creció 8.3% en el 2007, la tasa más alta desde 1994. [en línea]. Martes 8 de enero de 2008. Consultada el 10 de enero de 2008: [http://www.rpp.com.pe/portada/economia/110077\\_1.php](http://www.rpp.com.pe/portada/economia/110077_1.php).

<sup>20</sup> Son dos tipos los beneficios derivados del acceso y uso de los servicios de telecomunicaciones. Los beneficios directos, se refieren al excedente del consumidor (disponibilidad para pagar y ahorro en el uso de medios alternativos de comunicación), y los beneficios indirectos a externalidades de red, mayor cohesión social y mejoras en el funcionamiento de los mercados. El reconocimiento de estos beneficios y la necesidad de distribuirlos en la población constituyen incluso un objetivo de política de Estados en muchos países. Vid. ALDO CAVERO, Virgilio. Telefonía pública en áreas rurales: identificación y cuantificación de los beneficios privados y sociales. Lima: Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES), 2001.

<sup>21</sup> El ahorro generado por unos servicios de telecomunicaciones modernos y eficientes es fácil de explicar. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) lo hace magistralmente en su "Informe sobre desarrollo humano 1999". El costo de enviar un documento de 40 páginas de Madagascar a Costa de Marfil utilizando el tradicional correo postal es, al día de hoy de unos 75 dólares (y tardaría cinco días en alcanzar su destino), enviarlo por fax costaría unos 45 dólares (y tardaría unos treinta minutos en llegar a su destino), mientras que por correo electrónico el costo de su transmisión sería inferior a los 20 centavos y tarda menos de dos minutos, además de poder enviarlo a tantas personas como se quiera sin aumentar el costo. Vid. PNUD. Informe sobre desarrollo humano 1999. Madrid: Mundi Prensa. 1999. Pág. 58.

<sup>22</sup> Si bien en estricto sentido el término "regulación" tiene una acepción restringida, más bien relacionada con la facultad con que cuentan diversas agencias del Estado para decidir, y establecer, el marco tarifario, en un sentido amplio se suele dar contenido a este término en lo referente a aquella capacidad de normar de forma amplia diversos aspectos de la actividad. Este artículo refiere al término regulación en su segunda acepción, que adicionalmente comprende la actividad normativa, supervisora o sancionadora.

<sup>23</sup> Se suele señalar que los mercados competitivos no operan correctamente debido a cuatro razones básicas: la existencia de empresas con poder de mercado, externalidades, información asimétrica o incompleta y bienes públicos. Vid. PINDYCK, Robert S., Daniel L. Rubinfeld y Víctor A. Beker. Microeconomía. Buenos Aires: Prentice Hall. 2000. Pp. 417-418; y, SOLANES, Miguel. Servicios públicos y regulación. Consecuencias legales de las fallas de mercado. Santiago de Chile: CEPAL, Serie Recursos Naturales e Infraestructura. 1999.

que una economía asigne los recursos de forma adecuada.<sup>24</sup> La responsabilidad de velar por la adecuada marcha de determinadas actividades económicas se suele entonces encargar a un órgano de la administración pública con relativa independencia del poder político.

Aun cuando existen diversas opiniones respecto de cuál es la estructura institucional ideal para el sector de las telecomunicaciones, el modelo más difundido es aquél según el cual un Ministerio se encarga de la elaboración de las políticas generales del sector, un organismo independiente es el facultado a regular y la operación de red y la prestación de los servicios es administrada por empresas del sector privado.<sup>25</sup> Tal es el caso de la mayoría de las naciones latinoamericanas, aunque en algunos países, como en Chile, es el Ministerio el encargado de regular los servicios de telecomunicaciones del país.<sup>26</sup>

### **Osiptel y la función sancionadora**

En el Perú el modelo institucional elegido para supervisar el desarrollo del

sector de las telecomunicaciones sigue el patrón del regulador inglés Oftel<sup>27</sup>, es decir, el de un organismo público y relativamente independiente del gobierno, en la medida que es el Estado el que nombra a su presidente así como a los funcionarios de mayor rango. Desde este modelo, si bien el regulador peruano está dirigido por un Presidente, tiene un contrapeso natural en su Consejo Directivo, dado su carácter colegiado, es decir, para la adopción de las decisiones más importante será necesaria la opinión favorable de la mayoría de sus miembros.

Osiptel fue creado por Decreto Legislativo N° 702 en el año 1991 e inició sus actividades en el año 1993. Es un organismo público descentralizado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. A Osiptel se le han otorgado cinco tipos de funciones: supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora y de solución de controversias. Nos detendremos en las funciones sancionadoras y solución de controversias.

<sup>24</sup> Sobre las justificaciones para que el Estado intervenga en la economía se puede revisar entre otros trabajos: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico. Lima: Ara Editores. 2004; ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Economía y estado. Crisis y reforma del sector público. Madrid: Marcial Pons. 1993; BREYER, Stephen. Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública. En: Estudios Públicos, 78, 2000. Pp. 28-44. DILORENZO, Thomas J. The Myth of Natural Monopoly. En: The Review of Austrian Economics, 9 (2). Pp. 43-58. HARO SEIJAS, Jose Juan. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. Contra los excesos de la regulación económica. En: Themis, 50. Pp. 155-160; y, INTVEN, Hank, Jeremy OLIVER y Edgardo SEPÚLVEDA. Manual de reglamentación de las telecomunicaciones. Washington: Mac Carthy Tétraut, InfoDev. 2000; LASHERAS, Miguel Angel. La regulación económica de los servicios públicos. Barcelona: Ariel. 1999.

<sup>25</sup> INTVEN, Hank, Jeremy OLIVER y Edgardo SEPÚLVEDA. Manual de reglamentación de las telecomunicaciones. Washington: Mac Carthy Tétraut, InfoDev. 2000. Pp. 1-4 – 1-10.

<sup>26</sup> En Chile, el regulador del sector es la Subsecretaría de Telecomunicaciones (Subtel) órgano dependiente del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones.

<sup>27</sup> Oftel (Office of Telecommunications) fue creado por la Telecommunications Act de 1984, y se constituyó como el órgano regulador de la industria de telecomunicaciones del Reino Unido. Se trataba de un organismo independiente del gobierno, cuyo Director General era elegido por el Secretario de Estado de Comercio e Industria por un período de 5 años. Para completar su estructura, el Director General contaba además con seis comités consultivos (Advisory Committees on Telecommunications ACTs). Por lo que respecta a su control, debía remitir informes anuales de gestión a la Secretaría de Estado de Comercio e Industria y al Parlamento. Desde el año 2002 la Ofcom (Office of Communications) es el órgano regulador del sector de las comunicaciones en el Reino Unido heredando las responsabilidades de los cinco órganos reguladores a los que reemplazó: Broadcasting Standards Commission (BSC), Independent Television Commission (ITC), Oftel, Radio Authority y Radiocommunications Agency. Vid. GRETEL. Competencia y regulación en los mercados de las telecomunicaciones, el audiovisual y internet. Madrid: Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación. 1998. Pág. 96-99; y RAMÍREZ, José Roberto y Juan Vega. Claves de la regulación. Las autoridades nacionales de regulación. En: Bit, [en línea]. 105, setiembre – octubre 1997. Consultada el 4 de enero de 2008: <http://www.coit.es/publicac/publbit/bit105/jramirez.htm>.

Se ha señalado que la estructura del marco sancionador debe ser lo suficientemente clara y severa como para evitar la reincidencia del infractor y generar efectos disuasivos en el resto de los agentes que participan en el mercado. De acuerdo con Lorena Alcázar y Pierina Pollarollo, no basta con que las sanciones sean elevadas, también deben ser efectivamente cumplidas, pues de lo contrario se puede dar señales erradas que incentiven actividades poco competitivas.<sup>28</sup> El marco regulatorio debe incluir la formación de órganos con capacidad y autonomía encargados de solucionar los diversos niveles de controversias (entre ellas aquellas las que se derivan de procedimientos sancionadores), los cuales deben ser independientes, tanto con respecto al órgano regulador como a los demás agentes involucrados.<sup>29</sup>

De acuerdo con la Ley N° 27332, Ley Marco de los Organismos Reguladores, la facultad fiscalizadora y sancionadora de Osiptel comprende la potestad de imponer sanciones dentro de su ámbito de competencia por el incumplimiento de obligaciones derivadas de normas legales o técnicas, así como las obligaciones contraídas por los diversos concesionarios en sus respectivos contratos de concesión. Cabe señalar que a diferencia de lo que ocurre en otros sectores regulados donde el organismo regulador sectorial no es el

competente para imponer sanciones por ofensas a la libre competencia en el caso de las telecomunicaciones Osiptel se encuentra facultado para investigar e imponer sanciones de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 701 que dispone la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.<sup>30</sup>

Una serie de órganos de Osiptel son competentes para imponer sanciones: la Gerencia General, el Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Trasu), los Cuerpos Colegiados Ordinarios y el Tribunal de Solución de Controversias. La norma que regula las facultades de la Gerencia General y el Trasu en materia sancionadora, a través del que denominaremos Procedimiento Específico, es el Reglamento General de Infracciones y Sanciones aprobado por Resolución N° 002-99-CD/OSIPTEL; los Cuerpos Colegiados Ordinarios y el Tribunal de Solución de Controversias lo hacen luego de seguir el procedimiento establecido en la Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTEL, Reglamento General de Controversias en la Vía Administrativa.

El Procedimiento Específico se descompone en tres etapas, la primera – la fase de instrucción- está a cargo de la

<sup>28</sup> ALCÁZAR, Lorena y Pierina POLLAROLO. La regulación y el manejo de controversias de los sectores de telecomunicaciones y electricidad: Un análisis institucional comparativo. Lima: Instituto Apoyo, Documento de Trabajo, 5, noviembre de 2000. Pp. 13-14.

<sup>29</sup> Ibidem. Pág. 14.

<sup>30</sup> Durante algún tiempo existieron algunos inconvenientes para determinar cuál era órgano competente para investigar aquellas controversias iniciadas por violación a las normas de la libre competencia cuando solo una de las partes participaba en el mercado de las telecomunicaciones. Un caso paradigmático de este problema fue la controversia entre Tele Cable con Telefónica del Perú, Telefónica Multimedia, Fox Latin American Channel y Turner Broadcasting System Latin America, el cual se sustanció paralelamente tanto en Indecopi (Expediente N° 006-1999-CLC) como en Osiptel (Expediente N° 006-99). Más curioso aún fue que la práctica denunciada fue considerada como contraria a las normas de competencia por Osiptel e inofensiva por Indecopi. Ello fue solucionado con la aprobación de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL, misma que precisó que Osiptel es "(...) competente para conocer toda controversia que se plantee como consecuencia de acciones u omisiones que afecten o puedan afectar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, aunque (solo una de las partes tenga la condición de empresa operadora de tales servicios)" (artículo 36). Sin embargo, tratándose de controversias por ofensas a la libre competencia, la instancia competente de Osiptel está obligada a solicitar a Indecopi un informe técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia.

gerencia de Osiptel que detectó la presunta infracción (generalmente la Gerencia de Fiscalización), la cual es la encargada de notificar al infractor el intento de sanción, luego, procederá a elaborar un informe con los resultados obtenidos a ser remitido a la Gerencia Legal. La segunda fase está a cargo de la Gerencia Legal, la cual emite una opinión y expresará las recomendaciones del caso. La tercera fase, la decisoria se encuentra a cargo de la Gerencia General, la cual emite una resolución formal imponiendo la sanción o archivando el expediente, en caso no se detectase la comisión de infracción administrativa. Las sanciones impuestas por la Gerencia General o por el Trasu son recurribles en vía de reconsideración o apelación. En caso de interponerse recurso de apelación, se elevará lo actuado al Consejo Directivo de Osiptel cuyo pronunciamiento agota la vía administrativa.<sup>31</sup>

En el marco de controversias entre empresas, el numeral 4) del artículo 77 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y el literal e) del artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores señalan la competencia de Osiptel para conciliar intereses contrapuestos entre entidades o empresas bajo su ámbito así como para resolver los conflictos suscitados entre los mismos. El artículo 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones regula aquellos aspectos que pueden ser sometidos al órgano de solución de

conflictos entre empresas de Osiptel: incumplimiento de las obligaciones sobre leal competencia, la interconexión de servicios y derecho de acceso a la red, las tarifas entre empresas y aspectos técnicos entre las empresas.

Las controversias entre empresas operadoras ante Osiptel se encuentran reguladas desde el año 1995 por un Reglamento General para la Solución de Controversias.<sup>32</sup> De acuerdo con este marco, los procedimientos de controversias se pueden clasificar en dos tipos: aquellos que no involucren la comisión de una infracción y aquellos que versan sobre la comisión de infracciones. La primera instancia administrativa está conformada por un Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) compuesto por tres miembros aun cuando en algunas circunstancias puede estar integrado hasta por cinco miembros<sup>33</sup>, designados para cada caso por el Consejo Directivo salvo que éste delegue dicha función en su Presidente.<sup>34</sup> Los CCO cuentan con el apoyo de una Secretaría Técnica que hace las veces de órgano de enlace con la estructura orgánica de Osiptel. En los casos de procedimientos que versan sobre la comisión de infracciones, la Secretaría Técnica actúa como órgano instructor. Hasta la aprobación de la Ley Marco de los Organismos Reguladores y de la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Osiptel, en julio y agosto de 2000 respectivamente, las resoluciones de los CCO eran revisadas en segunda instancia por el Presidente de Osiptel. A partir de entonces, la segunda

---

<sup>31</sup> Las multas impuestas por Osiptel dependiendo de su gravedad pueden ascender entre a 0.5 y 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) tratándose de infracciones leves, 51 y 150 UIT tratándose de infracciones graves y 151 y 350 UIT por infracciones muy graves.

<sup>32</sup> Hasta la fecha se han aprobado hasta tres reglamentos para la solución de controversias en la vía administrativa: Resolución N° 001-95-CD/OSIPTTEL publicado el 6 de Enero de 1995, Resolución N° 027-99-CD/OSIPTTEL publicado el 12 de octubre de 1999 y Resolución N° 010-2002-CD/OSIPTTEL publicado el 21 de abril de 2002.

<sup>33</sup> Hasta el año 1999 los cuerpos colegiados estaban conformados regularmente por cinco miembros, a partir de dicho año, salvo casos particulares, lo normal es que (estén conformados por tres miembros.

<sup>34</sup> El procedimiento de solución de controversias entre empresas de Osiptel no respeta el principio del juez natural en la medida que los miembros de cada CCO son elegidos de una lista de candidatos aprobada por el Consejo Directivo.

instancia administrativa la constituye un Tribunal de Solución de Controversias compuesto por cinco miembros cuyo nombramiento y composición es similar al Consejo Directivo. Es decir, en la práctica, el Tribunal de Solución de Controversias es un órgano independiente de la estructura orgánica de línea de Osiptel.

### OSIPTEL EN CIFRAS

Uno de los aspectos en los que Osiptel ha centrado su atención en los últimos años es en la continua fiscalización de las empresas operadoras en particular en la relación que éstas mantienen con los usuarios y abonados de los servicios públicos de telecomunicaciones. Este interés se ha materializado en un aumento constante de los procedimientos sancionadores y medidas correctivas iniciadas de conformidad con el Procedimiento Específico.

Hasta el mes de mayo de 2007 la Gerencia General de Osiptel había impuesto de forma definitiva 47 multas por diversas infracciones al marco normativo<sup>35</sup>. Estas sanciones correspondían a un catálogo bastante amplio de infracciones, las cuales hemos clasificado de la siguiente forma: no suministrar información o hacerlo de forma inexacta (38.3 por ciento), infracciones al marco tarifario (19.1 por ciento), obstaculizar acciones de supervisión (14.8 por ciento), afectar los derechos de los usuarios (12.7 por ciento)<sup>36</sup>, infracciones a las normas de arrendamiento de circuitos (8.5 por ciento), al Procedimiento de

Supervisión y Control de la Calidad del Servicio (2.1 por ciento), incumplimientos de órdenes o mandatos de Osiptel (2.1 por ciento) y por incumplir el plan mínimo de expansión (2.1 por ciento). El total de las multas impuesta por Osiptel para el periodo 1994 – 2007 ascendía a la suma de 1,956 UIT<sup>37</sup>. De esta cifra, el 44 por ciento correspondía a infracciones por obstaculizar acciones de supervisión, 20.3 por ciento por no suministrar información o hacerlo de forma inexacta, 13.3 por ciento por infracciones al marco tarifario, 12.2 por ciento por incumplimientos de ordenes o mandatos de Osiptel, 5.7 por ciento por afectar los derechos de los usuarios, 2.5 por ciento por infracciones al Procedimiento de Supervisión y Control de la Calidad del Servicio y 1.6 por ciento por incumplir las normas de arrendamiento de circuitos. Por lo tanto, se han impuesto un total de 3.6 sanciones y 150 UIT por año.

Como podemos observar, contrariamente a lo que suele mencionarse, aun cuando Osiptel realiza continuamente verificaciones con relación a la prestación y calidad de los servicios de telecomunicaciones ofrecidos por las empresas de telecomunicaciones<sup>38</sup>, el número de UITs impuestas por infracciones al marco regulatorio asciende solo al 9.8 por ciento del total, siendo que las sanciones por infracciones relacionadas directamente con el desempeño y la actividad del propio Osiptel las que han merecido una severidad considerablemente mayor. Sin embargo, esta situación parecería revertirse en la medida que en los últimos cuatro años (2004–2007) de los 116

<sup>35</sup> Según información que aparece en el web site de Osiptel. Vid. OSIPTEL. Relación de multas impuestas a empresas. [en línea]. Consultada el 7 de enero de 2008: <http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=3371&P=%2FOsiptelDocs%2FGL%2FSERV%5FEMPRESAS%2F%2E%2E%2F%2E%2E%2FTemporal%2520PDF%2FMultas%5Fimpuestas%5Fa%5FempresasMay2006%2Epdf>.

<sup>36</sup> Incluye infracciones a la Resolución N° 116-2003-CD/OSIPTEL, Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, a la Directiva de Reclamos y a la Ley de Protección al Consumidor.

<sup>37</sup> Suma a la que habría que incluir dos sanciones de multa por la suma de 48,201 nuevos soles.

<sup>38</sup> Entre 1995 y junio de 2002, Osiptel realizó 16,537 acciones de supervisión, de acuerdo con la tendencia es altamente probable que dicha estadística se haya incrementado en años posteriores, lamentablemente no ha sido publicada en el site de Osiptel.

procedimientos sancionadores y medidas correctivas iniciados por Osiptel el 46,5 por ciento correspondieron a supuestas infracciones a los derechos de los abonados, frente a los iniciados por incumplir órdenes o mandatos de Osiptel (12.7 por ciento), por infracciones al marco regulador de la telefonía rural (11.2 por ciento)<sup>39</sup> y por no suministrar información o hacerlo de forma inexacta (9.4 por ciento).

Con relación a las sanciones impuestas por el Trasu, según cifras actualizadas al mes de mayo de 2006 se aplicaron 23 sanciones, básicamente por infracciones al procedimiento de reclamos de usuarios, por no cumplir con las resoluciones del Trasu o por suspender el servicio telefónico con reclamo en trámite. Si tenemos en cuenta que durante el período 1995-2005 el Trasu gestionó un total de 120, 929 apelaciones o que Telefónica para el período 2000-2005 recibió más de 1 millón 200 mil reclamos, la respuesta de los operadores al sistema de reclamos de usuarios parece ser la adecuada.

Entre los años 1994 y 2007, Osiptel gestionó un total de 96 controversias, incluyendo aquellas relacionadas por infracciones al Decreto Legislativo N° 701, competencia desleal e interconexión. Del total de controversias tramitadas, el 57 por ciento correspondieron a demandas por infracciones a las normas de competencia (30 por libre competencia y 25 por competencia desleal). En dicho período, el número promedio de

controversias tramitadas ascendió a unas 7 controversias por año, aun cuando el número de éstas se ha deprimido de forma importante en el último año. Si en el año 2003 se iniciaron 18 controversias y 16 en el año 2006, esta cifra se ha reducido a sólo dos controversias en el año 2007. Sin embargo, si dividimos los últimos diez años en dos períodos de cinco años cada uno, advertiremos que para el período 1998-2002 se tramitaron poco más de siete controversias por año (7.2), mientras que para el período 2003-2007 la cifra aumentó a 12.5.

En lo que respecta a las materias sometidas a controversia, si bien inicialmente la mayoría de los casos tramitados versaban sobre aspectos relativos a la interconexión, en los últimos tiempos el mayor número de demandas que se presentan se encuentran vinculadas con la vulneración de normas de competencia en particular por actos de competencia desleal.

Los primeros dos años del régimen de solución de controversias estuvieron matizados por el conflicto que mantuvieron Tele2000 y Telefónica (Expedientes N° 01-94, N° 02-94 y N° 01-95) sobre diversos aspectos técnicos y económicos de su relación de interconexión, el cual culminó con el proceso conocido como Roaming I (Expediente N° 02-95) que finalizó con la emisión de un mandato con las condiciones según las cuales Telefónica debía otorgar a los usuarios de Tele2000 el acceso al servicio de Roaming Automático Nacional<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Referido a la Resolución N° 069-2002-CD/OSIPTTEL, Reglamento sobre la continuidad en la prestación del servicio telefónico bajo la modalidad de teléfonos públicos en centros poblados rurales y su exposición de motivos.

<sup>40</sup> En su resolución del mes de julio de 1997 el CCO no definió explícitamente el roaming automático, pero sí determinó que la cobertura del servicio ofrecido a los usuarios de Lima Metropolitana era un recurso esencial para la competencia, pues los usuarios, elegirían el servicio con mayor cobertura. De esa forma, Telefónica contaba con el recurso "cobertura", lo que le permitía afectar de manera importante las condiciones de operación de sus empresas competidoras en el mercado de telefonía móvil. El CCO dispuso que Telefónica debía brindar el servicio de roaming automático nacional a Tele 2000 en las mismas condiciones en las que se las provee a sí misma. Asimismo, concluyó que se trataba de un caso de abuso de posición de dominio por parte de Telefónica, por lo que le impuso una multa de 50 UIT. La Presidencia de Osiptel si bien confirmó parte de la resolución del CCO absolvió a Telefónica del pago de la multa. Esta controversia tuvo un segundo capítulo pocos años después cuando Bellsouth, heredera de Tele2000, demandó a Telefónica Móviles por presunta negativa injustificada a facilitar el servicio de roaming automático nacional, en esta oportunidad el CCO falló a favor de Telefónica Móviles y sostuvo que Bellsouth estaba en perfecta capacidad de instalar sus propias redes móviles en provincias. Un análisis de este caso puede verse en HARO SEIJAS, Jose Juan. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. Contra los excesos de la regulación económica. En: Themis, 50. Pp. 164-165.

La controversia entre la Red Científica Peruana (RCP) con Telefónica (Expedientes N° 01-96, N° 04-99, N° 02-96, N° 02-99) involucraron hasta cuatro procesos que obedecían a un mismo origen aun cuando dos de ellos fueron los más importantes. En el primero, iniciado en febrero de 1996, la RCP demandó a Telefónica (Expediente N° 01-96) por actos de competencia desleal y de abuso de posición de dominio<sup>41</sup>. El segundo proceso trascendente de este conflicto se inició, en agosto de 1996, cuando Telefónica presentó una demanda contra la RCP (Expediente N° 02-96) por actos de competencia desleal, al considerar que la RCP había realizado una serie de afirmaciones públicas de carácter denigratorio.<sup>42</sup>

El caso seguido entre Tele Cable contra Telefónica Multimedia, Telefónica del Perú, Turner y Fox constituye un leading case en materia de restricciones verticales en el Perú y es también el último caso en el que a pesar de verificarse la vulneración de la normativa de libre competencia la práctica no fue sancionada. Turner y Fox celebraron una serie de acuerdos de

exclusividad con Telefónica Multimedia que impedían que Tele Cable pudiera transmitir las señales de Fox y Turner en su parrilla de programación. El Cuerpo Colegiado determinó, por mayoría, que los efectos de dicha práctica perjudicaba al mercado, sin embargo, no impuso ninguna sanción con relación a la práctica denunciada.

Otro grupo de casos importantes está referido a las controversias iniciadas por operadoras de televisión por cable por la supuesta negativa tanto de empresas de telecomunicaciones y como de empresas eléctricas para alquilar su infraestructura de postes. Aun cuando las empresas eléctricas son las que han soportado un mayor número de demandas<sup>43</sup>, curiosamente se ha reportado solo un caso contra una empresa de telecomunicaciones<sup>44</sup>. Cabe destacar que la mayoría de las controversias relacionadas con el acceso a postes no implicaron realmente actos de abuso de posición de dominio de parte de las empresas denunciadas en la medida que las denunciadas pretendían utilizar el procedimiento de solución de controversias

<sup>41</sup> La demanda se presentó luego del anuncio de Telefónica de brindar los servicios de UNIRED e INFOVIA a través de los cuales se habilitaba a otras empresas prestadoras de servicios de valor añadido ofrecer servicios a sus abonados a través de la red de telefonía fija, y en el caso particular de UNIRED, servicios de acceso a Internet. RCP denunció que Telefónica estaba cometiendo diversos actos de competencia desleal con el fin de obstaculizar la labor de RCP en el mercado. El CCO a declaró fundada parcialmente la demanda e impuso a Telefónica una sanción de 50 UIT y de 10 UIT adicionales por haber incumplido algunos aspectos de su contrato de concesión. En febrero de 1998, la Presidencia de Osipitel si bien confirmó la resolución apelada, liberó a Telefónica de la sanción de 10 UIT por considerar que la multa de 50 UIT abarcaba tanto la comisión de actos contrarios a la libre competencia como los incumplimientos a los Contratos de Concesión.

<sup>42</sup> El CCO declaró fundada la demanda e impuso a la RCP una multa de 30 UIT. La Presidencia de Osipitel declaró infundado el recurso de apelación presentado por la RCP.

<sup>43</sup> Hasta el momento se han registrado 7 casos por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato de uso de postes de empresas eléctricas: VO Cable contra Luz del Sur (Expediente N° 06-2000), Pedro Juan Laca Buendía contra Electronorte (Expediente N°05-2001), Cable Junior contra Electro Sur Medio (Expediente N°07-2001), Telecable Motupe contra Electronorte (Expediente N°08-2001), Empresa de Telecomunicaciones Multimedia ALFA contra Luz del Sur (Expediente N° 17-2003), Tele Casma contra Hidrandina (Expediente N° 04-2005) y Cable Visión Ica contra Electro Sur Medio (Expediente N° 14-2005).

<sup>44</sup> En el mes de noviembre de 2001 Telecomunicaciones Multimedia Alfa demandó a Telefónica (Expediente N° 09-2001) por supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato al negarse Telefónica a contratar el uso de sus postes en la zona de Huayacán. El 20 de enero de 2003 el CCO declaró fundada la demanda e impuso una multa de 25 UIT a Telefónica por abuso de posición de dominio. En julio de 2003 el Tribunal de Solución de Controversias confirmó la resolución del CCO.

como un mecanismo para modificar la oferta económica de las empresas propietarias de los postes.<sup>45</sup>

Asimismo, la relación de interconexión entre empresas operadoras ha sido tradicionalmente una fuente importante de controversias. Si bien en algunos casos este mecanismo ha sido alentado por una regulación inadecuada de fijación de cargos de interconexión<sup>46</sup> o por una incipiente regulación de los mecanismos de apertura del mercado de las telecomunicaciones<sup>47</sup>, también se han reportado conductas oportunistas que han pretendido aprovecharse de la medida cautelar automática contenida en el artículo 23° del

Reglamento de Solución de Controversias.<sup>48</sup> Entre otras controversias importantes podemos destacar el caso iniciado por Bellsouth contra Nextel (Expediente N° 03-2001) por adecuación de cargos de interconexión<sup>49</sup> y el caso AT&T contra Telefónica (Expediente N° 10-2002) por diversos aspectos relacionados con la interconexión<sup>50</sup>.

Finalmente, desde hace unos años diversos operadores de televisión por cable vienen demandando ante Osiptel a sus competidores por infringir a las normas del Decreto Ley N° 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, en particular en lo que respecta a la modalidad de violación

<sup>45</sup> Una crítica a la doctrina desarrollada por Osiptel en la materia de acceso a los postes de empresas eléctricas y de telecomunicaciones por parte de operadoras de televisión por cable puede verse en HARO SEIJAS, Jose Juan. Op. Cit. Pp. 166-167. Una posición favorable se puede encontrar en: QUINTANA SANCHEZ, Eduardo. Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia?. En: Ius et veritas, 25. 2002. Pp. 378-388; y KRESALJA, Baldo y Eduardo QUINTANA. La Doctrina de las Facilidades Esenciales y su Recepción en el Perú. En: Ius et Veritas, 31. 2005.

<sup>46</sup> Entre los años julio de 2002 y abril de 2003 una serie de operadoras de larga distancia como Full Line (Expediente N° 11-2002), Nortek (Expediente N° 04-2002), Gamacom (Expedientes N° 05-2003 y N° 11-2003), Convergía (Expediente N° 06-2003) e Impsat (Expediente N° 07-2003), iniciaron sendas controversias contra Telefónica para que ésta trasladara los menores cargos establecidos en un Mandato emitido a favor de AT&T.

<sup>47</sup> En el mes de julio de 2000, la Compañía Telefónica Andina demandó a Telefónica alegando que ésta había suspendido de forma ilegal el servicio de transportes conmutado hacia la red móvil de Bellsouth. Aun cuando el CCO encargado de resolver la controversia sancionó efectivamente a Telefónica por este hecho con 151 UIT, pocos meses después se modificó el régimen de interconexión obligando a quienes solicitaban el servicio de tránsito hacia terceras redes a que garantizaran debidamente su tráfico. A partir de la aprobación de dicha regulación no se ha producido un inconveniente de similar naturaleza.

<sup>48</sup> Son muchos los expedientes tramitados ante CCO en los que la norma mencionada ha sido invocada con el único propósito de evitar el inmediato pago de deudas por concepto de interconexión. En particular pueden citarse los siguientes casos Compañía Telefónica Andina con Telefónica (Expediente N° 01-2001); Nortek Communications con Telefónica (Expediente N° 03-2003); Gamacom con Telefónica (Expedientes N° 05-2003 y N° 11-2003); Ditel Corporation con Telefónica (Expediente N° 16-2003) y System One Wolrd Communications con Telefónica (Expediente N° 03-2004). Incluso en varias de estas oportunidades varios CCO impusieron sendas multas a los operadores demandantes por considerar que las demandas presentadas eran manifiestamente maliciosas: 10 UIT a Teleandina, 35 UIT a Ditel Corporation y 35 UIT a System One Wolrd Communications.

<sup>49</sup> En setiembre de 2002, Bellsouth demandó a Nextel (Expediente N° 10-2002) ante Osiptel solicitando la adecuación del contrato de interconexión entre ambas empresas a las condiciones económicas que esta última había pactado con Telefónica Móviles, en particular la eliminación del sistema de compensación Sender Keeps All y su reemplazo por un mecanismo de cargos de terminación. Nextel al contestar la demanda reconvino solicitando al CCO que declare que Bellsouth no podía usar su red de telefonía móvil interconectada con Nextel, como red portadora con fines de brindar el servicio de transporte conmutado local. El CCO amparó la demanda de Bellsouth y desestimó la reconvención de Nextel, imponiendo adicionalmente a la primera una multa ascendente a 151 UIT, sanción que fue confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Solución de Controversias.

<sup>50</sup> En el mes junio de 2001 AT&T demandó a Telefónica (Expediente N° 03-2001) sosteniendo, entre otras alegaciones, que la empresa demandada se había negado injustificadamente a transportar las llamadas originadas en teléfonos fijos de abonados de AT&T hacia sus suscriptores de los servicios de la serie 80C; que Telefónica estaba obligada a permitir que los abonados de telefonía fija local que hubieran prescrito los servicios de larga distancia de AT&T pudieran acceder a operadoras de larga distancia nacional e internacional mediante el discado de los números 108 y 109 y que Telefónica se había negado a transportar a través de su red las llamadas originadas en sus teléfonos públicos con destino hacia los abonados de telefonía fija de AT&T. El Cuerpo Colegiado Ordinario impuso por estos aspectos una sanción ascendente a 570 UIT.

de normas<sup>51</sup>. Cabe señalar que en cuatro de estos casos diversos los CCO de Osiptel impusieron a las empresas demandadas sanciones que van en un rango de 1.2 UIT hasta 4 UIT.<sup>52</sup>

Hasta la fecha el total de sanciones impuestas por las diversas instancias del régimen de solución de controversias de Osiptel asciende a la suma de 2,601 UIT. De estas sanciones el 61.6 por ciento correspondieron a infracciones al régimen de interconexión, 37.9 por ciento por libre competencia y sólo 0.5% por competencia desleal.<sup>53</sup>

### ¿QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES?

Esta frase del poeta latino Juvenal (55 – 128d.C.)<sup>54</sup> nos sirve para ilustrar un problema fundamental de política pública, relacionado con el diseño institucional más adecuado que permita a través de la estructuración de diversos balances al interior de la institución asegurar una correcta y mesurada intervención de los organismos reguladores en el mercado a su cargo.

La creación y fortalecimiento de los reguladores ha sido motivo de intenso debate por los especialistas, en la medida que éstos organismos forman parte de una nueva dimensión del Estado, en cuanto se procura delimitar el responsable idóneo para el correcto funcionamiento de ciertos mercados. Debemos tener en cuenta que los procesos de privatización y liberalización no son procesos sencillos, dado que afectan sectores complejos, muchas veces multiservicio y con una evolución particular no replicable. Tampoco debemos perder de vista que algunas industrias reguladas tienen mayor aptitud para la competencia y para mostrar rápidamente resultados beneficiosos para los usuarios y consumidores, lo cual ayuda a mitigar los obstáculos políticos de la aplicación de ciertas medidas aunque necesarias generalmente impopulares. Podemos citar por ejemplo, la evolución de los servicios de telefonía de larga distancia y de servicios móviles donde los resultados de la apertura son evidentes, en la medida que se ha producido un considerable aumento de la oferta y se ha desarrollado una vigorosa

<sup>51</sup> Hasta la fecha se han presentado trece controversias por supuestas infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal por violación de normas: TVS Iquitos contra TV Cable San Juan (Expediente N° 03-99), Cable Visión contra Televisión Satelital (Expedientes N° 02-2003 y Expediente N° 09-2005), María del Pilar Uzátegui Perea contra José Leonardo Correa Briceño (Expediente N° 07-2004), José Leonardo Correa Briceño contra María del Pilar Uzátegui Perea (Expediente N° 02-2005), Corporación Peruana de Imagen Satelital contra Producciones Cable Mar (Expediente N° 05-2005), Televisora TLS Chapén contra Enélica Cabanillas Alayo (Expediente N° 13-2005), José Mariñas Guzmán contra J&L Telecable Siglo 23 (Expediente N° 01-2006), Cable Visión contra Televisión Satelital (Expediente N° 02-2006), Casagrande Televisión contra José Emilio Minchán Novoa (Expediente N° 05-2006), TV Cable Catacaos contra Sión Comunicaciones (Expediente N° 06-2006), TV Cable Catacaos contra Televisión Laredo (Expediente N° 01-2007) y J.R.Telecom contra Láser (Expediente N° 02-2007).

<sup>52</sup> Inicialmente los CCO de Osiptel venían fallando en el sentido que se producía una infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal en la modalidad de violación de normas cuando se acreditaba que la empresa demandada no contaba con las autorizaciones y derechos correspondientes para emitir los contenidos transmitidos en su señal de cable, tal como ocurrió en los casos María del Pilar Uzátegui Perea contra José Leonardo Correa Briceño (Expediente N° 07-2004), José Leonardo Correa Briceño contra María del Pilar Uzátegui Perea (Expediente N° 02-2005) y Corporación Peruana de Imagen Satelital contra Producciones Cable Mar (Expediente 05-2005). Sin embargo este criterio varió a partir de las controversias Televisora TLS Chapén contra Enélica Cabanillas (Expediente N° 013-2005) y José Mariñas Guzmán contra J & L Telecable 23 (Expediente N° 001-2006) en el sentido que en aquellos casos en los cuales las normas infringidas no sean supervisadas por Osiptel dicha determinación debe ser realizada de manera previa y firme por la autoridad competente.

<sup>53</sup> OSIPTEL. Principales Estadísticas de la Función de Solución de Controversias. [en línea]. Lima: Gerencia de Relaciones Empresariales. 2007. Consultada el 7 de enero de 2008: [http://www.osiptel.gob.pe/OsiptelDocs/GRE/SERV\\_EMPRESAS/files/EstadisticasGREweb.pdf](http://www.osiptel.gob.pe/OsiptelDocs/GRE/SERV_EMPRESAS/files/EstadisticasGREweb.pdf).

<sup>54</sup> ¿Quis custodiet ipsos custodes? (¿Quién vigilará a los guardias?), de las Sátiras de Juvenal.

competencia con el incremento de más agentes participantes en dichos mercados.<sup>55</sup>

Como es bien conocido, un escenario de competencia perfecta solo es una abstracción construida por los economistas, dado que para su materialización es necesario que concurren una serie de supuestos que difícilmente se presentan en la realidad<sup>56</sup>, en la misma medida, la idea de unas instituciones perfectas que permiten al mercado funcionar con igual nivel de pulcritud también es un modelo abstracto que no tiene correlato en la realidad. Sin embargo, como bien ha señalado Hugo Eyzaguirre existen modelos que se inclinan a favorecer el funcionamiento de los mercados en contraposición de marcos institucionales que tienen a entorpecer la actividad.<sup>57</sup>

Uno de los principales problemas que puede afectar el normal desempeño de un organismo regulador si no está bien estructurado, es que podría convertirse en un suerte de cuarto poder gubernamental en la medida que no está sujeto a los frenos y contrapesos con que cuentan los demás poderes del Estado. Dado que la labor de regulación y supervisión suele afectar temas de índole no solo técnico sino también con un fuerte componente político —como la correcta valuación de una tarifa— estas decisiones podrían afectar los derechos de propiedad de las empresas o el bienestar en el largo plazo de los usuarios de los servicios. En dicha medida, otorgar independencia a los organismos reguladores, sin contar paralelamente con

un mecanismo que limite este poder puede parecer una delegación excesiva de autoridad.

En este marco, la conformación de los miembros del Consejo Directivo de Osiptel parece acertada. De acuerdo con la Ley Marco de los Organismos Reguladores, el Consejo Directivo de OSIPTEL está integrado por cinco miembros: dos a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros (uno de los cuales es el representante de la sociedad civil y el otro presidirá la institución y tiene voto dirimente); uno a propuesta del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; uno a propuesta del Ministerio de Economía Finanzas; y, uno a propuesta del Indecopi.

Más allá de las razones que explican que sean estos sectores y no otros los encargados de proponer a los miembros del Consejo Directivo de Osiptel (en el Perú se ha discutido intensamente la incorporación de un representante de los usuarios y en menor medida de las empresas reguladas), esta composición y el mecanismo de aprobación de las decisiones asegura por lo menos cierta representatividad y coherencia con los diversos intereses del Estado. Aun cuando el mecanismo de nombramiento no constituye una relación de obediencia con el órgano que propuso al miembro del Consejo, es válido suponer que la participación de estos representantes se justifica en la medida que alinean en alguna medida los intereses generales de Osiptel con las políticas diseñadas por la dependencia que participó en su

---

<sup>55</sup> BERGARA, Mario y Andrés PEREYRA. El proceso de diseño e implementación de políticas y las reformas en los servicios públicos. Montevideo: Departamento de Economía de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República de Uruguay, Documento de Trabajo, 17/05, 2005. Pág. 5.

<sup>56</sup> Se afirma que un mercado es perfectamente competitivo cuando: existe un gran número de empresas y consumidores, el producto es totalmente homogéneo, los agentes participantes son precio-aceptantes, no existen barreras a la entrada o a la salida de las empresas y la información es perfecta.

<sup>57</sup> EYZAGUIRRE, Hugo. Instituciones y desarrollo económico: Reforma judicial en América Latina. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo, Departamento de Desarrollo Sostenible, División de Estado, Gobernabilidad y Sociedad Civil, Febrero 1996. Pág. 2.

nombramiento. De esta forma, por ejemplo, se entiende la participación del representante de Indecopi si ello asegura que se manejen criterios uniformes para el tratamiento de temas de protección al consumidor y defensa de la libre competencia, de la misma forma que el representante del Ministerio de Transportes y Comunicaciones velará que Osiptel siga las políticas de Estado en materia de telecomunicaciones.<sup>58</sup>

Sin embargo, en la actualidad este balance se ha roto. En el mes de julio de 2007 tres miembros del Consejo Directivo renunciaron a sus cargos en señal de disconformidad por la aprobación del Decreto Supremo N° 046-2007-PCM,<sup>59</sup> habiéndose nombrado hasta la fecha sólo a uno de los reemplazantes<sup>60</sup>. Como se recordará, el Decreto Supremo N° 046-2007-PCM introdujo una modificación en el artículo 86 del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General de OSIPTEL, en el sentido que correspondía al presidente de Osiptel y no a su Consejo Directivo nombrar y remover al Gerente General, el cual a su vez ostenta facultades

similares con relación a los demás gerentes del organismo. Este panorama es aún más grave si se toma en cuenta que desde el mes de febrero de 2006 se encuentra vacante la plaza para el representante de la sociedad civil nombrado a propuesta de la Presidencia del Consejo de Ministros.<sup>61</sup> Esto quiere decir que en la práctica Osiptel está dirigido el día de hoy únicamente por su Presidente, rompiéndose de esta forma el principio de toma colegiada de decisiones que es uno de los pilares de la arquitectura fundacional de Osiptel.<sup>62</sup>

Aun cuando la Presidencia de Osiptel no está resolviendo los recursos impugnativos en el marco del Procedimiento Específico sancionador, lo cual es saludable, nada impide que se interprete que tiene facultad para hacerlo en la medida que invocando el inciso j) del artículo 86 del Reglamento General del OSIPTEL<sup>63</sup> ya ha resuelto sendos recursos impugnativos tal como ha ocurrido en los recientes procesos de fijación de cargos de interconexión.<sup>64</sup> El principal inconveniente que adolece la interpretación adoptada es que la resolución que resuelve un

<sup>58</sup> Véase por ejemplo la opinión del Indecopi al Proyecto de Ley N° 1469-2001-CR, que modifica la Ley Marco de los Organismos Reguladores y crea la Superintendencia de Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Gerencia de Estudios Económicos. INDECOPI. Informe por medio del cual se evalúa el Proyecto de Ley N° 1469-2001-CR, que modificaría la Ley Marco de los Organismos Reguladores y crearía la Superintendencia de Organismos Reguladores de Servicios Públicos. Lima: Gerencia de Estudios Económicos, 007-2002/GEE, 23 de enero de 2002. Pp. 6-7.

<sup>59</sup> Nos referimos a los consejeros José Távara nombrado a propuesta del Ministerio de Economía y Finanzas, Raúl Pérez-Reyes a propuesta del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y César Fuentes a propuesta del Indecopi.

<sup>60</sup> Por Resolución Suprema N° 165-2007-PCM publicada el 12 de setiembre de 2007 se designó a la señorita Martha Linares Barrantes como miembro del Consejo Directivo de Osiptel a propuesta de Indecopi.

<sup>61</sup> Este retraso en la designación de los miembros de los diferentes colegiados de los organismos reguladores por parte del Ejecutivo no es novedosa. Como se ha señalado, en el mes de julio del año 2000 se estableció que Osiptel debía contar con un Tribunal Administrativo de Solución de Controversias que actuara como última instancia administrativa. Sin embargo, recién el 24 de enero de 2003 se cumplió con designar a sus miembros.

<sup>62</sup> Los órganos colegiados de la Administración Pública se justifican por la idea que las decisiones colectivas tienen un mayor valor participativo, democrático y atemperador, con relación a determinados asuntos que por su naturaleza requieren de una reflexión mayor de la que podría arribarse en el caso de órganos unipersonales.

<sup>63</sup> El dispositivo señala que en caso no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, corresponde al Presidente adoptar medidas de emergencia, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo.

<sup>64</sup> Vid. Resolución N° 153-2007-PD/OSIPTEL que resuelve la Impugnación de Telefónica contra la Resolución que estableció el Cargo de Interconexión Tope por Enlaces de Interconexión, Resolución N° 145 -2007-PD/OSIPTEL que resuelve el Recurso Especial interpuesto por Telefónica contra la Resolución que estableció el Cargo de Interconexión Tope por Transporte Conmutado Local y Resolución N° 112-2007-PD/OSIPTEL que resuelve el Recurso Especial interpuesto por Telefónica contra la Resolución que estableció el Cargo de Interconexión Tope por Transporte Conmutado de Larga Distancia Nacional.

procedimiento administrativo en última instancia no puede ser considerada como una medida de emergencia, en la medida que nos encontramos ante una decisión que causa estado y pone fin al procedimiento administrativo.

Sin embargo, el funcionamiento de Osiptel con solo dos de los miembros de su Consejo Directivo no es el único problema que afecta su diseño institucional en la actualidad. Uno de los ataques más graves viene dado por el propio Decreto Supremo N° 046-2007-PCM. Como hemos advertido, de acuerdo con este nuevo marco ya no es el Consejo Directivo el encargado de nombrar y remover al Gerente General de la entidad y de los funcionarios de más alto rango, sino que esta atribución queda, en la práctica, en manos de su Presidente. Tal como mencionara el consejero José Távora esta situación “(...) *altera y debilita seriamente nuestro marco regulativo, porque concentra el poder de decisión en una persona, lo que va contra todos los principios de gobierno corporativo, reduce la transparencia y eleva los riesgos de corrupción. Es una decisión que compromete la predictibilidad, crea incertidumbre y envía una señal muy negativa a las inversiones de la industria*”.<sup>65</sup> De la misma forma César Fuentes consideró que el Decreto Supremo generaba “(...) *incentivos perversos, toda vez que los incentivos a un mejor desempeño*

*profesional y de promoción de las líneas de carrera sobre la base de méritos se ven seriamente mellados, ya que las buenas relaciones con el presidente del consejo directivo probablemente primarán en la conducta de los funcionarios, en lugar de los méritos*”.<sup>66</sup> Estas fundadas críticas en principio abstractas parecerían, tal como veremos, que han tenido un correlato en la realidad.

Se considera que un diseño óptimo de procedimiento sancionador es aquel que involucra una separación funcional del órgano encargado de realizar la instrucción de aquél que finalmente impone la sanción. Sin embargo, uno de los inconvenientes que genera el Decreto Supremo N° 046-2007-PCM es el agudo debilitamiento de la instancia de instrucción. Esta deficiencia se ha puesto en evidencia en la reciente tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores contra Telefónica y las empresas de servicios móviles (América Móvil, Nextel y Telefónica Móviles)<sup>67</sup> con ocasión de su actuación durante el terremoto del día 15 de agosto de 2007 que afectó gravemente diversas poblaciones de los Departamentos de Ica y Huancavelica<sup>68</sup>. Estos procedimientos no se iniciaron, como hubiera correspondido, con una investigación por parte de la Gerencia de Fiscalización sino por la acción de una

<sup>65</sup> VEGA, Mariana y Manuel MARTICORENA. Renuncian directores del OSIPTEL por Decreto Supremo de la PCM. En: El Comercio, Sección Negocios. Edición del 30 de mayo de 2007. Pág. B-1.

<sup>66</sup> Ibidem.

<sup>67</sup> Expedientes sancionadores N° 00028-2007-GG-GFS/PAS seguido contra Telefónica por supuesto incumplimiento de los artículos 35° y 39° de las Condiciones de Uso de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones, N° 00029-2007-GG-GFS/PAS seguido contra Telefónica Móviles por supuesto incumplimiento del deber de continuidad estipulado en su contrato de concesión; N° 00030-2007-GG-GFS/PAS seguido contra América Móvil por supuesto incumplimiento del deber de continuidad estipulado en su contrato de concesión y N° 00031-2007-GG-GFS/PAS seguido contra Nextel del Perú por supuesto incumplimiento del deber de continuidad estipulado en su contrato de concesión.

<sup>68</sup> Como se sabe el terremoto produjo una percepción de degradación considerable en los servicios públicos de telefonía fija y móvil.

Comisión de Alto Nivel conformada por los funcionarios más importantes de Osiptel<sup>69</sup>.

En su informe final, la Comisión de Alto Nivel concluyó que existen elementos de juicio que permiten inferir que las empresas de servicios móviles citadas no habrían tomado las medidas necesarias y suficientes para cumplir con su deber de continuidad, en el período anterior y posterior al sismo, establecido como condición esencial de sus Contratos de Concesión. Asimismo recomendó el inicio de los procedimientos sancionadores correspondientes. Como no podía ser de otra forma, el órgano instructor inició el procedimiento sancionador siguiendo los lineamientos señalados en el Informe Final de la Comisión de Alto Nivel, la posterior imposición de la sanción por parte de la Gerencia General fue sólo una consecuencia congruente con la participación de dicha dependencia en la Comisión de Alto Nivel. En los hechos tanto el órgano instructor como la Gerencia General de Osiptel se limitaron a aplicar las recomendaciones del documento que habían ayudado a elaborar<sup>70</sup>. Bajo estas condiciones nos es posible hablar de un procedimiento imparcial y con apego a las reglas del debido proceso.

Es altamente probable que algunos de los vicios señalados no se hubieran producido de mantenerse la estructura

institucional anterior a la aprobación del Decreto Supremo N° 046-2007-PCM. Por lo tanto, consideramos que es necesario replantear algunas correcciones al procedimiento administrativo sancionador que viene aplicando Osiptel.

### Algunas anotaciones finales

José Juan HARO en un artículo sobre los excesos de la regulación económica pone en boca del profesor Randall Picker la siguiente frase que el autor califica como de aquellas destinadas a quedar para siempre en la memoria: “La regulación llama a más regulación”.<sup>71</sup> Para aquellos que nos desempeñamos en sectores regulados este dicho es sólo la constatación de una realidad. Ello por varias razones que no son difíciles de descubrir. Una de ellas es que, aun cuando si bien existe un amplio consenso respecto de lo negativo que resulta regular mercados competitivos, muchas veces los organismos reguladores se ven tentados a intervenir en la medida que el proceso competitivo no satisface sus ilusiones o las expectativas de diversos sectores sociales. Por otro lado, un regulador que no interviene de forma trascendente en la actividad económica bajo su supervisión será sometido a importantes críticas de quienes ven en esta inacción como una renuncia a sus facultades en beneficio de las empresas del sector y en perjuicio de los

<sup>69</sup> La denominada Comisión de Alto Nivel fue creada por Resolución N° 123-2007-PD/OSIPTEL y tuvo como encargo evaluar los sucesos producidos como consecuencia del movimiento sísmico del 15 de agosto de 2007, por el cual se vio seriamente afectado el servicio público de telefonía fija y móvil, así como sus consecuencias, a fin de determinar las posibles responsabilidades y el curso de acción a seguir. Esta Comisión estuvo formada por los Gerentes de Fiscalización, Relaciones Empresariales, Usuarios y Políticas Regulatorias, estuvo presidida por el Gerente General de Osiptel.

<sup>70</sup> Durante diversas etapas del proceso aparecieron en prensa numerosas declaraciones indicando el sentido de las decisiones que serían tomadas, incluso mucho tiempo antes que éstas fueran notificadas a las empresas investigadas. Vid. NÚÑEZ, Ana. TdP y Claro también serán sancionadas. En: La República. Edición del 19 de setiembre de 2007 y CPN Radio. En 30 días OSIPTEL sancionará a empresas de telefonía responsables de colapso del servicio. [en línea]. Consultada el 5 de enero de 2008: <http://www.cpnradio.com.pe/html/2007/09/18/3/823.htm>.

<sup>71</sup> HARO SEIJAS, Jose Juan. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas. Contra los excesos de la regulación económica. En: Themis, 50. Pp. 155-158.

consumidores.<sup>72</sup> Asimismo, si bien los inconvenientes de una aparente inacción del regulador son muchas veces difíciles de rebatir, siempre es posible argumentar que éstos se pueden solventar con más regulación, aun cuando no exista evidencia de que esta intervención sea necesaria.

Siguiendo la lógica señalada, Osiptel viene desarrollando la práctica de normar meticulosamente todas las etapas de la relación entre los abonados y las empresas proveedoras de los servicios de telecomunicaciones, como entre las diversas empresas operadoras. Esta conducta genera una serie de costos a los distintos agentes económicos. Afecta a las empresas prestadoras en tanto tienen que cumplir con una mayor cantidad de normas con mecanismos de contratación cada vez más engorrosos lo cual a su vez incrementa la posibilidad de que incurran en algún incumplimiento. Perjudica al propio Regulador en la medida que sus funcionarios tienen que supervisar una oferta cada vez mayor de infracciones, lo cual si bien posibilita la detección de una mayor cantidad de conductas antijurídicas también facilita que muchas de ellas no sean detectadas. Finalmente, tampoco ayuda a los consumidores, dado que tienen que incurrir en costos excesivamente altos para conocer cuáles son todos sus derechos y obligaciones y por lo tanto toman decisiones de consumo poco informadas lo cual en el largo plazo no hace sino aumentar el nivel de reclamos de usuarios y degradar el nivel de satisfacción por los servicios que se

reciben. En dicha línea una regulación eficaz no necesariamente es la más extensa, cabe recordar que mientras las Condiciones de Uso tienen casi 100 artículos, la Ley de Protección al Consumidor cuenta con la mitad y no existe ninguna evidencia que sirva para apuntalar la idea de que los usuarios de los servicios de telecomunicaciones estén más protegidos que los demás consumidores.

Recientemente, en diversas declaraciones funcionarios de Osiptel han propuesto la necesidad de incrementar la actual escala de multas, cuya recaudación en lugar de dirigirse al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (Fitel) deberían servir para cubrir las necesidades del propio organismo.<sup>73</sup> Con la excusa de plasmar esta exigencia se ha presentado en el Congreso de la República un Proyecto de Ley que incrementa de forma considerable el rango de las multas que impone Osiptel<sup>74</sup>. La idea que subyace detrás de estas iniciativas es que un nivel de sanciones mayor es un disuasivo más relevante para enfrentar posibles conductas antijurídicas por parte de las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Esta idea es errada, pues de la misma forma que no existe evidencia que la pena de muerte retraiga a los malhechores a cometer asesinatos un nivel de multas excesivamente alto no asegura el estricto cumplimiento del marco normativo, por el contrario puede operar como un importante mecanismo para desanimar nuevas inversiones en el sector y con ello limitar los niveles potenciales de

---

<sup>72</sup> En el año 2004, se presentó en el Congreso de la República un Proyecto de Ley (N° 6363/2002-CR) que pretendía modificar la Ley N° 26917, dándole a Ositrán la Facultad para Regular las Tarifas del Servicio de Transporte Terrestre, de acuerdo con el artículo 2° del Proyecto Ositrán debía "(...) promover e incentivar por mecanismos de libre competencia, el establecimiento de tarifas justas y equitativas, que se ajusten a nuestra realidad socio-económica, y velar por el cumplimiento de las mismas".

<sup>73</sup> Vid. EXPRESO. Osiptel propone modificar régimen de sanciones. [en línea]. Negocios. Edición del 14 de noviembre de 2007. Consultada el 5 de enero de 2008: <http://www.ediciones.expresso.com.pe/2007/nov/14/indexdf9f.html>.

<sup>74</sup> Nos referimos al Proyecto de Ley N° 1926-2006-CR, su aprobación implicaría que una multa leve sería sancionada en un rango entre 10 y 5000 UIT, una multa grave entre 5,001 – 15,000 UIT y una multa muy grave entre 15,001 y 35,000 UIT.

competencia. Asimismo, de plasmarse la iniciativa en los términos señalados por los funcionarios de Osiptel, se generaran los incentivos perversos que se eliminaron con la remisión de los montos de las multas al Fitel.<sup>75</sup>

Otro aspecto importante tiene que ver con el diseño institucional de Osiptel, en particular con los órganos encargados de aplicar el Procedimiento Específico. Como se ha señalado, en la actualidad solo existe una aparente división entre la dependencia encargada de realizar la instrucción y el órgano encargado de imponer la sanción. Cabe preguntarse si acaso este es el mecanismo más idóneo para investigar infracciones e imponer sanciones. Creemos que un adecuado diseño institucional es aquel que se soporta en una serie de organismos sin una dependencia funcional, es por ello que el procedimiento de solución de controversias aparece como una alternativa a ser tomada en cuenta como modelo del Procedimiento Específico. En dicho sentido, colocar en cabeza del Tribunal de Solución de Controversias de

Osiptel la revisión de las sanciones impuesta por la Gerencia General aseguraría un mayor grado de independencia e imparcialidad.

Creo importante finalizar reconociendo que la labor de detectar infracciones y de imponer sanciones no es tarea fácil. En el caso de investigaciones realizadas por la provisión de servicios públicos esta tarea es aún más compleja, pues a la rigidez natural en el manejo de los expedientes que imponen las normas del procedimiento hay que sumarle la fuerte presión social que ejercen tanto la prensa, asociaciones de consumidores y algunos sectores políticos, intervención que puede incentivar algunos comportamientos oportunistas por parte de la Administración. Estos inconvenientes pueden ser prevenidos a través de un adecuado marco institucional que al mismo tiempo que asegure la severidad en la imposición de las sanciones, garantice la pulcritud en el manejo de los expedientes, es decir entender que supervisar y castigar no son dos caras de la misma moneda.



<sup>75</sup> De acuerdo con la información con que se cuenta en el web site de Osiptel hasta el mes de mayo de 2007 no se había impuesto ninguna sanción muy grave en su escala más alta. Vid. OSIPTEL.