

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

**Análisis del Recurso de Nulidad N° 341-2015: El procedimiento de ajuste tarifario
como contexto de comisión del delito de colusión**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Prevención y
Control de la Corrupción**

AUTOR

José Luis Rímac Narro

ASESOR:

Ingrid Romina Díaz Castillo

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20033190

2018

ÍNDICE

Resumen	3
1. Antecedentes	4
2. El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Colusión	7
3. Contexto de comisión del delito de Colusión	10
4. La colusión en los contratos de concesión	12
5. Procedimiento de ajuste tarifario	13
6. Conclusiones	17



RESUMEN

La investigación elegida es de suma importancia debido a que en nuestro contexto nacional son muy frecuentes los casos en los que los funcionarios o servidores públicos se coluden con un particular interesado en el marco de las contrataciones y adquisiciones estatales, pretendiendo impunidad de sus delitos al señalar la imposibilidad de comisión de actos colusorios en la fase de ejecución contractual de los mismos.

Esta es la razón por la cual amerita ser dilucidado dicho tema, a fin de formarnos un criterio dogmático y jurisprudencial uniforme. Además, de contar con una perspectiva que nos permita establecer claramente la existencia o no de la responsabilidad penal por la comisión del delito de colusión en supuestos posteriores a la elección del postor y otorgamiento de la buena pro.

En ese sentido, el presente artículo tendrá como objetivo analizar el procedimiento de ajuste tarifario de los servicios públicos de telefonía como posible contexto de comisión del delito de colusión. Para ello, examinaremos el Recurso de Nulidad N° 341-2015, el cual fundamenta como argumento central que el procedimiento de ajuste tarifario se trata de un mero procedimiento administrativo, en el que sería imposible enmarcarse en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones públicas, por lo que debería ser considerada atípica la conducta colusoria de los procesados y declarar su absolucón.

El marco metodológico del presente trabajo reposa en la importancia de protección de los bienes jurídicos, específicamente el de la imparcialidad de la actuación del Estado en el contexto de las contrataciones y adquisiciones públicas, con el cual demostraremos que es perfectamente posible la comisión

Análisis del Recurso de Nulidad N° 341-2015: El procedimiento de ajuste tarifario como contexto de comisión del delito de colusión

1. ANTECEDENTES

Los hechos del Recurso de Nulidad N° 341-2015 tienen inicio en el Contrato de Concesión que suscribieran el Estado peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, M.T.C) y la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), el cual fue aprobado a través del Decreto Supremo N° 1194-MTC y modificado por el Decreto Supremo N° 021-98/MTC, en el cual se autorizaba a Telefónica a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones a todos los peruanos.

De acuerdo al referido contrato, se estableció que trimestralmente Telefónica podría solicitar el ajuste de tarifas tope por los servicios de telecomunicaciones brindados, siendo el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) el ente encargado de llevar a cabo el procedimiento de ajuste tarifario por intermedio de su Consejo Directivo, el cual se encargaría de votar a favor o en contra de la solicitud de reajuste presentada por Telefónica.

El señalado procedimiento de reajuste tarifario, se encontraba regulado en el “Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica¹” (en adelante, Instructivo), el cual establecía que Telefónica se encontraba obligada a presentar su propuesta de alza de tarifas, a fin de que el Consejo Directivo de OSIPTEL (en adelante, C.D. de OSIPTEL) evalúe su solicitud y compruebe que se encontraba conforme a lo reglado en el instructivo, a fin de proceder con su aprobación.

¹ Aprobado por el OSIPTEL, mediante Resolución N° 048-2006.CD/OSIPTEL, del 10 de agosto de 2006.

Conforme a lo señalado, el 30 de octubre de 2009 Telefónica presentó ante el OSIPTEL su propuesta de ajuste trimestral de tarifas para los servicios categoría I², correspondiente al período de diciembre 2009 a febrero de 2010, entre las cuales se incluía el ajuste de la Canasta de Servicios D³. Sin embargo, la propuesta presentada por Telefónica fue observada por Gerencia de Políticas Regulatorias de OSIPTEL (en adelante, G.P.R de OSIPTEL), por no ceñirse a lo dispuesto en el Instructivo.

De este modo, Guillermo Thornberry Villarán, Presidente del C.D. de OSIPTEL, convocó a una sesión de carácter no presencial⁴ para el 27 de noviembre de 2009, a fin de tratar el ajuste requerido por Telefónica. Para ello, la G.P.R de OSIPTEL presentó informes mediante los cuales observaba la propuesta de Telefónica y presentaron alternamente, un Proyecto de Resolución que establecía el ajuste de las tarifas correspondiente al trimestre diciembre 2009 - febrero 2010.

Paralelamente, Telefónica presentó ante la mesa de partes de OSIPTEL la Carta DR.107-C-1479/GS-09, adjuntando documentación complementaria que sustentaba su postura de ajuste tarifario, la misma que sería materia de debate en la sesión presencial convocada. Ante ello, el Gerente General de OSIPTEL informó el mismo día mediante correo electrónico a los miembros del C.D. de OSIPTEL que esa documentación complementaria no debía ser considerada en la evaluación de la propuesta por haber sido presentada extemporáneamente⁵, lo que también se le informó al Vicepresidente de Estrategia y Regulación de Telefónica, José Juan Haro Seijas.

² Los servicios de Categoría I son un tipo de clasificación de servicios públicos de telefonía, regulados por un régimen tarifario general.

³ Los servicios de Categoría I se clasifican en tres canastas: Canasta C: Instalación de líneas de telefonía fija local nueva (cobrada mediante cargo único). Canasta D: Servicio de conexión de telefonía fija local (renta mensual) y llamadas telefónicas locales; y Canasta E: Llamadas de larga distancia nacional (LDN) e internacional (LDI). Las llamadas de LDN y LDI realizadas mediante tarjetas de pago estaban desreguladas desde junio de 2008.

⁴ El artículo 13° del Decreto Supremo N° 043-2005-PCM, establece que las sesiones del Consejo Directivo pueden ser no presenciales.

⁵ Conforme a lo señalado por el numeral 1.1.2 del Instructivo para el ajuste de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica.

Pese a las advertencias, uno de los miembros del C.D de OSIPTEL, Marco Antonio Torrey Motta, llamó por teléfono a José Juan Haro Seijas para solicitarle la documentación complementaria presentada fuera de plazo, así como una ayuda memoria en la que estableciera la propuesta de Telefónica, a fin de utilizarlas en la elaboración su voto. Es así que, José Juan Haro Seijas remitió al domicilio de Torrey Motta lo solicitado por este, lo cual incluía una ayuda memoria impresa y en diskette, resumiendo las razones de la propuesta del alza de tarifas de Telefónica.

Llegado el día de la votación, se realizó la sesión no presencial mediante la cual los miembros del C.D. de OSIPTEL remitieron sus votos al correo electrónico de la secretaria del Consejo Directivo de OSIPTEL, Vivencia Amorós Kohn, conforme a lo habían acordado. Siendo la dirección electrónica de Marco Antonio Torrey Motta (marcotorrey17@hotmail.com), desde la cual se envió un archivo de texto adjunto con el nombre "VOTO.doc", el cual contenía su voto y su motivación respectiva.

De acuerdo al Acta de Sesión de Consejo Directivo, Torrey Motta y Linares Barrantes votaron a favor de la propuesta presentada por Telefónica, mientras que Thornberry Villarán, votó a favor de la resolución elaborada por la G.P.R de OSIPTEL, por lo que con dos votos a favor y uno en contra se aprobó la propuesta de Telefónica.

Realizada la votación, funcionarios de la G.P.R. de OSIPTEL, informaron al Presidente del Consejo Directivo de OSIPTEL, Thornberry Villarán, que al examinar las propiedades del archivo adjunto denominado "VOTO.doc", enviado por el miembro del C.D. de OSIPTEL Torrey Motta conteniendo el sustento de su voto, se observó que había sido editado (escrito, creado y modificado) en un programa Microsoft Word cuyo titular usuario era José Juan Haro Seijas, siendo además, el titular de la licencia de uso del software la empresa Telefónica, por lo

que inmediatamente se dispuso la verificación con personal de informática del OSIPTEL comprobándose efectivamente la irregularidad denunciada.

Finalmente, se realizó una Sesión Extraordinaria de Consejo, en la que con la abstención de Torrey Motta, se declaró la nulidad de la Resolución que aprobaba la propuesta de Telefónica y, se aprobó el proyecto de resolución presentado por la Gerencia General de OSIPTEL, conforme a lo propuesto por la G.P.R. de OSIPTEL. En dicha sesión la consejera Linares Barrantes afirmó haber recibido en su centro de labores (Essalud) un sobre remitido por Telefónica con documentación referida a su propuesta de ajuste trimestral, aclarando que dicho envío no fue a solicitud de su persona. Por su parte, Torrey Motta confirmó también haber recibido dicha documentación en su domicilio.

Corroboradas las irregularidades cometidas por los miembros del Consejo Directivo de OSIPTEL, se decidió comunicar a la Procuraduría Pública del Consejo de Ministros, los cuales presentaron una denuncia ante el Ministerio Público por el delito de colusión en agravio del Estado peruano.

2. El Bien Jurídico Protegido en el Delito de Colusión.

En cuanto al delito de colusión, existe consenso que el bien jurídico genérico es el correcto funcionamiento de la Administración Pública⁶. Sin embargo, en relación al bien jurídico específico, no existe uniformidad al interior de la doctrina nacional, habiéndose identificado diversos bienes jurídicos objeto de protección. Así, para un sector de la doctrina recae en el patrimonio público puesto en riesgo en el marco de las contrataciones públicas.

El criterio de interpretación señalado en el párrafo precedente, respecto al bien jurídico específico protegido en el delito de colusión ha sido recogido también por

⁶ ABANTO VASQUEZ, Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima: Editorial Palestra, 2003. pág. 16.

los magistrados de la Corte Suprema de Justicia para la resolución del presente Recurso de Nulidad. Motivo por el cual, conviene analizar en el caso concreto, si el bien jurídico específico en el delito de colusión, es el constituido por el patrimonio estatal o en su defecto si existe un bien jurídico más acorde con el objeto de protección del delito de colusión.

Así pues, si bien existen autores que afirman que el objeto del bien jurídico específico atacado en el delito de colusión tiene un contenido patrimonial, es decir se *“atenta contra el patrimonio administrado por la Administración Pública, en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado”*⁷. También existen autores que señalan que **“la protección al patrimonio es indirecta toda vez que el fundamento de la prohibición penal radica en los deberes especiales que tienen los sujetos públicos al interior de la Administración”**⁸ o que **“el sustento de la prohibición no se encuentra en la generación de un perjuicio al estado o al sistema económico, sino en el irregular desempeño del funcionario público”**⁹ (resaltado nuestro). Es decir, para dichos autores lo que se protegería en el delito de colusión no es el patrimonio sino el deber positivo específico que vincula al funcionario público con los fines del Estado. No obstante, no estamos de acuerdo con dichas posturas relativas al “deber del cargo”, ya que, si bien no recogen un contenido patrimonialista del bien jurídico, contienen características arbitrarias impropias de un Estado democrático de Derecho, al concentrarse estrictamente en la relación funcionario público – Estado, dejando de lado el sentido prestacional del Estado, el cual debe estar dirigido a satisfacer el interés social general.

De ese modo, en relación a nuestra postura, rechazamos la idea patrimonialista del bien jurídico en el delito de colusión, considerando que el bien jurídico

⁷ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, Los delitos contra la administración pública en el Código Penal Peruano, cit. pág. 261.

⁸ SALINAS SICCHA, Ramiro, “Delitos contra la Administración Pública”, Grijley, Lima, 2011. pág. 266.

⁹ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José, El delito de colusión, Grijley, Lima, 2008, cit. pág. 319.

específico objeto de protección penal en este ilícito, es la imparcialidad del funcionario o servidor público al interior de la actividad contractual del Estado. La identificación de este bien jurídico, se desprende estrictamente de una revisión de la estructura típica del delito de colusión, la cual está orientada en los actos de concertación en el ámbito de los procedimientos de contratación pública, con el fin de defraudar al Estado.

Así pues, Díaz Castillo sostiene que *“la sanción de la concertación para defraudar al Estado en un contrato u operación, toma como base la vulneración del principio de imparcialidad en la actividad contractual del Estado, la cual debe estar dirigida a satisfacer las diversas necesidades o intereses públicos y no para la satisfacción de intereses o beneficios particulares”*¹⁰.

En el mismo sentido apunta Montoya Vivanco, el cual fundamenta la razón prestacional que *“la administración de recursos del Estado se ve reflejada en la entrega de servicios públicos. Estos buscan satisfacer las necesidades y condiciones básicas que los ciudadanos necesitan para su desarrollo. Por este motivo, el uso o gestión eficiente e imparcial de los recursos es imperativo para hacer viable el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos”*¹¹.

Asimismo, el autor sostiene que no es acertado considerar como bien jurídico del delito de colusión al patrimonio, ya que este no puede ser considerado como objeto que merezca una especial o mayor protección que la de cualquier administrado. Sosteniendo además que, no en todos los delitos contra la Administración Pública se exige siempre una lesión efectiva al patrimonio estatal.

En esa línea, podemos señalar que los actos ilegales de concertación para defraudar al Estado, en el marco de las contrataciones y adquisiciones públicas, no necesariamente se reducen a causar un perjuicio patrimonial al erario público,

¹⁰ DÍAZ CASTILLO, Ingrid., “El Tipo de Injusto de los Delitos de Colusión y Negociación Incompatible en el Ordenamiento Jurídico Peruano”. Tesis para optar el Título de Doctora en Derecho Penal, España, Universidad de Salamanca, pág. 202.

¹¹ MONTOYA VIVANCO, Yvan. Manual sobre delitos contra la Administración Pública. IDEHPUCP, 2015, pág. 137.

pudiendo incluso no afectarlo, conforme a lo previsto en el primer párrafo del artículo 384° del Código Penal, el cual en su tipo base solo requiere de una defraudación en sentido amplio o general¹². De igual manera, desde una postura político-criminal, sería altamente pernicioso interpretar al delito de colusión en términos netamente patrimonialistas, ya que quedarían impunes los demás actos funcionariales en los cuales se afecten otros bienes jurídicos distintos al patrimonio estatal.

En ese sentido, nuestra postura respecto a cuál debe ser el bien jurídico específico en el delito de colusión, consideramos que se encuentra constituida por la imparcialidad de la actuación del Estado en el ámbito de las contrataciones y adquisiciones efectuadas por este, la misma que se encuentra representada por las actuaciones del funcionario o servidor público que directa o indirectamente en una contratación pública por razón de su cargo. La misma que consideramos más acorde, a fin de preservar la objetividad de la actividad contractual y, de este modo, quede exenta de corrupción dichos mecanismos de contratación pública, asegurando la obtención del interés público.

3. Contexto de comisión del delito de Colusión

El contexto de comisión del delito de colusión se da en el marco de los procedimientos de Contratación Administrativa o comúnmente llamados procedimiento licitatorios, los cuales son procedimientos legales y técnicos de invitación a los interesados, para que, conforme a las bases preparadas al efecto, llamadas “pliego de condiciones”, formulen propuestas entre las cuales se elige y acepta la más ventajosa, mediante la adjudicación, que perfecciona el contrato.

Según Dromi, este procedimiento administrativo especial, está compuesto por un conjunto de actos preparatorios de la voluntad administrativa contractual, los

¹² Ibídem

cuales conforman individualmente sus fases o etapas. De tal modo, el autor señala que, desde una perspectiva jurídica, interesa considerar las distintas fases como actividades unitarias, autónomas, separables, interligadas y preordenadas a la producción de un resultado jurídico único: la elección del contratista. Estas fases, en su desarrollo cronológico, son: 1) pliego de condiciones; 2) llamado a licitación; 3) publicación; 4) presentación y recepción de propuestas; 5) admisión; 6) preadjudicación; 7) adjudicación; 8) notificación, aprobación de la adjudicación o instrumentación escrita del contrato.

Ahora bien, tal como acertadamente apunta Díaz Castillo, la modalidad para la elección del postor, la cual termina con el otorgamiento de la buena pro y la firma del contrato, ha sido denominada por la actual normativa como “procedimientos de selección” o “métodos de contratación”, lo cual podría llevar a entender erradamente, que el procedimiento de contratación solo abarca la fase de selección y no la fase preparatoria y de ejecución contractual¹³.

En ese sentido, la doctrina distingue generalmente tres fases en el procedimiento de contratación pública:

- a. Etapa preparatoria: Es común a todos los métodos de selección, en dicha fase la entidad pública decide la adquisición de un bien, servicio u obra; así como las condiciones bajo las cuales deben realizarse. Es decir, define sus condiciones y realiza actuaciones de cara a las necesidades públicas que desea ver satisfechas¹⁴.
- b. Etapa de selección: Como se ha mencionado previamente, esta etapa recoge diversos métodos de elección del postor ganador. El Decreto Legislativo N° 1017, en su artículo 15° señala cuatro: La licitación pública,

¹³ DÍAZ CASTILLO, op. cit., pág. 34. En el mismo sentido Pariona Arana, al señalar que la contratación pública comprende desde la generación de la necesidad; el requerimiento; la convocatoria; la presentación de propuesta; la evaluación; la adjudicación; la firma del contrato, la ejecución y liquidación del mismo. En: PARIONA ARANA, Raúl, El delito de Colusión. Instituto Pacífico. Lima, 2017, pág. 19.

¹⁴ Ibídem, pág. 35.

requerida para la contratación de bienes, suministros, y obras; el concurso público, establecido para la contratación de servicios; la adjudicación directa, aplicada a las contrataciones efectuadas dentro del marco que establece la Ley de Presupuesto del Sector Público; y la adjudicación de menor cuantía, para las contrataciones cuyo monto sea inferior a la décima parte del límite mínimo establecido por la Ley de Presupuesto del Sector Público para los casos de licitación y concurso público. Siendo que, la entidad luego del procedimiento competitivo licitatorio otorga la buena pro a la empresa ganadora¹⁵.

- c. Etapa de ejecución: Está constituida por la etapa de desarrollo y ejecución de la prestación de la actividad contratada a cargo de la empresa licitataria, la cual culmina con la etapa liquidación, al culminar los servicios prestados al Estado. En ese sentido, esta última fase, no es menos importante, ya que en la ejecución contractual se pueden plantear una serie de situaciones que alteren el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato y cuya aplicación requiere de un seguimiento obligatorio de una serie de pautas. Entre las cuales se encuentran: La subcontratación; la aceptación de prestaciones adicionales, la reducción de prestaciones y la ampliación del plazo del contrato, entre otras¹⁶.

4. La colusión en los contratos de concesión

Para Zegarra Valdivia, la concesión administrativa no es más que una relación pública a través de la cual el Estado, representado por una entidad administrativa designada por ley, otorga por un tiempo determinado la gestión de un servicio público u obra pública de infraestructura de servicios públicos para su aprovechamiento económico, manteniendo el Estado la titularidad respecto de los

¹⁵ Ibídem, pág. 40.

¹⁶ Ibídem, pág. 49.

servicios públicos y las obras públicas de infraestructura, asumiendo un rol de control y regulación y conservando la capacidad de intervención en caso sea de interés público la reversión de la concesión¹⁷.

Este tipo de procedimiento licitatorios no han sido la excepción para la comisión del delito de colusión motivo por el cual revisaremos algunas sentencias penales que ilustraran la comisión del delito de colusión al interior de este contexto.

- El expediente N° 0004-2015-40-5201-JR-PE-01, señala que el delito de colusión puede verificarse en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública, por lo que puede realizarse actos colusorios tanto en la generación de la necesidad (inicio), como en la liquidación del contrato (final), pasando por las etapas de evaluación, adjudicación, ejecución.
- Por su parte el R.N N° 1527-2016 del Santa, refiere en los marcos de una contratación pública el concierto puede producirse durante todo el procedimiento de adquisición, que implica el acto de la toma de decisión para adquirir bienes, el acto de adquisición y celebración del contrato, el acto de la consolidación de la misma, el acto de entrega y de control de lo adquirido y, finalmente el acto de confirmación de lo adquirido y pago final del producto.
- Asimismo, el R.N N° 1969-2012, indica que la defraudación podría cometerse en cualquier etapa de todo contrato administrativo o civil en que intervenga el Estado y tenga naturaleza económica.

Como hemos revisado en la jurisprudencia peruana citada, es perfectamente posible que los actos colusorios se produzcan en todo procedimiento administrativo de

¹⁷ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La Concesión Administrativa e Iniciativa Privada. Lima. Themis N° 39, pág. 102. Asimismo, Las Normas que Regulan la Promoción de Inversión en Telecomunicaciones, del Decreto Legislativo N° 702, define a la Concesión en su Artículo 50.- Llámese concesión al acto jurídico mediante el cual el Estado cede a una persona natural o jurídica la facultad de prestar un servicio portador, final o de difusión con carácter público. La concesión se perfecciona mediante contrato escrito de concesión, aprobado por Resolución del titular del Sector.

contratación pública, los cuales incluyen a los contratos de concesión, los cuales, además, están compuestos por un conjunto de actos preparatorios de la voluntad administrativa contractual, los cuales conforman individualmente sus fases o etapas.

5. Procedimiento de ajuste tarifario

Como se ha señalado, en mérito a los Contratos de Concesión celebrados entre el Estado peruano y Telefónica del Perú S.A.A., se aprobó la prestación de Servicios Portadores y Telefónico Local y de Larga Distancia Nacional e Internacional. Asimismo, se autorizó intervenir en la suscripción de dichos Contratos de Concesión al Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, representado por el Presidente del Consejo Directivo de dicho organismo¹⁸.

El Contrato de Concesión suscrito por las partes, establecía en la cláusula 9, el “Régimen Tarifario General” y en la sección 9.03, se desarrollaba el “Procedimiento de Regulación de Tarifas”¹⁹, contemplando que el OSIPTEL sería el ente encargado de analizar y efectuar el procedimiento de regulación de tarifas tope²⁰, de acuerdo a lo especificado en el Instructivo de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Categoría I de Telefónica del Perú S.A.A.²¹.

¹⁸ Artículo 3º del Decreto Supremo N° 11-94-MTC, del 13 de mayo de 1994. Asimismo, el Decreto Supremo N° 021-98-MTC, autoriza al Presidente de OSIPTEL a intervenir en la suscripción de los referidos Contratos de Concesión.

¹⁹ (g) Procedimiento para una Solicitud de Ajuste por Fórmula de Tarifas Tope: Las solicitudes y la documentación pertinente se presentará cuando menos con veintidós (22) días hábiles de antelación a la fecha efectiva propuesta para el ajuste de TARIFAS. OSIPTEL examinará y verificará las solicitudes y la documentación, con la finalidad de comprobar que las TARIFAS propuestas sean acordes con las FORMULAS DE TARIFAS TOPE aplicables. Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de recepción de la solicitud, OSIPTEL podrá solicitar información adicional de la EMPRESA CONCESIONARIA, estableciendo una fecha límite para la entrega de dicha información no menor de cinco (5) y no mayor de diez (10) días hábiles contados a partir de la recepción de la solicitud de información adicional. OSIPTEL deberá emitir pronunciamiento respecto de la solicitud en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles a la fecha de presentación o quince (15) días hábiles después de entregada la información adicional.

²⁰ Se define como “Tarifas Tope” al promedio ponderado aplicable a los servicios de Categoría I, que no puede ser superada por la tarifa promedio ponderada establecida por la empresa concesionaria.

²¹ Aprobado por Resolución N° 048-2006-CD/OSIPTEL y modificado por Resoluciones del Consejo Directivo N° 067-2006 y N° 007-2007. Referidas al procedimiento aplicable para la revisión de propuestas de ajuste trimestral de los servicios de Categoría I de Telefónica.

Al respecto, el Instructivo de Tarifas señala que el procedimiento de ajuste de tarifas se inicia con la presentación de la solicitud y la documentación pertinente para el ajuste de Tarifas ante el OSIPTEL, el cual examinará y verificará la solicitud e información estadística pertinente con el objeto de comprobar si las propuestas son acordes con lo establecido en el Contrato de Concesión y el Instructivo. De determinarse la conformidad de la solicitud presentada por Telefónica del Perú y el cumplimiento de la normativa antes referida, el OSIPTEL aprobará el Ajuste de Tarifas mediante una Resolución de Consejo Directivo, la cual deberá ser publicada en el Diario Oficial "El Peruano" y en la página web institucional del OSIPTEL. En tanto, para la publicación de las nuevas tarifas se aplicará lo dispuesto en el Reglamento General de Tarifas²², el cual establece y norma las obligaciones de la empresa concesionaria respecto a la comunicación y publicación de las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones²³.

De este modo, el OSIPTEL como ente regulador mantiene una actitud vigilante frente a la empresa concesionaria que presta el servicio público, facultades que se encuentran reguladas en diversos marcos normativos como el Reglamento de la Ley N° 27332 - Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, modificada por la Ley N° 28337²⁴, la cual señala que el OSIPTEL se encargará de regular el comportamiento de las empresas, garantizando la calidad y la eficiencia del servicio²⁵. De igual manera, la propia Ley N° 27332 señala que el OSIPTEL se encargará de verificar el cumplimiento de las

²² Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL y sus modificatorias.

²³ Instructivo para el Ajuste de Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de categoría I de Telefónica del Perú. Régimen de Tarifas Tope. Aprobado mediante Resolución N° 048-2006.CD/OSIPTEL, del 10 de agosto de 2006.

²⁴ Decreto Supremo N° 042-2005-PCM. Publicado en el Diario Oficial "El Peruano", el 11.06.2005.

²⁵ Artículo 79.- (...) El Organismo Supervisor de Inversión en Telecomunicaciones (OSIPTEL), se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras, así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas.

obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas²⁶.

Por su parte, Reglamento General de OSIPTEL²⁷, establece sus funciones normativas, reguladoras, supervisoras, fiscalizadoras y sancionadoras en materias de su competencia. Análogamente, la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL²⁸, decreta sus facultades supervisoras y tipificadoras de hechos u omisiones cometidas por las empresas concesionarias, que configuren infracciones administrativas que conlleven a imponer sanciones en el sector de servicios públicos de telecomunicaciones, en el ámbito de su competencia. Ello se ve complementado, con normativa como el Código de Ética²⁹ del OSIPTEL y el Reglamento de Transparencia³⁰, los cuales exigen una política de transparencia e imparcialidad en la gestión de la entidad reguladora y el comportamiento de sus funcionarios.

Conforme a lo expuesto, se puede evidenciar que el OSIPTEL es el ente autónomo que supervisa las condiciones de la concesión bajo los lineamientos establecidos en su marco normativo y, por tanto, de acuerdo a su rol, es un sujeto que impactará en el proceso y ejecución del contrato. De ese modo, la afirmación hecha por la Corte Suprema, en la cual señala que el OSIPTEL es un ente regulador sin facultad para negociar, reajustar o modificar los términos pactados

²⁶ La Ley N° 27332 señala en su Artículo 3.- Funciones 3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones: a) Función supervisora: comprende la facultad de verificar el cumplimiento de las obligaciones legales, contractuales o técnicas por parte de las entidades o actividades supervisadas, así como la facultad de verificar el cumplimiento de cualquier mandato o resolución emitida por el Organismo Regulador o de cualquier otra obligación que se encuentre a cargo de la entidad o actividad supervisadas; b) Función reguladora: comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito; c) Función normativa: comprende la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; d) Función fiscalizadora y sancionadora: comprende la facultad 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 concesionarios en los respectivos contratos de concesión (...).

²⁷ Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

²⁸ Ley N° 27336, publicada el 5 de agosto de 2000.

²⁹ Aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 067-2009-CD/OSIPTEL, del 18 de noviembre de 2009.

³⁰ Aprobado mediante Resolución del Consejo Directivo N° 013-99-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial "El Peruano", el 4 de octubre de 2002.

en el contrato de concesión, no es del todo correcta, siendo incluso tendenciosa, ya que lo que se pretende realmente con esa aseveración, es resaltar una facultad no establecida en la ley para el ente regulador (el de otorgar la concesión), con el fin de argumentar que no es una parte o sujeto que pueda intervenir en el marco de una contratación pública, siendo el único facultado para negociar algún aspecto del Contrato de Concesión el Estado peruano, representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

En esa línea, Danós indica que en el ordenamiento peruano, *los organismos reguladores de servicios públicos usualmente no están a cargo de elaborar los términos de la concesión –la cual compete a los ministerios del sector involucrado en el caso del gobierno nacional-, sino en la supervisión de su cumplimiento*³¹. En efecto, la labor de los organismos reguladores no consta en diseñar, suscribir o efectuar el otorgamiento del contrato de concesión; lo que no significa que no sea parte durante todo el procedimiento y ejecución de la contratación pública, debiendo dejar constancia que si bien el contrato administrativo se perfecciona con la suscripción y otorgamiento de la concesión, ello no representa que el procedimiento contractual público termine en esa etapa, ya que continua con el desarrollo de la fase de ejecución contractual y termina con la fase de liquidación. Etapas en las cuales puede actuar el organismo regulador -en nuestro caso en particular el OSIPTEL-, a fin de regular o modificar los términos del Contrato de Concesión de acuerdo a sus funciones y atribuciones.

6. Conclusiones

De acuerdo a lo expuesto, no resultaría correcto argumentar que el único escenario donde se puede producir el acuerdo de voluntades colusorias entre el funcionario público y el particular interesado, es el de las contrataciones públicas

³¹ En: POOLE FULLER, Esteban. Rectificando las Fallas del Mercado: Balance del Proceso de Implementación en Lima del Sistema Integrado de Transporte (SIT) y Propuestas para su Perfeccionamiento bajo un Régimen de Servicio Público. Tesis para optar el Título de Abogado, pág. 51.

entendidas como el de las relaciones de negociación de contenido estrictamente patrimonial; vale decir donde se acuerdan las condiciones contractuales de la concesión, ya que restringir dicha interpretación al estricto momento de la negociación contractual de contenido patrimonial dejaría abierta una ventana de impunidad para sancionar el delito de colusión en etapas posteriores a la referida, en las cuales a través de las modificaciones del contrato de concesión primigenio se producen actos colusorios con potencialidad para defraudar al Estado. En sentido, la naturaleza de jurídica del ajuste tarifario no puede ser entendida como un mero acto administrativo, ya que, con este tipo de procedimientos regulados en el contexto de una contratación pública, se modifica la esencialidad de las voluntades acordadas en los contratos públicos pudiendo ser perjudiciales para los intereses estatales.

De dicho modo, el término “ajuste tarifario” no puede ser interpretado aisladamente, al igual que el término “adenda”, ya que de este modo se podría argumentar que tampoco es factible la concertación en ese último contexto, en tanto no forma parte de las contrataciones iniciales en las cuales se produce la suscripción del contrato. Que, por el contrario, la naturaleza jurídica del ajuste tarifario se da en el marco de la afectación de los acuerdos de contratación pública, pudiendo afectar o alterar su cumplimiento.