

# LAS TARIFAS DE TELECOMUNICACIONES

Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de La Laguna

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Las telecomunicaciones como «actividades de interés general».-3. Técnica tarifaria (I). Requisitos para la fijación administrativa de las tarifas.-4. Técnica tarifaria (II). Principios y reglas de fijación.-5. Efectos del ejercicio de la potestad tarifaria.-6. Casos de estudio.-1.º Las tarifas telefónicas.-7. Casos de estudio.-2.º La oferta de interconexión de referencia.-8. Casos de estudio.-3.º La tarifa plana en Internet.-9. Consideraciones finales.-10. Conclusión.-Anexo: Sistemas de determinación de tarifas (técnica regulatoria).

## 1. INTRODUCCIÓN

**L**A exposición del tema que me ha correspondido desarrollar, el régimen tarifario de las telecomunicaciones, está organizada como sigue: tras una rápida puesta en situación, nos detendremos en la técnica tarifaria, para después abordar tres supuestos prácticos, sobre los cuales podamos reflexionar rápidamente, para acabar extrayendo algunas conclusiones.

Estará dirigida a juristas, pero hablaremos de Regulación. Esto significa que, en vez de las clásicas referencias a procedimientos formales, problemas de validez o control jurisdiccional, buscaremos la lógica subyacente en las decisiones regulatorias y trataremos de comprender, dentro del aparato jurídico-institucional que determina la potestad tarifaria, la mecánica real de los instrumentos utilizados, sus causas y efectos económicos y las guías de que disponemos para su correcto ejercicio. Algunas de las técnicas que habrá que estudiar serán nuevas en el mundo del Derecho, pero les aseguro que son necesarias para tratar de un problema como el aquí abordado.

---

AFDUAM 3 (1999), pp. 255-269.

## 2. LAS TELECOMUNICACIONES COMO «ACTIVIDADES DE INTERÉS GENERAL»

La declaración de que la prestación de servicios de telecomunicaciones es una actividad de interés general preside la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 y, antes de comenzar nuestro estudio, debemos ser muy conscientes del significado de tal pronunciamiento. En breve, debemos retener lo siguiente: a partir de esta decisión del legislador, a) ya no existe la antigua *«publicatio»* de las telecomunicaciones como actividad reservada al Estado; b) no hay sujeción especial ni subordinación directa alguna de los operadores o usuarios hacia la Administración; c) tampoco hay poder de dirección y control general del sector por parte de los poderes públicos; por el contrario, d) hay pluralismo y libre iniciativa privada, en unas telecomunicaciones que e) están sometidas a las reglas de la competencia, es decir, se rigen en principio y sobre todo por el Derecho Mercantil.

Por supuesto, las telecomunicaciones están sometidas también a reglas jurídico-públicas, de Derecho administrativo, que, identificaremos en su conjunto como una regulación sectorial específica *«para la competencia»*, esto es, de soporte de la actividad declarada primordialmente comercial y mercantil y de adición de las cargas de servicio público que se estimen necesarias. Dentro de ella, la potestad tarifaria encontrará su sentido para imponer obligatoriamente unos precios, y aparecerá cuando la competencia sea insuficiente para fijar precios de mercado. Esto es muy importante; dado que la potestad tarifaria sustituye al juego de oferta y demanda, debe, cuando menos, tener efectos neutrales sobre la competencia; desde la perspectiva jurídica, esto significa que no debe alterar o desequilibrar la interacción entre los agentes privados que protagonizan el sector. A tal fin, su ejercicio está sometido a requisitos materiales y formales, como se pasa a sintetizar.

## 3. TÉCNICA TARIFARIA (I). REQUISITOS PARA LA FIJACIÓN ADMINISTRATIVA DE LAS TARIFAS

En primer lugar, hay tres requisitos materiales para que pueda activarse la potestad tarifaria; estos son: la insuficiencia de la competencia efectiva, la trascendencia del precio a fijar (*de minimis non curat praetor*) y la disponibilidad de datos e información adecuada por parte de quién ha de ejercerla, que garanticen la razonabilidad de sus decisiones.

En segundo lugar, están los requisitos formales clásicos de habilitación legislativa en todo caso y, cuando se reconozca algún tipo de discrecionalidad administrativa al órgano decisor, debe recordarse que la competencia, el procedimiento y el fin de su ejercicio están siempre reglados.

Lo anterior es cosa sabida y no merece que nos detengamos en ello; tan sólo conviene resaltar ahora que tanto la insuficiencia de la competencia efectiva como la disponibilidad de los datos que requiere el ejercicio de la potestad tarifaria son cuestiones de hecho, que se sitúan naturalmente en lo que la doctrina conoce como «*presupuestos habilitantes del ejercicio de la potestad*», y, por tanto no pueden ser valorados discrecionalmente por la Administración. Ni que decirlo tiene, el problema de la discrecionalidad en el ejercicio de la potestad tarifaria es uno de los más importantes y habrá que volver repetidamente sobre él.

#### 4. TÉCNICA TARIFARIA (II). PRINCIPIOS Y REGLAS DE FIJACIÓN

Recordemos ahora los principios que, procedentes de la regulación europea y de las nuevas exigencias de las telecomunicaciones en competencia, son aplicables a la potestad tarifaria. Los principios generales de objetividad, transparencia y no discriminación ocupan el primer lugar de esta relación por derecho propio, junto a los de publicidad de las decisiones tarifarias e igualdad en su aplicación. Tras ellos, dos principios tienen particular relevancia y requieren que nos detengamos en ellos. Son el principio de orientación a costes y el de neutralidad competitiva.

El principio de orientación a costes exige que las tarifas que se fijen administrativamente se sitúen ligeramente por encima de los costes reales de la prestación del servicio tarifario. Ello se debe al papel sustitutivo de la tarifa con respecto al mecanismo ordinario de fijación de precios. Al tener que sustituir al juego de la oferta y la demanda, la tarifa se ve obligada a aportar lo mismo que este aportaría y, es bien sabido que el principal efecto de la libre articulación de la oferta y la demanda es situar los precios sobre los costes marginales de producción del bien o servicio de que se trate. La tarifa regulada tiene que hacer algo equivalente: por una parte, tiene que permitir cubrir los costes, dado que no se puede obligar a nadie a producir y vender por debajo del coste; y, por otra, tiene que impedir ganancias ilegítimas, como las que surgirían de una tarifa excesivamente por encima de los costes, cuando, por principio, los servicios que se tarifican son aquellos en que el usuario no puede elegir.

Las tarifas deben permitir a los operadores que las soportan o utilizan competir sin ventaja ni desventaja alguna. Este es el segundo principio que hay que mencionar expresamente, toda vez que la discrecionalidad de que muchas veces se inviste la potestad tarifaria lleva a pensar al regulador que puede usarla para favorecer a unos o a otros. Nada más lejos de la verdad. El favoritismo y el dirigismo están proscritos en todos los sectores regulados, tanto por elementales principios jurídicos (el de igualdad y el de interdicción de la arbitrariedad) cuanto por exigencias esenciales de la técnica regulatoria (resultan siempre ineficientes a la larga).

Los principios mencionados han obligado a buscar técnicas y sistemas de fijación de las tarifas que se adapten a los mismos: que sean objetivos, transparentes, orientados a costes, competitivamente neutrales, etc. En el mundo angloamericano es donde más se ha trabajado en ello y, aceptando las denominaciones allí utilizadas, podemos clasificarlos del siguiente modo: a) sistemas que parten o aceptan los costes contabilizados: «*Cost plus*» y «*Rate of return*»; b) sistemas que fuerzan a la baja los costes: «*Price Cap*» y «*Yardstick competition*»; y c) sistemas que aprecian los costes de oportunidad: «*Efficient component-price rule*», los cuales se oponen a los que los desechan, como la muy extendida fórmula TELRIC (*Total Element Long-run Incremental Costs*).

Por lo que hace a las modalidades del cómputo de costes, pueden mencionarse las que utilizan costes completamente distribuidos, las que parten del coste de la oferta de un solo servicio, y las que calculan los costes incrementales a largo plazo, dándose a la vez diferentes combinaciones según se consideren los costes históricos, presentes, o prospectivos.

Finalmente debe recordarse que la contabilidad analítica que precisan todos ellos es muy difícil de estandarizar; por ello, han surgido técnicas de cálculo contable «de arriba abajo», y «de abajo arriba» como solución aproximativa.

Una explicación más detallada de cuanto antecede puede encontrarse en el anexo. Dejemos de momento los aspectos técnicos para contables y economistas, y examinemos los efectos de las decisiones tarifarias.

## 5. EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD TARIFARIA

El primer efecto que hay que destacar es que la tarifa reemplaza las señales del mercado. Al fin y al cabo la tarifa establece un precio –regulado, administrativamente fijado, pero precio–, y el precio es la señal más importante que se presenta a los agentes del mercado, sean prestadores o consumidores de los servicios tarifados. El precio, y, en este caso, la tarifa, indica a los potenciales inversores la rentabilidad que pueden esperar de los capitales de que disponen; indica a los potenciales consumidores si deben optar por el servicio de que se trata o buscar otros de los que obtengan mayor satisfacción por el mismo dinero; y, en fin, señala a todos la posibilidad de aplicar tecnologías más eficientes, de incrementar o disminuir la producción o el consumo, anticipar la futura evolución del mercado, etc. Toda decisión tarifaria, en suma, envía una inequívoca señal al mercado, que tiene poderosos efectos en la conducta de sus agentes.

Precisamente por lo anterior se ha desarrollado el principio ya mencionado según el cual las tarifas no deben distorsionar la competencia. Ahora cabe añadir que toda tarifa requiere rapidez y certidumbre en su fijación, puesto que debe acompañarse al dinamismo del mercado, dicho sea sin olvidar que las tarifas de telecomu-

nicaciones afectan a otros subsectores próximos (componentes electrónicos, por ejemplo) y tienen amplia repercusión sobre el conjunto de la economía (todos los sectores económicos usan de un modo u otro las telecomunicaciones). Traducido a términos más familiares, esta obligación se traduce en la de generar seguridad jurídica (certeza, previsibilidad) actuando rápidamente en función de circunstancias cambiantes (principios de proporcionalidad y congruencia de la actividad administrativa).

Para no cansar, sólo hablaré de un efecto más de las decisiones tarifarias. Tienen, todas ellas, importantes efectos sobre las inversiones. Ya lo he apuntado, pero debo insistir en ello: el ejercicio de la potestad tarifaria tanto puede estimular como obstaculizar, e incluso impedir, las inversiones en el sector tarifado y en todos los que se encuentren por debajo de él en la cadena de valor. Comprender esto no requiere muchas explicaciones. Basta con pensar en las tarifas de interconexión para aceptarlo. Pero al hacerlo así entramos en la tercera parte de la exposición, la dedicada a los casos concretos, y debemos empezar por el más simple: el de las tarifas telefónicas.

## 6. CASOS DE ESTUDIO. 1.º LAS TARIFAS TELEFÓNICAS

En España, las tarifas telefónicas, aunque ya estamos en competencia, las sigue fijando la Administración. Esto es así por diversas razones; de un lado, la competencia es todavía insuficiente, sobre todo en la telefonía local, metropolitana y provincial; y, de otro, el servicio telefónico básico está configurado como servicio universal, lo que obliga a que su precio sea «asequible» (y a establecer un fondo de compensación, todavía pendiente). El caso es que en las tarifas telefónicas tenemos al alcance de la mano un primer supuesto sencillo de tarifas reguladas.

Pues bien, lo primero que observamos en ellas es que están desequilibradas. Desde la etapa del monopolio, las líneas de larga distancia subvencionan a las locales, lo cual podía ser lógico con una única empresa en todos los subsectores (local, metropolitano, provincial, interurbano nacional, internacional), pero deja de serlo cuando son varias las que compiten, pudiendo algunas de ellas elegir donde y cuanto involucrarse (telefonía de larga distancia, negocios, grandes clientes, objetivos todos ellos muy codiciados por los nuevos operadores) y otras no (Telefónica y las empresas de cable).

El desequilibrio en las tarifas plantea, a su vez, el problema del déficit de acceso, puesto que, por definición, el desequilibrio implica que unas tarifas estén por debajo de los costes (las locales, donde radica el déficit) y otras por encima (las de larga distancia, en cuyos superávits quieren participar los nuevos entrantes). El déficit de acceso, hay que decirlo rotundamente, es incompatible con la competencia. Es, por supuesto, una incompatibilidad jurídica, y tanto las Directivas europeas

como la Ley General de Telecomunicaciones proscriben la fijación de tarifas por debajo del coste sin compensaciones. Y es, también, una exigencia técnica, puesto que con tarifas locales muy bajas nadie invertirá en las redes locales (ni su titular ni los nuevos entrantes), con su consiguiente rápida degradación.

El Ministerio de Fomento conoce esta situación, que Telefónica le ha hecho presente en diversas ocasiones, llegando a denunciarla ante la Comisión Europea. Pero hasta ahora la corrección del déficit de acceso ha tropezado con diversos obstáculos que parecen insalvables. Primero fueron los «*criterios de Maastricht*» y luego los «*compromisos de la zona Euro*»; el caso es que, desde hace años, el reequilibrio tarifario ha chocado con sus efectos sobre el IPC. Si a ello le juntamos la regulación asimétrica que se ha establecido en España –a mi juicio indebidamente–, encontramos que el déficit de acceso no se corrige, porque lo sufre una sola empresa (Telefónica) y favorece a todas las demás (el Ministerio presenta como un éxito propio el rápido crecimiento de éstas últimas).

La enseñanza que podemos extraer de este caso es que la fijación discrecional de las tarifas (las tarifas telefónicas han sido tratadas siempre como un asunto político, con implicación directa de Gobierno) crea un situación en la cual ha llegado a ser posible en la práctica situar las tarifas locales por debajo de sus costes, a pesar de los claros imperativos legales y las evidentes exigencias regulatorias que lo impiden. De ahí la advertencia, recurrente en esta intervención, sobre los peligros de la discrecionalidad en esta materia.

## **7. CASOS DE ESTUDIO. 2.º LA OFERTA DE INTERCONEXIÓN DE REFERENCIA**

En las telecomunicaciones en competencia, la interconexión obligatoria de redes de distinta titularidad es una exigencia ineludible. No hace falta explicarlo; la interconexión es esencial para la red de redes que estamos construyendo; y, siendo así, habrá de someterse a tarifa, para impedir los abusos que obviamente pueden producirse cuando negocian redes de distinto tamaño y competidoras.

La tarifa, como sabemos, debe cubrir los costes reales del servicio prestado; en este caso se trata de facilitar la interconexión y terminar o iniciar, en la propia red, una comunicación con inicio o destino final en la red interconectada. Entre los costes reales, lógicamente, el operador afectado no puede incluir ineficiencias o conceptos que no sean razonables y tengan relación con el servicio prestado. Y aquí empieza el problema ¿cuáles son esas ineficiencias o esos conceptos «irrazonables»?

Si entráramos a fondo en la cuestión, su tratamiento se dilataría excesivamente; quedémonos en lo directamente observable: los costes que deben o no incluirse en la tarifa de interconexión han sido recientemente discutidos entre Tele-

fónica y la CMT (ésta última con el apoyo formal del Ministerio de Fomento) con ocasión de la fijación de la «*oferta de interconexión de referencia*» prevista en el artículo 28 de la L.G.Tel. (en relación con la disp. trans. 4ª y arts. concordantes de reglamento de interconexión de 24/jul/98) y publicada en el BOE de 31 de octubre de 1998, con el siguiente resultado:

La CMT, al examinar los conceptos de coste y las cuantías aportadas por la operadora, rechazó un buen número de ellos, con lo cual rebajó sustancialmente la oferta de Telefónica. Aunque en la prolija exposición de su informe –técnicamente era un informe, pero de hecho determinó la resolución– este organismo realizó consideraciones de distinto orden, es lo cierto que se declaró incapaz de establecer los datos de partida necesarios para apoyar su pronunciamiento directamente en los costes. Por ello se acabó inclinando por los criterios de la recomendación que la Comisión Europea había publicado recientemente en la materia (de 8 de enero, 8 de abril y 29 de julio de 1998) con la técnica de la «*yardstick competition*», o de valoración por comparación.

Está todavía por determinar si este modo de proceder ha sido adecuado o no (las comparaciones no se basan en los costes reales, tal como exige la ley, sino en las cuantías finales). Telefónica ha impugnado la resolución ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, por cuanto encuentra que el resultado final, en primer lugar, crea una tarifa inaceptablemente por debajo de los costes acreditados e inadecuada a la situación real de las telecomunicaciones españolas y, en segundo lugar, carece totalmente de motivación, puesto que la única que tiene, la única real, es un espíritu puramente voluntarista y claramente proteccionista de los nuevos entrantes.

La lección que podemos extraer en este caso es que los principios de objetividad y orientación a costes en el ejercicio de la potestad tarifaria son algo más que meras palabras. Las decisiones tarifarias deben ser motivadas, en una motivación que explique, al menos cómo se han satisfecho tales principios. El examen que los Tribunales de Justicia harán de la oferta de interconexión de referencia se centrará, sin duda, en las explicaciones dadas por la CMT sobre el modo en que ha obtenido la cifra establecida. Entonces sabremos hasta donde puede llegar su discrecionalidad en la apreciación de unos u otros conceptos de coste y medios de prueba de su cuantía.

## 8. CASOS DE ESTUDIO. 3.º LA TARIFA PLANA EN INTERNET

Trataré de explicar este caso muy rápidamente. A los servidores de Internet se accede sobre todo mediante líneas telefónicas; la última fijación de tarifas telefónicas encareció las llamadas locales largas, lo que si bien tiene poco efecto en las llamadas ordinarias (la duración media de las conversaciones telefónicas locales es

de tres minutos) lo tiene muy grande sobre las llamadas de internet (la conexión supera de ordinario los veinte minutos). La respuesta de los usuarios fue pedir la tarifa plana, esto es, un abono fijo mensual a virtud del cual puedan estar conectados cuanto quieran, sin límite de tiempo. Pero la tarifa plana no puede aplicarse a la red telefónica conmutada porque sus centrales están diseñadas para las llamadas cortas de la telefonía ordinaria y se saturarían con las conexiones largas que esta solución facilita.

La posible solución ha aparecido de la mano de la tecnología. Se llama ADSL, siglas que corresponden a *Asimetric Digital Subscriber Line*, una nueva forma de aprovechamiento de las líneas locales que ofrece grandes ventajas: la comunicación es compatible con el servicio telefónico (utiliza el mismo cable, pero en frecuencias mucho más altas) y se puede separar del tráfico telefónico antes de que acceda a la central de conmutación, con lo que se evita su saturación y se habilita la conexión permanente a un red de datos separada.

El ADSL es una tecnología por el momento cara, y plantea el problema de su consideración regulatoria: si se considera integrante del servicio telefónico, cuyas líneas comparte, debería tarifarse; pero, si se ve como lo que parece ser, un nuevo servicio superpuesto a los existentes, habrá de enfocarse como servicio comercial, de precio libre (antiguamente, bajo el régimen de la LOT, se calificaría como servicio de valor añadido, liberalizado; ahora, con mayor razón, debe estarlo). El colario lógico es que la potestad tarifaria existe en un determinado marco conceptual, jurídico y regulatorio, del que no podemos prescindir a la hora de enjuiciarla. Esto es importante por lo que seguidamente se dirá.

## 9. CONSIDERACIONES FINALES

Cuanto queda dicho tiene el oportuno reflejo jurídico, que sería prolijo detallar aquí, en normas (L.G.Tel., reglamento de interconexión...), actos (resoluciones, acuerdos...) u otras de las formas admitidas por el Derecho (recomendaciones, negociaciones, contratos...). Esto, por supuesto, tanto al nivel español como comunitario europeo, siendo este último ordenamiento cada vez más determinante de la conformación de nuestras telecomunicaciones. Y, ni que decirlo tiene, el entramado de relaciones jurídicas entre los distintos protagonistas (Administración del Estado, regulador independiente, operadores, proveedores de servicios, usuarios...) es rico, activo y, en muchas ocasiones, conflictivo. El Derecho tiene un importante papel que jugar en el decurso de todo ello.

No obstante, en los minutos precedentes he tratado de mostrarlo desde la perspectiva regulatoria. Tras haber oído la exposición, espero que comprendan por qué.

Retomemos el caso de la oferta de interconexión de referencia. Hoy se encuentra «*sub iudice*» y dentro de unos años una sentencia nos marcará las pautas



para sucesivas ediciones. Pero llegaremos allá con el mercado de las telecomunicaciones españolas ya estructurado, y las decisiones que le han dado forma, para bien o para mal, no tendrán vuelta atrás. Por eso es importante acertar desde el primer momento, y la guía la da la técnica regulatoria.

Este mismo caso nos enseña que, en muchos supuestos, necesitamos superar los límites que presenta la técnica jurídico-formal. Según ésta, la CMT al evaluar los costes admisibles en la tarifa de interconexión, debe hacer lo que la Ley le manda o, en otros términos, aquello para lo que la Ley habilita. Pero la Ley dejó esta cuestión abierta, confiándola a la discreción del regulador, sobre unas bases normativas muy generales. Es lógico que sea así: ni los legisladores estaban en condiciones de decidir qué fórmulas de costes eran las adecuadas, ni la Ley, norma general y abstracta con vocación de perdurar, es buen instrumento para ello. El problema es que, por inercia y tradición, las facultades del regulador se entienden como discrecionales, en el sentido convencional del término, cuando en estos supuestos regulatorios tal sentido tiene que ser revisado.

En el ejercicio de la potestad tarifaria, la discrecionalidad debe ser evitada en lo posible: cuanta menos haya, mayor seguridad jurídica obtendremos; y, cuando sea absolutamente necesaria, la discrecionalidad que cabe utilizar es la llamada discrecionalidad técnica. Permítaseme establecer en qué radica la diferencia entre una y otra.

Según la teoría de la discrecionalidad convencional, la norma permite al órgano llamado a resolver escoger entre varias opciones posibles, todas ellas igualmente justas, siempre que lo haga respetando la competencia, el procedimiento y el fin que la propia norma establece. Esta «facultad de optar» se entiende propia de la función administrativa y se excluye de la revisión jurisdiccional, a la luz del conocido aforismo «*el juez juzga, no administra*». La discrecionalidad técnica, en cambio, no tiene tal libertad de opción, ni todas las opciones son igualmente justas; el órgano que resuelve tiene la obligación, de la que no puede liberarse, de encontrar la «*solución técnicamente correcta*» o, si se prefiere, de decidir en función de los criterios que señale la técnica. En estos casos será la «*pericia artis*» la que indique la solución justa, lo que tiene importantes connotaciones a la hora de modular el «*modus operandi*» del órgano resolutorio: debe justificar la metodología escogida en función de los avances de la técnica disponibles, y debe explicar, de forma que resista el juicio de la razonabilidad técnica, la forma en que la ha aplicado.

La discrecionalidad técnica se ha utilizado en muchos campos, en los que los conocimientos y métodos a aplicar están bien asentados: en ingeniería, en medicina o en biología hay muchos ejemplos. A medida que tales conocimientos se van asentado en nuevos campos, la discrecionalidad global de partida se convierte naturalmente en técnica. Y esto es lo que ocurre —lo que está ocurriendo— con el ejercicio de la potestad tarifaria en los sectores regulados. La técnica regulatoria debe

ser aplicada para encontrar la tarifa óptima, lo que excluirá cualesquiera otras como inadecuadas. Cuando no sea posible hacerlo con exactitud, cabe establecer un «suelo» y un «techo» que limiten el ámbito de discrecionalidad al menos a una horquilla predeterminada. Sólo así conseguiremos, a la vez, hacer funcionar bien al sector y hacer justicia.

Concretaré lo que quiero decir con un último ejemplo. Es sabido que, a la luz del principio de intercambiabilidad de las técnicas administrativas, cada una de ellas puede usarse en función de los objetivos que corresponden a las demás. Este supuesto es común en el caso de las potestades discrecionales, en las que suelen sumarse –discrecionalmente– distintos objetivos. Lo que sabemos del déficit de acceso ilustra claramente este hecho: al fijar las tarifas telefónicas locales se ha querido, a la vez, satisfacer las necesidades del servicio telefónico y las del IPC. Pues bien, hay que decir que tratándose de discrecionalidad técnica no cabe perseguir otras finalidades, dado el funcionamiento intrínseco de este tipo de discrecionalidad. La técnica debe aplicarse única y exclusivamente en función de las exigencias que le son propias. No se le pueden añadir exigencias adicionales que distorsionen su funcionamiento: eso constituiría un supuesto de desviación de poder prohibido por el Derecho.

Lo mismo que un médico no puede recetar específicos en función de las necesidades de reducción del paro o de la prosperidad de la industria farmacéutica, así tampoco ningún regulador económico debe fijar una tarifa en función de la prosperidad de determinado grupo de operadores, o de objetivos macroeconómicos –políticos– del Gobierno. No se erigen para eso reguladores que se etiquetan de independientes.

## 10. CONCLUSIÓN

La potestad tarifaria sigue siendo un poder jurídico de actuación conforme al principio de legalidad. Esto es claro. Pero, para decirlo de un modo simple, a la prudencia jurídica necesaria para su ejercicio, debe añadirse una buena dosis de técnica regulatoria. Esto quiere decir, por ejemplo, que deberán rechazarse aquellas decisiones que presenten unos «efectos no queridos» claramente perjudiciales, que persigan objetivos técnicamente incongruentes entre sí, o que emitan señales al mercado que lo confunda o, aún peor, que lo encaminen en dirección equivocada. Tal rechazo deberá producirse no sólo por consideraciones de política económica o similares, sino porque se trata de una decisión que el Derecho no admite, ni puede admitir.

Las razones del ejercicio de la potestad tarifaria deben exponerse con toda claridad. En este caso, lo que conocemos como motivación es absolutamente relevante, puesto que no contiene tan sólo una simple opinión, que vaya a contrastarse

con otras opiniones de contrario; la motivación de la tarifa expone los fundamentos que el ejercicio de la potestad necesita, y que pueden y ser valorados a la luz de «estado del arte» de la técnica regulatoria con criterios objetivos. La transparencia, en regulación, no sólo explica, sino que fundamenta.

Finalmente, quisiera recordar que, en las telecomunicaciones en competencia, la potestad tarifaria es transitoria: desaparece al implantarse la competencia. Esto es importante, puesto que tratándose de un poder de amplio espectro, sus titulares serán siempre renuentes a renunciar a él; hay que insistir: no se trata de renunciar, sino, sencillamente, de aceptar que el poder desaparece con la competencia. La prudencia regulatoria es, en estos aspectos, clave para el adecuado devenir del sector.

## ANEXO.—SISTEMAS DE DETERMINACIÓN DE TARIFAS (TÉCNICA REGULATORIA)

### Presentación

La fijación de las tarifas a partir de los costes es relativamente sencilla cuando se dan las siguientes condiciones: a) los costes son estables, fácilmente cuantificables y hay información fidedigna sobre ellos; y b) los atribuibles al servicio objeto de tarificación pueden identificarse sin lugar a dudas y separarse de cualesquiera otros en que pueda incurrir en operador afectado. Dichas condiciones se dieron «grosso modo» en tiempos del monopolio, pero son inalcanzables en la situación de competencia en que nos hemos situado. Ante ello, la técnica regulatoria ha aportado diversas fórmulas, que pueden sintetizarse como sigue:

- A) **Sistemas basados en una estimación directa de los costes.** (Se enfrentan al problema de la información asimétrica existente entre el regulador y el operador):

«**Cost +**». Es ésta una denominación genérica para abarcar todos aquellos sistemas que aceptan partir de la contabilidad formal del operador afectado sobre el servicio que se somete a tarifa, añadiéndole una cantidad porcentual (identificada en el signo «+») en concepto de legítimo beneficio industrial. Tienen el defecto de que son continuadores de la situación heredada e integran cualesquiera costes históricos e ineficiencias que puedan existir.

«**Rate of Return**». Parecido a los anteriores, es útil para atraer inversiones. Consiste en establecer el adecuado retorno de la inversión que el establecimiento y/o mantenimiento del servicio precisa, para sobre esta cifra, fijar la tarifa, distribuyendo el mencionado retorno en un número de años prefijado. Los mercados internacionales de capitales proporcionan la guía para determi-

nar la cifra y puede incorporarse fácilmente a un contrato o al clausulado de la licencia del operador. Tiene el inconveniente de que congela la evolución por bastantes años, al tiempo que incentiva las inversiones en tecnología que devienen obsoletas y, en ocasiones, llega a promover inversiones directamente improductivas (cuando quedan a criterio del operador y éste sabe que cualquier inversión que haga tendrá el retorno comprometido).

- B) Sistemas que estimulan la reducción de costes sin determinación exacta de su cuantía.** (Eluden el problema de la información asimétrica, pero se enfrentan al de falta de tecnicismo al no presentar modelos económicos útiles).

Limitación de precios; «Price Cap». Útiles para introducir mejoras de productividad. Consisten en definir una «cesta» de servicios más o menos amplia, a cuyos precios –individualizados o promediados– se aplica un límite máximo. Su fórmula de mayor éxito es la británica de tarificación anual «RPI-X», siendo RPI el «Retail Price Index» y «X» un factor que se resta representativo de las ganancias de productividad previsibles en el sector. Bajo esta fórmula, el operador sabe que debe mejorar su productividad, al menos, para compensar el mencionado factor, y que, si consigue mejoras todavía mayores, éstas se convertirán automáticamente en beneficios (que, en este caso, se consideran justificados por el esfuerzo innovador realizado). El factor de productividad se mantiene estable por varios años para permitir que las inversiones o cambios puedan dar sus frutos, pero al final se modifica para que las mejoras de productividad lleguen a los usuarios. Presenta el inconveniente de falta de sensibilidad a los cambios de la demanda y es un tanto arbitrista, en cuanto la fijación del factor «X», aun referido a las mejoras tecnológicas lógicamente presumibles, carece de términos de contraste fiables *ex ante*.

**Aplicación de la «mejor práctica actual» (*yardstick competition*).** Útil para obtener rebajas tarifarias. Esta fórmula es puramente pragmática y parte del supuesto de que es posible obtener, de la comparación de las tarifas aplicadas a diferentes operadores en diferentes escenarios, unas tarifas capaces a forzar al operador regulado a situarse entre los mejores de su entorno. La idea es simple: la tarifa que es buena para otros, debe serlo también para el que nos preocupa. La Comisión Europea lo recomienda para el establecimiento de tarifas en sus Estados miembros. Tiene el inconveniente de que puede conducir a graves injusticias al no tener en cuenta las particularidades de cada país.

- C) Sistemas basados en la demanda o en el coste de oportunidad.** (Eluden el problema de la falta de tecnicismo, pero se enfrentan a grandes dificultades de aplicación práctica).

Estos sistemas se han generado específicamente para las tarifas de interconexión y tratan de imitar mejor que los anteriores el funcionamiento del mercado al fijar precios regulados. Precisamente por ello, encierran una mayor complejidad técnico-económica y su estado actual de desarrollo es sobre todo teórico (por contra, del «Rate of Return» hay amplia experiencia en

EE.UU. y del «Price Cap» en Gran Bretaña). Entre ellos cabe mencionar la «Regla de Tarificación Eficiente de Componentes» de Baumol y Sidak (1994) y la «Regla de Tarificación Completamente Eficiente» de Laffont y Tirole (1994), cuyas explicaciones e interpretaciones deben ser confiadas a economistas. En principio, ambas fórmulas exigen tal cantidad de información exacta por parte del regulador que sólo se usan como ensayos experimentales sin intenciones perceptibles de llevarlas a la práctica (en Nueva Zelanda se aplicó la primera, con resultados decepcionantes).

En los sistemas esquematizados puede observarse que la teoría y la práctica, los modelos conceptuales y el pragmatismo se entremezclan. Ello se debe a que la tarificación presenta un grave problema de base consistente en la necesidad de obtener gran cantidad de información para ajustarla correctamente. En un entorno en competencia los operadores necesitan reservarse su información comercial, reserva que el regulador ni puede ni debe romper. De ahí la búsqueda de un sistema de contabilidad de costes que pueda convivir con la competencia y que se examina a continuación.

## CÓMPUTO Y CONTABILIDAD DE COSTES

La atribución de los distintos tipos de costes (fijos-variables; comunes-compartidos; de operación-de capital; etc.) a las actividades a que corresponden nunca es fácil en una empresa grande y compleja. En las telecomunicaciones esta dificultad se incrementa por la existencia de distintos niveles que se soportan unos a otros al tiempo que se diversifican las actividades.

Una red, por ejemplo, requiere la existencia superpuesta de: a) conductos; b) portadores; c) enlaces; y d) conmutación. Pero esta red todavía no presta servicios; para ello es necesario que: e) se transporte la señal de un punto a otro; f) se establezca una sesión de comunicación; g) se realice la presentación de la información que lleva la señal de un determinado modo; h) una aplicación opere con dicha información, y j) convierta la información en contenidos que recibe el usuario final como servicio por el que paga. (Modelo OSI). Todos los niveles superiores comparten los recursos de los inferiores, y su número es mayor, lo que da una idea de las dificultades de cuantificar exactamente la parte de cada recurso cuyo uso es atribuible a cada servicio final. Adviértase que este modelo es teórico y útil para el diseño de redes nuevas; en las existentes se mezclan los niveles de distintas formas dentro de la misma red.

No obstante, la necesidad de atribuir costes a los distintos servicios se mantiene, dado que no todos están sometidos a tarifa, y que la tarifa debe apoyarse en costes determinados. A tal fin se ha propuesto la toma en consideración de los siguientes tipos de coste:

**Costes completamente distribuidos (*Fully Allocated Costs*).** A partir de la contabilidad de la compañía, la totalidad de sus costes deben atribuirse a algún servicio con el que estén relacionados, bien directamente, bien indirectamente, bien mediante simples estimaciones racionales. Tiene la ventaja de que se consideran la totalidad de los costes de la empresa y la desventaja de que no se pueden discriminar los costes evitables. Se aplica en dos variantes, según se realice la valoración de los activos de la compañía. Si se hace directamente sobre su reflejo contable, se incorporan todos los costes históricos y se habla entonces de «Costes históricos totalmente distribuidos»; y si los activos se valoran según sus costes corrientes, se toma en consideración tan sólo su coste de reposición actual, el cual en la mayoría de los casos es menor que el histórico. Este método («costes corrientes totalmente distribuidos») tiene el inconveniente de introducir suposiciones teóricas (lo que costaría tal o cual tecnología) cuando se trata de calcular costes reales; pero aporta claros incentivos a la introducción de innovaciones tecnológicas.

**Coste de la oferta de un sólo servicio (*stand alone costs*).** Rompiendo con el presupuesto de base de los modelos anteriores (todos los costes de la compañía deben entrar en el cómputo) este modelo considera el servicio aisladamente, como si de su provisión se encargara una empresa especializada. Tiene la ventaja de impedir las subvenciones cruzadas y las desventajas de introducir supuestos teóricos y no tener en cuenta las sinergias de las empresas multiservicios.

**Costes incrementales medios a largo plazo (*Long run average incremental costs*).** Dado que la regulación debe emular al mercado, debe buscar idealmente los costes marginales para establecer el precio de un servicio. Pero en las redes de telecomunicaciones el coste marginal de muchos servicios (una nueva llamada telefónica, por ejemplo) es cero. De ahí que este concepto se haya sustituido por el de «coste incremental a largo plazo» que ya es cuantificable y que consiste en la estimación de las necesidades de nueva planta producidas a largo plazo por el incremento de servicios previsible (muchas nuevas llamadas obligan a ampliar la capacidad de la central). Dado que el incremento se produce por saltos repartidos en el tiempo, se hace necesario promediarlo, para obtener una guía válida en todo momento para la fijación de las tarifas. El problema de estos costes es que no incorporan totalmente los costes fijos y compartidos derivados de la planta existente, con un adecuado retorno del capital invertido, por lo que normalmente se les adiciona una cuota a tal efecto.

**Costes prospectivos (*forward looking costs*).** Como reacción a la existencia de costes históricos de los operadores establecidos determinantes de ineficiencias fácilmente observables (exceso de personal, inversiones suntuarias o determinadas políticamente, etc.) se ha generado la idea de que todos los costes deben contemplarse «mirando hacia adelante», olvidando los costes históricos con una especie de «borrón y cuenta nueva». En realidad, lo que aquí se plantea es una fórmula de valoración de activos, más que un método de cómputo de costes. Dicha fórmula resulta muy atractiva para el regulador en un entorno tecnológico de continua reducción de los costes unitarios de

equipos y aplicaciones. Pero tiene el peligro de ignorar inversiones en las que el operador incurrió en el pasado mediante un comportamiento totalmente racional (es decir empresarialmente adecuado) u obligado por la Administración, cuya no amortización resultaría claramente injusta.

Cualesquiera que sean los costes que se consideren, e, incluso, si se ponen a prueba diversos métodos para contrastar sus resultados, la base de partida debe ser la contabilidad de la operadora. Ésta, por tanto, debe estructurarse en forma de contabilidad de costes, para poder dar respuesta a las demandas de información que se le soliciten. Al propio tiempo, se precisa también la separación de cuentas según las principales divisiones de la red (red de acceso - red de tránsito) o de los servicios que se prestan (servicio a usuarios finales - servicio de interconexión a otros operadores), a realizar teniendo en cuenta la existencia de un entorno competitivo. Todo ello requiere importantes cambios contables y un período de adaptación de las empresas que proceden de un monopolio integrado, mas o menos largo.

En todo caso, se han sugerido dos vías principales para el cálculo contable de los costes sobre los que se define una tarifa:

**De arriba abajo (*top down*).** Parte de la estructura actual de los operadores y de sus estados financieros calculados en costes corrientes, atribuyendo costes a los distintos servicios y suprimiendo redundancias.

**De abajo arriba (*bottom up*).** Utiliza modelos económicos y de ingeniería sobre el que se establecen los costes eficientes de cada parte de la red o servicio.

Aquí, de nuevo se aprecia el problema que gravita sobre todas las cuestiones de atribución de costes: si prescindimos de los datos reales (en este caso de los que aporta la contabilidad formalmente aprobada) entramos en un mundo en que es fácil construir costes eficientes teóricos, a costa de separarse de la vida efectiva de las empresas. Dado que lo que se trata es de fijar una tarifa, el regulador se sentirá atraído por esas apelaciones a la eficiencia, sobre todo si desconfía de los datos que le aporten los operadores, que son, al fin y al cabo, testimonio de parte interesada. Pero, al actuar sobre la base de modelos teóricos, no hay garantía de los efectos de su decisión sobre la dinámica del sector, que es, en última instancia, lo que debe preocupar al regulador. La tarifa, no se olvide, determina la adjudicación de recursos (inversiones) y la viabilidad de la industria (desarrollo sostenible); lógicamente no puede confiarse a simples formulaciones teóricas, debiendo inclinarse siempre en favor de la actuación sobre datos reales. Los contables, formales y auditados, lo son, salvo prueba en contrario.