



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 038-2011-CD/OSIPTEL

Lima, 17 de marzo de 2011.

EXPEDIENTE	: N° 00006-2010-CD-GPR/AT
MATERIA	: Ajuste Anual de Tarifas Tope del Servicio de Llamadas desde Teléfonos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A. a redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado / RECURSO DE RECONSIDERACIÓN
ADMINISTRADO	: Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El Escrito N° 01 de fecha de recepción 07 de febrero de 2011, presentado por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), mediante el cual interpone Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2011-CD/OSIPTEL que estableció el Ajuste Anual de las Tarifas Tope del Servicio de Llamadas Locales desde Teléfonos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A. a redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado, y;
- (ii) El Informe N° 131-GPRC/2011 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se sustenta el proyecto de resolución para emitir pronunciamiento sobre el recurso impugnativo presentado; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Legal;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

El inciso 5 del Artículo 77° del Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, establece que una de las funciones fundamentales del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL) es fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones así como establecer las reglas para su correcta aplicación.

El Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos –Ley N° 27332, modificada por las Leyes N° 27631 y N° 28337– atribuye al OSIPTEL la facultad exclusiva de dictar, en el ámbito y materias de su competencia, 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.

Dentro del marco de las leyes antes citadas, mediante la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL ⁽¹⁾, este organismo regulador estableció las Tarifas Tope del Servicio de

⁽¹⁾ Publicada en el Diario Oficial El Peruano del 28 de enero de 2008.

Llamadas desde Teléfonos Públicos de Telefónica a redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado (en adelante, comunicaciones TUP-Móvil); definiéndose en la misma norma regulatoria los mecanismos de ajuste tarifario a los cuales están sujetas dichas Tarifas Tope.

Conforme a lo establecido en la citada norma, existen dos mecanismos de ajuste de la Tarifa Tope para las comunicaciones TUP-Móvil: (i) el Ajuste Anual, mediante el cual se realiza la actualización anual de la tarifa tope considerando la actualización de los siguientes factores: tipo de cambio, factor de conversión minuto real-redondeado, valor final del cargo por la terminación de llamadas en las redes móviles, y la proporción de tráfico TUP-Móvil mediante tarjetas sobre el tráfico TUP-Móvil total; y (ii) el Ajuste No Periódico, mediante el cual se realiza la actualización de la tarifa tope cada vez que se producen cambios en los valores vigentes para alguno de los cargos de interconexión que forman parte de los componentes considerados en el correspondiente modelo de costos de la tarifa tope.

Bajo este marco, Telefónica presentó su solicitud de Ajuste Anual mediante carta N° DR-107-C-1633/GS-10 recibida con fecha 07 de diciembre de 2010.

Al respecto, el OSIPTEL mediante carta C.1231-GG.GPR/2010, recibida por la empresa el 16 de diciembre de 2010, remitió el Informe N° 744-GPR/2010, en donde se detallaron las observaciones realizadas a la propuesta de ajuste tarifario presentada por Telefónica, otorgándole a la empresa un plazo de diez (10) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción de la mencionada carta, para que pueda rectificar su propuesta y presentarla al OSIPTEL, bajo el apercibimiento previsto en el Anexo de la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL, en cuya virtud, el OSIPTEL puede establecer directamente el correspondiente ajuste tarifario con la información disponible.

Telefónica respondió a las observaciones formuladas por el OSIPTEL, mediante su carta N° DR-107-C-005/CM-11 recibida el día 03 de enero de 2011, expresando los mismos argumentos presentados en su propuesta inicial y reiterando su propuesta de ajuste presentada mediante carta N° DR-107-C-1633/GS-10.

El pronunciamiento del OSIPTEL respecto a la solicitud de Ajuste Anual presentada por la empresa, fue emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 009-2011-CD/OSIPTEL –sustentada con el Informe N° 012-GPRC/2011– que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano del 19 de enero de 2011 y fue debidamente notificada a Telefónica mediante carta N° C.027-GCC/2011, recibida por dicha empresa el 17 de enero de 2011.

El 07 de febrero de 2011, Telefónica presentó recurso administrativo de reconsideración contra la Resolución N° 009-2011-CD/OSIPTEL.

II. PROCEDENCIA DEL RECURSO

En cuanto a la procedencia del recurso interpuesto, debe precisarse que conforme a los antecedentes previamente señalados, la Resolución N° 009-2011-CD/OSIPTEL, que es objeto de la impugnación planteada por Telefónica, se deriva de la norma regulatoria específica establecida por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL, la misma que se aplica de manera determinada a Telefónica para el servicio de llamadas TUP-Móvil que presta dicha empresa.

De manera coherente con la normativa legal vigente del sector telecomunicaciones, en la que está habilitada la interposición de un recurso administrativo frente a las decisiones regulatorias del OSIPTEL que establecen precios tope aplicables a una empresa determinada, este organismo reconoce que Telefónica puede interponer recurso de reconsideración contra las resoluciones que establecen los ajustes de las tarifas tope para el servicio de llamadas TUP-Móvil que presta dicha empresa, siendo que dicho recurso tiene carácter eminentemente opcional y su interposición está sujeta a las reglas señaladas en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) – Ley N° 27444.

En el presente caso, el recurso de reconsideración ha sido presentado por Telefónica dentro del plazo legal establecido por el Artículo 207° de la LPAG y cumpliendo con los requisitos legales exigidos por el Artículo 211° de la misma Ley, por lo que su tramitación en el presente procedimiento recursivo resulta procedente.

III. ANÁLISIS

Mediante su recurso impugnativo, Telefónica plantea como pretensión que se rectifique la Resolución N° 009-2011-CD/OSIPTEL, a fin que en el Ajuste Tarifario Anual establecido por dicha resolución se considere: (i) el tráfico de larga distancia nacional de las comunicaciones TUP-Móvil de Telefónica, y (ii) el cargo por transporte conmutado de larga distancia nacional; señalando principalmente los siguientes argumentos:

- Según la recurrente, el tráfico de larga distancia nacional de sus comunicaciones TUP-Móvil “(...) debe ser incluido en la actualización de los componentes del presente ajuste [Anual] porque se trata de tráfico efectivamente cursado en el primer semestre del año 2010”. Estos componentes son: el factor de conversión minuto real-redondeado, el ratio de proporción de tráfico TUP-Móvil mediante tarjetas sobre el tráfico TUP-Móvil total, y los ponderadores de tráfico del cargo por terminación en las redes móviles.
- Telefónica reitera que: “(...) en la medida que se debió presentar una única tarifa a nivel nacional en aplicación del Área Virtual Móvil (AVM), para ésta, se realizaron sumas del tráfico local y larga distancia presentados en el período bajo análisis (primer semestre del año 2010) (...)”. Así, la empresa ha efectuado dichas sumas, en tanto que en el primer semestre de 2010, aún no se encontraba vigente el AVM y el tráfico de larga distancia nacional fue efectivamente cursado; hecho que, según la empresa, debería verse reflejado en el procedimiento de ajuste tarifario, en tanto que desconocer el tráfico de larga distancia nacional implicaría no reconocer los costos en los que incurre la empresa para prestar el servicio.
- Telefónica entiende que el Informe N° 032-GPRC/2011 que sustentó la Resolución N° 015-2011-CD/OSIPTEL –la cual resuelve el recurso presentado por Telefónica contra la Resolución N° 154-2010-CD/OSIPTEL que estableció el reciente Ajuste No Periódico– habría indicado que es en el procedimiento de Ajuste Anual donde se debía considerar el tráfico de larga distancia nacional al momento de actualizar los correspondientes factores de ajuste.
- El hecho que con la entrada en vigencia del AVM se aplique una única tarifa para las llamadas TUP-Móvil, no podría implicar la eliminación de una parte de la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL, pues se debió emitir previamente un

proyecto que modifique dicha resolución para definir cuál sería el tratamiento para el tráfico que en la práctica se viene cursando entre departamentos, y otorgar la posibilidad de comentario a la empresa.

Además, debería tomarse en cuenta que con independencia del AVM, actualmente en los procesos de entrega de información no se eliminan los escenarios de tráfico entre departamentos, en la medida que es un tráfico que no deja de cursarse.

- La propuesta de Ajuste Anual ha sido presentada por Telefónica manteniendo la actualización del cargo por transporte conmutado de larga distancia nacional, de la misma forma que lo incluyó en su propuesta de Ajuste No Periódico, pues si bien con la entrada en vigencia del AVM se establece una tarifa única a nivel nacional, esto no significaría que no exista un servicio de transporte de larga distancia efectivo que tenga que ser retribuido.

Así, el marco normativo del AVM prevé que existan casos en los que la llamada TUP-Móvil no sea entregada en el área local de origen, sino que deba entregarse en otro punto de interconexión existente, para lo cual necesariamente se debe utilizar un servicio de transporte de larga distancia, el mismo que debe ser reconocido a favor de la empresa en la tarifa final, con independencia de que dicha tarifa sea única a nivel nacional.

- En la Resolución N° 015-2011-CD/OSIPTEL se reconoció que para las llamadas TUP-Móvil existe tráfico por el que tendría que cobrarse un cargo por transporte LDN, aunque se indicó que tal reconocimiento de cargo debería ser inferior al que pretende Telefónica.

Sobre las alegaciones formuladas por Telefónica, este Consejo Directivo considera lo siguiente:

- La Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL estableció originalmente el régimen de tarifas tope aplicable a dos tarifas diferenciadas e independientes: (i) tarifa para las comunicaciones TUP-Móvil locales (Tarifa Local TUP-Móvil), y (ii) tarifa para las comunicaciones TUP-Móvil de larga distancia nacional (Tarifa LDN TUP-Móvil).

Bajo este régimen, ambas tarifas tope fueron objeto del primer Ajuste establecido por la Resolución N° 077-2009-CD/OSIPTEL.

Posteriormente, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones emitió la Resolución Ministerial N° 477-2009-MTC/03 disponiendo el establecimiento del Área Virtual Móvil (AVM) a partir del 04 de setiembre de 2010; en cuya virtud, la numeración de los servicios públicos móviles (que incluye a los servicios de telefonía móvil, de comunicaciones personales, troncalizado y móvil por satélite) pasó a ser considerada como no geográfica y han quedado eliminadas, para estos servicios, las zonas y áreas definidas en función a los departamentos del territorio nacional.

Como consecuencia de la aplicación de dicha norma legal, a partir de la fecha de entrada en vigencia del AVM, en todas las comunicaciones TUP-Móvil que se cursan dentro del territorio nacional únicamente resulta aplicable la correspondiente Tarifa "Local" TUP-Móvil vigente a dicha fecha.

Bajo este marco legal, debe entenderse entonces que si, en efecto, el AVM eliminó la tarifa LDN, entonces la única tarifa tope que se mantiene vigente para las llamadas TUP-Móvil es la Tarifa Tope Local TUP-Móvil que fue establecida por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL y ha sido ajustada por las Resoluciones N° 077-2009-CD/OSIPTEL y N° 154-2010-CD/OSIPTEL, siendo esa la única tarifa tope que puede ser objeto del presente Ajuste Anual.

- En cuanto a la consideración del tráfico de larga distancia nacional, debe tenerse en cuenta que no existe en el marco legal ni contractual el concepto de “tarifa única a nivel nacional” con el cual la empresa pretende sustentar su impugnación, sino que, por efecto del establecimiento del AVM, la única tarifa que se mantiene vigente para las llamadas TUP-Móvil es la “tarifa local”.

Contrariamente a las alegaciones que ahora plantea Telefónica, debe resaltarse que este efecto jurídico del establecimiento del AVM ha quedado claramente entendido y asumido por la misma empresa, tal como se evidencia en su carta N° DR-107-C-1476/GS-10 ⁽²⁾, donde Telefónica señaló expresamente que, a partir del 04 de setiembre de 2010, “el AVM elimina la tarifa LDN”.

Bajo este entendido, la Resolución Ministerial N° 477-2009-MTC/03 –mediante la cual se establece el AVM– constituye una norma legal de aplicación inmediata que ha tenido como efecto automático y directo la eliminación de la Tarifa LDN en todas las llamadas hacia redes móviles y, en consecuencia, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma también ha quedado automáticamente inaplicable la tarifa tope TUP-Móvil LDN originalmente establecida por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL. Siendo esto así, resulta insustentable el argumento de Telefónica respecto a que la aplicación de los referidos efectos de la R.M. N° 477-2009-MTC/03 en el ámbito de las tarifas tope TUP-Móvil requiera previamente que se emita una modificación normativa de la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL.

Por tanto, debe reiterarse que la única tarifa tope TUP-Móvil subsistente que puede ser objeto del presente Ajuste Anual es la Tarifa Tope “Local” TUP-Móvil, y este procedimiento de ajuste tarifario debe sujetarse a las reglas pre-establecidas por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL.

Llegado a este punto, debe resaltarse que en la Sección I.1 del Anexo de la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL se ha establecido expresamente que la actualización de cada uno de los factores considerados para el Ajuste Anual se realiza en base al tráfico TUP-Móvil, enfatizándose que el valor correspondiente a cada factor debe obtenerse *“de manera independiente para las llamadas locales y para las llamadas de larga distancia nacional”*. En tal sentido, conforme a esta regla, el tráfico de larga distancia nacional no puede ser considerado en el Ajuste Anual de la Tarifa Tope Local TUP-Móvil.

Asimismo, cabe señalar que en el Informe N° 012-GPRC/2011, que sustentó la Resolución impugnada, se desarrollaron los argumentos que desestiman la consideración del tráfico de larga distancia nacional de las comunicaciones TUP-

⁽²⁾ Carta de fecha de recepción 8 de noviembre de 2010, que fue presentada por Telefónica en el marco del reciente Procedimiento de Ajuste No Periódico de la Tarifa Tope TUP-Móvil.

Móvil en el procedimiento de Ajuste Anual, guardando concordancia con los argumentos desarrollados en el Informe N° 032-GPRC/2011 que sustentó la Resolución N° 015-2011-CD/OSIPTTEL. De esta manera, es importante señalar que es incorrecta la interpretación que asume Telefónica respecto de lo indicado en el citado Informe N° 032-GPRC/2011, en el sentido que se habría adelantado que en el procedimiento de Ajuste Anual debía considerarse el tráfico de larga distancia nacional. En efecto, el Informe N° 032-GPRC/2011, entre otros puntos, hace referencia a los alcances y límites del procedimiento de Ajuste No Periódico en comparación con el procedimiento de Ajuste Anual, pero no adelanta en ningún sentido un pronunciamiento específico o vinculante sobre el presente procedimiento de Ajuste Anual.

Adicionalmente, debe precisarse que aún cuando en los procesos de entrega de información se remite aquella que considera los escenarios de tráfico entre departamentos, ello no puede condicionar ni limitar la sujeción a las reglas de ajuste expresamente establecidas por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTTEL.

- Sobre la consideración del cargo por transporte conmutado de larga distancia nacional, debe tenerse en cuenta nuevamente que no existe en el marco legal ni contractual el concepto de “tarifa única a nivel nacional”, siendo que, por efecto del establecimiento del AVM, la única tarifa tope que puede ser objeto del presente Ajuste Anual es la Tarifa Tope Local TUP-Móvil que fue establecida por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTTEL y ha sido ajustada por las Resoluciones N° 077-2009-CD/OSIPTTEL y N° 154-2010-CD/OSIPTTEL.

En ese contexto, corresponde reiterar que el cargo por transporte conmutado de larga distancia nacional no puede ser considerado para efectos del Ajuste de la Tarifa Tope Local TUP-Móvil por cuanto dicho cargo no forma parte de los componentes del modelo de costos que sustentó la Tarifa Tope Local TUP-Móvil fijada inicialmente por la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTTEL. Esto se evidencia en el numeral 6.3 del Informe N° 338-GPR/2007 que sustentó la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTTEL, donde se ha precisado que:

“El OSIPTTEL realizó un cálculo diferenciado de la tarifa TUP móvil local y larga distancia nacional. La única diferencia entre ambas estructuras es el transporte conmutado de larga distancia nacional que no se toma en cuenta en el cálculo de la tarifa TUP móvil local.”

Sin perjuicio de lo señalado, se debe reiterar que de la lectura del primer párrafo del Artículo 2° de las Disposiciones Complementarias para la implementación del AVM (Resolución N° 045-2009-CD/OSIPTTEL) se entiende que en aquellos casos en los que el operador móvil cuenta con puntos de interconexión en todos los departamentos, y el operador fijo de telefonía pública también, este último no tendrá que incurrir en los costos de transporte conmutado de larga distancia en ninguna de las llamadas que sean cursadas.

Esta situación se observa en las relaciones de interconexión que existen entre Telefónica y las empresas operadoras del servicio móvil: América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica Móviles S.A., cuyo tráfico representa el 97% del total de tráfico TUP-Móvil cursado en el primer semestre de los años 2009 y 2010. Ello implica que el 97% del tráfico total TUP-Móvil originado en los teléfonos públicos de Telefónica (que considera tanto el tráfico local como el tráfico que era de

larga distancia) no está afecto al cargo por transporte LDN, dada la vigencia del AVM.

En consecuencia, se puede advertir que la proporción de tráfico TUP-Móvil que estaría afecto al cargo por Transporte LDN tendría que ser significativamente menor al que Telefónica pretende que se considere para el reconocimiento de dicho costo, pues de lo contrario se sobreestimaría este costo utilizando una variable de tráfico que no tiene ninguna relación con la variable que tendría que utilizarse.

Esta evidente incongruencia objetiva ratifica aún más que la incorporación del costo por transporte conmutado LDN pretendida por Telefónica sólo puede efectuarse adecuadamente a través de un Procedimiento de Revisión Tarifaria, el cual constituye la vía procedimental regulatoria idónea para evaluar y determinar los cambios metodológicos y de criterios que permitan incorporar costos en tarifas tope ya fijadas.

Debe ratificarse entonces que la vía pertinente pre-establecida para que en el modelo de costos de la Tarifa Tope por Llamadas Locales TUP-Móvil se incluya adecuadamente el mencionado costo de transporte conmutado, es la del Procedimiento de Revisión Tarifaria establecido por la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, de manera consistente con el criterio desarrollado en la Sección 4.10 de la parte considerativa de la Resolución N° 048-2008-PD/OSIPTEL y en concordancia con el Principio de Legalidad que rige las acciones del OSIPTEL como entidad de la Administración Pública. Bajo este marco normativo, debe recordarse nuevamente a Telefónica que desde la entrada en vigencia del AVM tiene expedito su derecho para solicitar el inicio del correspondiente Procedimiento de Revisión Tarifaria.

Finalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos expuestos en el Informe N° 131-GPRC/2011 emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, el cual constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

De acuerdo a estos fundamentos, corresponde declarar infundado el recurso impugnativo interpuesto por Telefónica.

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el inciso b) del Artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N° 415;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el Recurso de Reconsideración interpuesto por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 009-2011-CD/OSIPTEL que estableció el Ajuste Anual de las Tarifas Tope del Servicio de Llamadas Locales desde Teléfonos Públicos de Telefónica del Perú S.A.A. a redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado; ratificándose dicha resolución en todos sus extremos, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo Segundo.- Disponer que la presente resolución y el Informe N° 131-GPRC/2011, que forma parte integrante de la misma, se notifiquen a la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. y sean publicados en la página web del OSIPTEL

Asimismo, se dispone que la presente resolución se publique en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo