

2008-01-15 PM 2:51

FALLIDO

Sumilla : Presenta recurso especial contra Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL

Cuaderno : Principal

Escrito : 1

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

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, "TELEFÓNICA"), sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con Registro Único de Contribuyentes (RUC) 20100017491, con domicilio real en Avenida Arequipa 1155, Santa Beatriz - Lima, debidamente representada por la doctora Hortencia Rozas Olivera, identificada con Documento Nacional de Identidad No. 11015766, según poder inscrito en la partida del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima, atentamente decimos:

Con fecha 25 de enero de 2008 fuimos notificados con la Resolución N° 008-2008-PD/OSIPTEL (en adelante, la "Resolución Impugnada")¹, por medio de la cual la Presidencia del Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL) resolvió lo siguiente:

- Fijar en S/ 0.50 por cada cuarenta y tres (43) segundos, incluido el I.G.V, la tarifa tope para las llamadas locales originadas en la red del servicio de telefonía fija, modalidad de teléfonos públicos, de TELEFÓNICA del Perú S.A.A. y terminadas en las redes del Servicio de telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales y servicio troncalizado.

¹ Publicada en el Diario Oficial el Peruano el día 28 de enero de 2008.

- Fijar en S/ 0.50 por cada cuarenta y dos (42) segundos, incluido el I.G.V, la tarifa tope para las llamadas LDN originadas en la red del servicio de telefonía fija, modalidad de teléfonos públicos, de TELEFÓNICA del Perú S.A.A. y terminadas en las redes del servicio de telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales y servicio troncalizado.
- Que las tarifas tope antes indicadas estarán sujetas a los mecanismos de ajuste tarifario establecidos en el Anexo de la Resolución Impugnada, de acuerdo a la variación de los factores económicos considerados en dicho Anexo.
- Las tarifas tope entrarán en vigencia luego de transcurridos veinte (20) días hábiles, contados desde la fecha en que la Resolución Impugnada sea notificada a TELEFÓNICA del Perú S.A.A.. Dentro del plazo señalado en el párrafo anterior, TELEFÓNICA del Perú S.A.A. implementará las actualizaciones que sean necesarias en su red del servicio de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos.

De acuerdo con el artículo 11º de la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL² contra la Resolución Impugnada procede interponer recurso especial ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, el cual se rige por las disposiciones establecidas por la de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

La Resolución Impugnada constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de LPAG³. Como consecuencia de ello, el

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

Artículo 11o.- Recursos

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

³ LPAG

Artículo 1. - Concepto de acto administrativo



procedimiento que lleva a OSIPTEL a determinar las tarifa tope para las llamadas originadas en la red del servicio de telefonía fija, modalidad de teléfonos públicos, de TELEFÓNICA del Perú S.A.A. y terminadas en las redes del servicio de telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales y servicio troncalizado (en adelante, las tarifas del servicio Tup – Móvil) constituye un procedimiento administrativo, según lo expresamente señalado en el artículo 29 de la LPAG⁴.

De acuerdo con el artículo 208 de la LPAG⁵ y el Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUPA) de OSIPTEL⁶, por el presente escrito venimos a formular expreso **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** contra los artículos Primero, Segundo, Cuarto y Disposición Transitoria Única de la Resolución Impugnada.

La Resolución Impugnada causa agravio a nuestra empresa en la medida que: (i) uno de los componentes de la tarifa - cargo de telefonía de uso público- se

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

1.2 No son actos administrativos:

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

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

⁴ **LPAG**

Artículo 29o.- Definición de procedimiento administrativo

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

⁵ **LPAG**

Artículo 208o.- Recurso de reconsideración

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

⁶ **TUPA de OSIPTEL**

Unidad Orgánica: Consejo Directivo

3. Procedimiento administrativo para fijación de precios regulados

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



encuentra desactualizado, (ii) el plazo de implementación de la disposición transitoria no toma en cuenta la realidad y complejidad de los sistemas de soporte para su cumplimiento, (iii) el mecanismo de ajuste propuesto por la Administración no puede ser aplicado de oficio, (iv) se ha aplicado un cargo de enlaces de interconexión que no se encuentra vigente, (v) se ha configurado escenarios en los cuales no se recuperan costos por el uso de la red móvil, (vi) existen discrepancias sobre el cálculo del uso del medio prepago, (vii) existen discrepancias sobre el cálculo de los costos variables en función de los ingresos (morosidad), (viii) el factor de conversión aplicado por el OSIPTEL, no recoge la variación de todos los escenarios con llamadas de tarificación similar, y (ix) carece de los requisitos de validez con los que debe contar todo acto administrativo.

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

I. ANTECEDENTES

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 032-2006-CD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial El Peruano el 24 de mayo de 2006, se dio inicio al procedimiento de oficio para la fijación de las tarifas del servicio Tup – Móvil prestado por TELEFÓNICA.

Mediante comunicación DR-236-C-092/CM-06, de fecha 10 de noviembre de 2006, TELEFÓNICA cumplió con presentar su propuesta de tarifaria, junto con el Modelo que respalda la misma.

Con fecha 03 de septiembre de 2007, mediante Resolución de Presidencia N° 127-2007-PD/OSIPTEL, se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Proyecto de Resolución y documentación sustentatoria para establecer la regulación de las tarifas Tup – Móvil.

Mediante carta N° DR-236-C-320/CM-07, TELEFÓNICA presentó los comentarios ante el proyecto tarifario, los mismos que fueron expuestos en la Audiencia Pública Descentralizada que se llevó a cabo el 16 de octubre de 2007.

Con fecha 04 de enero de 2008, mediante carta N° DR-236-C-002/CM-07, al amparo del numeral 2 del artículo 6 de la Resolución N°123-2003-CD/OSIPTEL, TELEFÓNICA solicitó se inicie un procedimiento de revisión del cargo de acceso a los teléfonos públicos de TELEFÓNICA del Perú S.A.A., en razón de los significativos cambios registrados en el mercado de telefonía pública que han originado cambios en una de las variables más importantes que forman parte de los costos del cargo TUP.

Mediante carta N° DR-236-C-011/CM-07, de fecha 11 de enero de 2008, solicitamos la suspensión del procedimiento de fijación de las tarifas TUP – Móvil, hasta que se resuelve nuestra petición de revisión del Cargo TUP a la que se hace mención en el párrafo anterior.

Con fecha 25 de enero de 2008 fuimos notificados con la Resolución Impugnada, por medio de la cual la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL resolvió establecer las tarifas del servicio TUP- Móvil; así como con el Informe N° 338-GPR/2007, que sustenta la misma (en adelante, el Informe).

Con fecha 07 de febrero de 2008, mediante carta N° DR-067-C-202/PS-08, solicitamos a su Despacho, la prórroga de 54 días hábiles para cumplir con la programación de las tarifas en toda la planta de teléfonos públicos de nuestra empresa.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. **El cargo de Telefonía de Uso Público, se encuentra desactualizado y no refleja la realidad actual del mercado de telefonía pública.**

Respecto al costo de provisión de telefonía pública, nuestra empresa manifiesta que el valor de la provisión de dicho servicio es de S/. 0,2307 (excluyendo los costos variables en función de ingresos de Impuestos, Morosidad y Fraude) tasado al minuto redondeado.

Dicho cargo incluye el cargo de acceso de telefonía pública de S/. 0,1808 por minuto tasado al segundo establecido por OSIPTEL y los costos que deben ser recuperados en la tarifa final, tales como: costos comunes, costos de recaudación, costo de publicidad.

Asimismo, en razón de los significativos cambios en el mercado de telefonía pública, tales como: el fuerte crecimiento de la telefonía móvil y la proliferación de líneas residenciales y comerciales que ofrecen servicio de telefonía pública (informales); cambios que han incidido principalmente en el comportamiento del componente de tráfico, nuestra empresa mediante carta DR-236-C-002/CM-08 de fecha 4 de Enero de 2008, solicitó a OSIPTEL la revisión del cargo de acceso TUP, a fin de que el mismo refleje los costos reales de la provisión del servicio. Es necesario destacar que el tráfico asumido por el presente cargo es el del año 2004, que en comparación con el existente en el año 2007 se ha reducido sustancialmente.

Dado que este hecho repercute directamente en el valor de la tarifa tup-móvil, mediante carta N° dr-236-C-011/CM-07 de fecha 11 de enero de 2008, nuestra empresa solicitó se disponga la suspensión del presente procedimiento, hasta que se defina nuestro pedido de revisión del cargo de acceso TUP.

Pese a este hecho, en la Resolución Impugnada e Informe sustentatorio, no se hace referencia a la solicitud efectuada - la misma que forma parte del presente procedimiento-, vulnerándose así los derechos de nuestra empresa, tal como detallaremos más adelante y el debido procedimiento.

2. Plazo de implementación de la disposición transitoria no toma en cuenta la realidad y complejidad de los sistemas de soporte para su cumplimiento

En los teléfonos públicos de interior el plazo de 20 días hábiles para la implementación no se puede cumplir, debido a que para los teléfonos públicos



de interior la programación de tarifas tiene dos etapas que deben llevarse a cabo necesariamente, los cuales requieren de un plazo mayor:

Primera Etapa: El desarrollo informático para la programación de las tarifas en nuestros sistemas con la finalidad de emitir las correspondientes liquidaciones a los clientes (con las nuevas tarifas).

- a) Este proceso tiene cinco actividades: Configuración, Testing, Validación, Implantación y Post Implantación.
- b) Implica la modificación de los siguientes sistemas :

b.1) ATIS - Infraestructura de Negocio:

Nuevos patrones para el tratamiento del consumo de tráfico a partir de una determina fecha de aplicación, así como su respectiva asociación con los descuentos actuales para el calculo de sus comisiones.

b.2) ATIS - Facturación:

Configuraciones en Prefactura, Cierre y frontera Emisión, con respecto a los nuevos cofas generados para su agrupación según perfil de línea origen con correspondencia a los operadores destinos.

b.3) Reclamos - Fénix:

Configuración de los nuevos cofas, en su respectivo rubro para la gestión de reclamo según tipo de línea, operador destino y ámbito de la llamada.

b.4) Emisión de Facturación

Configuración de los nuevos cofas para su respectiva presentación en el recibo, así como la adecuación del recibo para mostrar los consumos correspondiente a la tarifa actual y a las nuevas tarifas.

Esta primera etapa tiene una duración mínima de 43 días hábiles.



Segunda Etapa: Carga de tarifas en los teléfonos públicos de interior. En una primera fase, se programa la tarifa para que ésta sea actualizada vía remota (comunicación con los sistemas de telesupervisión) por grupos, ya que los tiempos de carga de los nuevos parámetros de tarifas en los teléfonos hace imposible la carga en toda la planta a la vez, dado que ello generaría congestión en las líneas, impidiendo el normal uso de las mismas por los usuarios, esta fase toma aproximadamente 6 días hábiles. Por esta vía se puede programar aproximadamente el 85% de la planta.

El 15% restante de la planta, requiere programar teléfono a teléfono, por la casuística particular que tienen, por ejemplo: clientes que desconectan los equipos telefónicos durante la noche, problemas de conectividad con el aparato telefónico, teléfonos con suspensión de servicio (deuda, APC u otros), estos casos no pueden ser actualizados hasta que se levante la condición que impide la programación, pues es requisito que exista línea para conectarse con los sistemas y cargar la nueva tarifa. Este 15 % de la planta se programa teléfono a teléfono, hecho que implica una visita al punto de ubicación de cada teléfono público. Esta etapa tiene una duración mínima de 31 días hábiles.

Un trabajo similar con tiempos equivalentes se desarrolló en el 2007 con la programación de las tarifas para cumplir los compromisos celebrados con el Gobierno, en cuanto a tarifas de teléfonos públicos.

Pese a que este hecho ha sido informado y detallado debidamente en los comentarios presentados por nuestra empresa ante el proyecto tarifario, en la matriz de comentarios a la que hemos podido acceder recién el día 12 de febrero de 2008 - fecha en la que se colgó dicha información en la página web de OSIPTEL-, (en adelante, "La matriz de comentarios"), hemos verificado que se pronuncian sobre nuestros comentarios, señalando que:

"(...)OSIPTEL considera que la gestión y programación de las tarifas es un proceso que no es nuevo. La prestación de la telefonía pública se viene dando desde hace varios años, y por lo tanto los procedimientos operativos para su gestión y mantenimiento ya se encuentran establecidos por



TELEFÓNICA. La variación de las tarifas no implica, por lo tanto, un cambio sustancial en la programación vigente, por el contrario, significa solamente un cambio en los valores de tarifas que se aplican a nivel general.
Por ello, el OSIPTEL encuentra no atendible el plazo de 43 días para realizar un desarrollo informático que no requeriría el plazo señalado por TELEFÓNICA(...)".

"(...) OSIPTEL no encuentra aceptable el tiempo de 31 días señalado para realizar la programación del 15% de la planta restante dado que, según lo que indica TELEFÓNICA, este segmento de la planta tendría problemas de conectividad, lo que quiere decir que estos equipos se encontrarían inoperativos y sujetos a procedimientos para restaurar su operatividad. Por lo cual el procedimiento de carga de tarifas (actualización de tarifas) puede y debe ser parte del procedimiento para el levantamiento de la condición de corte señalada, no requiriéndose el tiempo adicional señalado por TELEFÓNICA (...)".

Sobre el particular llama nuestra atención que se pronuncien respecto a la funcionalidad de nuestros sistemas, emitiendo una opinión sobre la misma y llegando a conclusiones alejadas a la realidad. Tales opiniones no toman en cuenta que no es solo el precio el cambio, sino la tasación que conlleva desarrollos especiales.

Estos desarrollos se tienen que insertar en los sistemas, sin que éstos dejen de funcionar para el resto de funciones de facturación. Esto implica que los cambios tienen que – una vez desarrollados-, pasar por pruebas de validación y estabilización para garantizar una correcta tasación y liquidación.

Desconocemos a base de qué consideraciones estiman que no es "aceptable" el plazo propuesto por nuestra empresa. La Resolución Impugnada no sustenta técnicamente las opiniones en las que se basa para determinar un plazo absolutamente insuficiente para los teléfonos públicos de interior.

La Resolución debe sustentar sus decisiones, cumpliendo con los principios administrativos que deben regir sus actuaciones, tales como el Principio al Debido Procedimiento, contemplado en el Artículo IV de la LPAG:

"Principio del debido procedimiento: Los administrados gozan de todos los derechos y garantía inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho."

Nuestra empresa ha solicitado la ampliación del plazo para la implementación de las tarifas, debido a que para habilitar la tarifa en los teléfonos públicos de interior que dependen del sistema de facturación se requiere introducir cambios que empiezan a ser desarrollados con la notificación de la Resolución Impugnada.

Por lo tanto, para emitir una afirmación como la que hemos citado, OSIPTEL debe hacerla con sustento técnico, por lo que como mínimo debió efectuar una visita o inspección en los locales de nuestra empresa.

Asimismo, rechazamos la última afirmación citada de la matriz de comentarios, en la que se indica que *"el procedimiento de carga de tarifas (actualización de tarifas) **puede** y debe ser parte del procedimiento para el levantamiento de la condición de corte señalada, no requiriéndose el tiempo adicional señalado por TELEFÓNICA"*.

Nuevamente aquí se hace una afirmación que carece de sustento de manera superficial, sin tomar en cuenta lo que implica que una línea pueda ser programada por telesupervisión. Como hemos indicado, ello se debe no solo al hecho que el TPI no cuente con servicio o este esté suspendido por deuda o a pedido del cliente, sino que principalmente se debe a que el propio titular que pone el aparato monedero en la puerta de su establecimiento, en las noches lo desconecta y guarda dentro de su local. Otro grupo importante tiene el equipo averiado o vandalizado. Como comprenderá su Despacho, estos hechos no pueden ser manejados por la empresa.

Igualmente debemos destacar, que la afirmación de OSIPTEL busca que de un momento a otro, nuestra empresa cambie su desarrollo, organización y procedimientos respecto a la situación de líneas suspendidas por deuda o a pedido del abonado. Ese objetivo desconoce que nuestra empresa en uso de



su libertad para desarrollar y decidir la manera en la que lleva y llevará a cabo sus procedimientos, ha establecido sus sistemas y procedimientos para atender a sus clientes con las complejidades que cada cual presenta, derecho que se encuentra desarrollado por el artículo 9 de la Ley Marco para el crecimiento de la Inversión privada, aprobada por el Decreto Legislativo N° 757:

"De conformidad con lo prescrito en los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades de la forma que lo juzgue conveniente. Queda derogada toda disposición legal que fije modalidades de producción o índices de productividad, que prohíba u obligue a la utilización de insumos o procesos tecnológicos y, en general, que intervenga en los procesos productivos de las empresas en función al tipo de actividad económica que desarrollen, su capacidad instalada o cualquier factor económico similar, salvo las disposiciones legales referidas a la higiene y seguridad industrial, la conservación del medio ambiente y la salud".

Por lo tanto, en ningún caso OSIPTEL puede obligar a nuestra empresa a modificar nuestros sistemas y procedimientos, menos aún de un momento a otro, sin tener en cuenta y verificar los criterios expuestos por la empresa.

3. Mecanismo de ajuste de la tarifa máxima

- OSIPTEL ha definido dos mecanismos de ajustes de las tarifas máximas fijas para las llamadas desde teléfonos públicos hacia teléfonos móviles locales y de larga distancia nacional: ajuste anual y ajuste no periódico.

Tal como se manifiesta en la parte considerativa de la Resolución, se establecen los mecanismos conforme a lo previsto en el artículo 33 del Reglamento General de Tarifas, el mismo que en su último párrafo expresamente establece que:

Artículo 33.- Determinación de las tarifas tope, revisión y ajuste:

(...) La fijación de ajustes sobre las tarifas tope ya establecidas, se efectuará a solicitud expresa de la empresa concesionaria involucrada, aplicando los

mecanismos que OSIPTEL determine, considerando para tal efecto los indicadores referidos a factores económicos que OSIPTEL considere relevantes.

Como puede observarse, este artículo señala que la fijación de ajustes deben ser efectuadas a solicitud de la empresa concesionario, no contemplando la posibilidad de que dicho ajuste se efectúe de oficio.

Este hecho es reconocido por la Administración, al indicar en la página 7 de la Resolución que "(...) los ajustes correspondientes se efectuarán a solicitud expresa de la empresa concesionaria involucrada".

Sin embargo, al analizar el mecanismo de ajuste propuesto, concluimos que la Administración desconoce lo establecido en la normativa vigente y en los contratos de concesión de los que es titular nuestra empresa, innovando con un mecanismo de ajuste que se aplicará no sólo a solicitud de parte, sino que a falta de dicha solicitud la efectuará OSIPTEL.

En el Anexo de la Resolución Impugnada, se establecen las etapas y plazos del procedimiento aplicable tanto para el Ajuste Anual como el No periódico, indicando que:

"TELEFÓNICA del Perú S.A.A. presentará sus solicitudes para el ajuste anual de las tarifas tope, conjuntamente con la documentación correspondiente, dentro de los cinco (5) primeros días hábiles (...).

*(...) En caso TELEFÓNICA del Perú S.A.A. (i) no presente la solicitud de ajuste de tarifas tope (...) **OSIPTEL podrá establecer directamente los correspondientes ajustes de las tarifas tope**, con la información que tenga disponible a la fecha que estaba prevista la presentación de la solicitud de ajuste".*

"TELEFÓNICA del Perú S.A.A. presentará sus solicitudes para el ajuste no periódico de las tarifas tope, conjuntamente con la documentación correspondiente, dentro de los diez (10) primeros días hábiles (...).

*(...) En caso TELEFÓNICA del Perú S.A.A. (i) no presente la solicitud de ajuste de tarifas tope (...) **OSIPTEL podrá***

establecer directamente los correspondientes ajustes de las tarifas tope, con la información que tenga disponible a la fecha que estaba prevista la presentación de la solicitud de ajuste”.

Nuestra empresa está en desacuerdo con la opción planteada, en el sentido que sea OSIPTEL quien efectúe el ajuste correspondiente, ya que esta opción no está recogida en la normativa vigente y es contraria al Contrato de Concesión.

Por lo tanto, tal mecanismo debe modificarse y cumplir lo dispuesto en el artículo 33 del Reglamento de Tarifas – norma en la que la Administración expresamente se ampara-, y establecer que el mismo únicamente podrá aplicarse a solicitud de parte (TELEFÓNICA del Perú S.A.A).

En caso OSIPTEL decida realizar una modificación a la tarifa fijada, deberá cumplir con lo dispuesto en el Contrato de Concesión y los procedimientos establecidos para tal efecto y aplicar el dispuesto en la Resolución Nro. 127-2003-CD/OSIPTEL; cumpliendo los plazos y etapas ahí contemplados.

Es preciso indicar que este tema fue incluido en los comentarios presentados por nuestra empresa al proyecto tarifario. Sin embargo, en la matriz de comentarios son refutados, indicando que: OSIPTEL puede fijar las reglas para la aplicación de las tarifas reguladas y **fijar los ajustes que correspondan**, amparando este hecho en lo dispuesto en el artículo 30 del Reglamento de Tarifas, que establece que:

“Artículo 30.- Resoluciones tarifarias

*Mediante resoluciones tarifarias, OSIPTEL puede fijar tarifas tope para los servicios públicos portadores, finales o de difusión, así como las reglas para su aplicación, disponer la revisión de dichas tarifas o fijar los ajustes que correspondan; y en general, establecer los sistemas de tarifas que incluirán un conjunto de reglas y disposiciones a que deberán sujetarse las empresas operadoras para la aplicación de tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones; **ejerciendo dichas facultades de conformidad con las normas de la materia y los respectivos contratos de concesión.** (el resaltado es nuestro)”*

Al respecto debemos indicar que si bien este artículo faculta a OSIPTEL a fijar tarifas tope, reglas para su aplicación, revisión de las tarifas y la realización de los ajustes que correspondan, de manera acertada dicho artículo señala que todas estas facultades deben efectuarse de conformidad con las normas de la materia y los **respectivos contratos de concesión**; es decir, que las reglas que dicte OSIPTEL de ningún modo pueden modificar el contrato de concesión.

Este hecho resulta de suma importancia, en tanto que en la cláusula 9 denominada – Régimen Tarifario –, de los Contratos de Concesión de los que es titular TELEFÓNICA del Perú S.A.A., se establece que los servicios públicos de telecomunicación que están sujetos a regulación tarifa se clasifican en: (i) Servicios de categoría I, (ii) Servicios de categoría II; estableciéndose en dicha cláusula las reglas aplicables a cada una de estas categorías.

El servicio de telefonía de uso público, se encuentran contemplado en los Servicios de categoría II, los cuales conforme se indica expresamente en los contratos, **están sujetos a regulación máximas fija**, de acuerdo con la sección 9.05 del contrato.

En esta sección, se establecen que:

“Establecimiento de Tarifas Máximas Fijas. Las tarifas para los servicios de categoría II serán establecidas por la empresa concesionaria dentro de las tarifas máximas fijas que OSIPTEL determine”.

Incluyéndose en dicha sección, el procedimiento que se deberá seguir para tal efecto:

“Sección 9.05: Regulación máxima fija para servicios de categoría II.

- (a) Establecimiento de tarifas máximas fijas. Las tarifas para los servicios de categoría II serán establecidas por la empresa concesionaria dentro de las tarifas máximas fijas que OSIPTEL determine.***
- (b) Procedimiento. Antes de emitir una Resolución respecto a las tarifas máximas fijas para los servicios de categoría***

II, OSIPTEL notificara a la empresa concesionaria estableciendo:

- i) Que pretende emitir una Resolución relativa a tarifas máximas fijas;*
- ii) La propuesta de OSIPTEL respecto a las tarifas máximas fijas; y*
- (iii) El periodo durante el cual la empresa concesionaria podrá formular por escrito comentarios u objeciones con respecto a las tarifas máximas fijas propuestas (...)"*

Como puede verificarse, en los Contratos de Concesión se establece que los servicios de categoría II están sujetas a la regulación de tarifas máximas fijas; es decir, no se les aplica los procedimientos de ajuste y otros que son aplicables para los servicios de categoría I, tienen su propio procedimiento.

Por tal motivo, si bien es cierto que el artículo 30 del Reglamento de Tarifas faculta a OSIPTEL a fijar tarifas tope, reglas para su aplicación, revisión de las tarifas y la realización de los ajustes que correspondan; esta facultad debe ser ejercida de conformidad con lo dispuesto en los Contratos de Concesión.

Es decir, no cabría que al amparo de este artículo se pretenda realizar ajustes de las tarifas, a aquellas que únicamente pueden ser modificadas realizando una variación a la tarifa máxima fija, debiendo para tal efecto cumplir con el procedimiento establecido en la cláusula 9.05 inciso (b) para tal efecto y aplicar el dispuesto en la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL; cumpliendo los plazos y etapas ahí contemplados.

Sin perjuicio de lo mencionado, adicionalmente existen serios problemas operativos que presenta la propuesta de OSIPTEL, que hacen inviable tal propuesta:

3.1 Ajuste Anual

En el caso del ajuste anual, OSIPTEL menciona 4 factores que serán actualizados anualmente:



- a) Tipo de cambio
- b) Factor de conversión minuto real – redondeado
- c) Factor final del cargo por el uso de la red móvil
- d) Proporción de tráfico TUP-Móvil mediante tarjetas sobre el tráfico TUP-Móvil total

TELEFÓNICA no está de acuerdo con la información requerida por la Administración para actualizar los factores mencionados y los plazos otorgados para la realización de los ajustes anuales de las tarifas máximas para las llamadas realizadas desde teléfonos públicos hacia móviles, por las razones que pasamos a exponer:

Información

En el caso del factor de conversión minuto real – redondeado, tanto TELEFÓNICA en su propuesta como OSIPTEL en su Proyecto, ha utilizado para el cálculo de dicho factor el tráfico en minutos redondeados y el tráfico efectivamente cursado (en segundos). Por lo tanto, consideramos no necesario remitir el número de llamadas según duración de las mismas con intervalos de 10 segundos.

Es importante resaltar que para la extracción de dicha información en intervalos de tiempo, es necesario realizar un requerimiento al área de Sistemas, el mismo que requiere de tiempo y genera costos considerando el resto de pedidos de OSIPTEL que se vienen atendiendo. La propuesta de OSIPTEL generaría sobre costos innecesarios al hacer todo el despliegue de recursos cuando en realidad esta información no ha sido ni es necesaria para hallar el factor de conversión utilizado en el cálculo de OSIPTEL.

Por otro lado, considerando que el comportamiento del tráfico de telefonía pública es similar mes a mes, consideramos suficiente alcanzar, para el ajuste anual de tarifas que se plantea, información de 3 meses (abril – junio) y no de 6 meses como lo propone la Administración, a fin de agilizar la explotación y la entrega de esta información, dado que tanto la extracción como el back up de



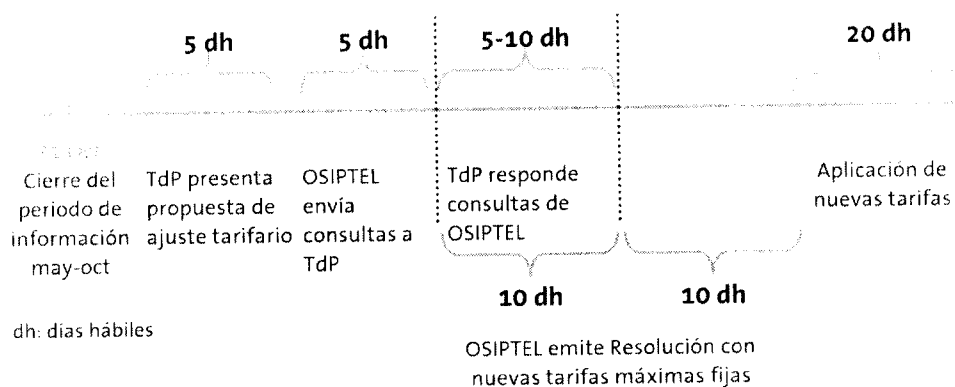
la información generan costos que no proporcionaría valor agregado, desde nuestro punto de vista, en el procedimiento de revisión.

Plazos otorgados

Asimismo, sería insuficiente el plazo que OSIPTEL está proponiendo para la entrega de la información de tráfico para calcular los diversos factores necesarios para los ajustes anuales, considerando que para el ajuste de tarifas de categoría I, la información de octubre se reporta a fines de enero del siguiente año (3 meses después) y en el caso de los reportes de imputación, la información de octubre se entrega el 15 de febrero. (3 meses y medio después).

Por otro lado, OSIPTEL ha propuesto que durante el mes de diciembre se lleve a cabo el ajuste anual según el siguiente detalle:

Resolución final de OSIPTEL



Al parecer, OSIPTEL no ha contemplado que muchas veces las consultas que realiza a nuestra empresa no pueden ser atendidas en 5 días hábiles porque en ocasiones son complejas como aquellas que deben ser atendidas por el área de Sistemas, área que continuamente está atendiendo requerimientos de información solicitados por OSIPTEL.

Asimismo, OSIPTEL ha establecido plazos para la implementación de las tarifas sin considerar los plazos reales para programar las tarifas del servicio de telefonía pública en nuestra planta existente, tema que ha sido ya ampliamente sustentado en el numeral 2 del presente escrito.

3.2 Ajuste no periódico

Se presentan las mismas objeciones antes expuestas respecto al procedimiento que en el ajuste periódico, los mismos que han sido explicados en el punto anterior.

Por otro lado, según este mecanismo de ajuste, la tarifa máxima que se fije debe ser actualizada cada vez que cada cargo, componente de la tarifa en revisión, se modifique. Sin embargo, es importante señalar que TELEFÓNICA no estuvo de acuerdo en el resultado de algunos de los procedimientos de los cargos que forman parte de la estructura tarifaria de la tarifa máxima en revisión, dado que los cargos fijados, desde el punto de vista de TELEFÓNICA, no recogen todos los costos en los que incurre nuestra empresa.

Adicionalmente, en este mecanismo, OSIPTEL estaría actualizando los cargos que forman parte de la estructura tarifaria de la tarifa máxima en revisión, pero no estaría actualizando las condiciones del mercado, elemento importante tanto en la fijación de los cargos como la fijación de la tarifa máxima fija para llamadas realizadas desde teléfonos públicos hacia móviles.

Asimismo, la aplicación de las nuevas tarifas en un plazo no mayor a los quince (15) días hábiles según lo dispuesto por OSIPTEL es insuficiente, dado los plazos reales para la programación de nuestras tarifas, tema ya sustentado en el numeral 2 del presente escrito.

4. Cargo de enlaces de Interconexión

Para el cálculo del costo por uso de enlaces de interconexión, la Administración, considera un valor de US\$ 0,00018 (sin incluir el IGV) por minuto tasado al segundo. El cual fue calculado a partir del cargo promedio por enlace de interconexión (US\$ 74,241), dividido entre el tráfico cursado por E1 extraído de nuestra propuesta de cargo por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, presentada mediante carta DR-067-C-558/GR-07 de fecha 2 de mayo de 2007.

Respecto al cálculo efectuado por OSIPTEL, tenemos dos objeciones: una respecto al tipo de enlaces considerados porque está incluyendo cables coaxiales y otra porque el cargo de enlaces aplicado no se encuentra vigente. Esto último implica que la Administración establezca una tarifa máxima para llamadas de teléfonos públicos a móviles con un cargo de enlaces de interconexión no aprobado por la propia Administración.

Cuadro (1) Cargo de enlaces de interconexión por minuto (OSIPTEL)

Cargo de Enlaces de Interconexión por Minuto		Cantidad: promediar enlaces de interconexión con cables coaxiales
Cargo medio por E1 (US\$)	74,2415	
Tráfico	415 337	Precio: Cargo no vigente
Cargo enlaces por minuto (US\$)	0,00018	

A continuación pasaremos a explicar ambos puntos:

4.1 Promediar enlaces de interconexión con cables coaxiales

En el modelo de costos de OSIPTEL, el regulador considera el total de enlaces de interconexión por Fibra Óptica de los operadores móviles (Claro, Nextel, TELEFÓNICA Móviles, no incluye a TESAM) a Diciembre de 2005, y los cables coaxiales de TELEFÓNICA Móviles.

Al respecto debemos precisar que los enlaces de interconexión que nuestra empresa arrienda a los operadores (y que están sujetas al régimen de

cargos de interconexión), tienen como medio de transmisión la fibra óptica o el radio enlace.

Los enlaces que se proveen a los operadores permiten que éstos accedan a la red de transmisión (actividad considerada por la normativa vigente como Instalación Esencial), para que mediante las mismas, se pueda llevar a cabo la comunicación entre la red de nuestra empresa y la del operador, en este caso para comunicar a los operadores móviles con TELEFÓNICA.

En base a la facultad de negociación que confiere el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, se acordó con algunos operadores (a solicitud de los mismos), una alternativa a la provisión de enlaces de interconexión, consistente en permitir que éstos accedan a nuestro Pdl mediante la utilización de cables coaxiales.

Para tal efecto, el operador solicitante debe situarse en un punto cercano al local de TELEFÓNICA y tender cable coaxial hasta llegar a nuestro Pdl. La principal característica de esta alternativa, es que la misma constituye un simple paso de cable.

Por tanto, el acceso mediante cable coaxial no constituye un arrendamiento de enlace de interconexión y por lo tanto no debería considerarse dentro del cálculo del costo por el uso de enlace de interconexión para la tarifa TUP-Móvil, ni mucho menos aplicar esta tarifa para servicios de este tipo.

El promediar sin mayor diferenciación los enlaces de interconexión de los operadores móviles y el paso de cable coaxial de TELEFÓNICA Móviles, generará que la tarifa TUP-Móvil no refleje los costos reales de provisión.

4.2 Error en el valor del cargo de enlaces de interconexión

Por otro lado, el cálculo del costo promedio por enlace de interconexión efectuado por OSIPTEL, toma el valor propuesto por el regulador en su



Proyecto de Resolución 081-2006-CD/OSIPTTEL y no el valor aprobado mediante Resolución 111-2007-PD/OSIPTTEL.

Por lo tanto consideramos que OSIPTTEL debe corregir este error a fin de que la tarifa TUP-Móvil refleje el cargo de enlaces de interconexión vigente.

Tomando en consideración los dos puntos explicados en los párrafos precedentes, incluir sólo los enlaces de interconexión (fibra óptica) de operadores móviles, con el cargo por enlaces de interconexión vigente obtenemos un cargo promedio por enlaces de interconexión de US\$/126,29 sin IGV.

Asimismo, el costo por uso de enlace de interconexión estaría calculado como = US\$ 126,29 / 415 336,5 minutos = US\$ 0,00030 por minuto, según se muestra en el Cuadro (2) siguiente. El detalle de cálculo se muestra en el Anexo I.

Cuadro (2) Cargo de enlaces de interconexión por minuto (TELEFÓNICA)

Cargo de Enlaces de Interconexión por Minuto	
Cargo medio por E1 (US\$)	126,2900
Tráfico	415 337
Cargo enlaces por minuto (US\$)	0,00030

5. El costo por uso de la red móvil, genera escenarios en los cuales no se cubren los costos que se originan al realizar una llamada desde un teléfono público a un teléfono móvil.

Las llamadas realizadas desde teléfonos públicos hacia teléfonos móviles de la red de América Móvil, no cubrirían el cargo de terminación móvil, si se utiliza un cargo promedio ponderado. En ese sentido, consideramos que al ser esta una tarifa máxima, debe cubrir todo costo incurrido en los diversos escenarios de

llamadas, con el fin de no limitar la capacidad de la empresa a realizar políticas comerciales, como ofertas, promociones o descuentos, sobre esta.

Por otro lado, la propuesta para la Tarifa TUP-Móvil, enviada por TELEFÓNICA en el mes de noviembre de 2006 (Carta DR-236-C-092/CM-06), consideró el costo por el uso de la red móvil del operador América Móvil correspondiente a US\$ 0,1555⁷ (sin incluir el IGV) por minuto tasado al segundo, el mismo que aplicaría para todo el año 2007.

Asimismo, ya que la resolución final, ha sido emitida en Enero de 2008,, consideramos que el costo por uso de la red móvil debería ser el correspondiente al periodo Enero-Diciembre de 2008 (US\$ 0,1305)

Del mismo, OSIPTEL considera que uno de los beneficios esperados con la nueva tarifa tope será el incremento en el tráfico del servicio TUP Móvil.

Entendemos que la Administración espera que con el incremento de la planta móvil, mayor número de llamadas originadas en un TUP tendrán como destino un teléfono móvil.

Sin embargo, es precisamente la expansión de los teléfonos móviles hacia sectores de menores ingresos lo que intensificará el efecto de sustitución de llamadas TUP-móvil hacia llamadas Móvil-Móvil.

Efecto que desencadenaría la no recuperación de costos disminuyendo los incentivos para incrementar las inversiones en dicho mercado, no sólo por parte de TELEFÓNICA sino también por parte de otras empresas que brindan el mismo servicio, pues aunque la tarifa TUP-Móvil sea asimétrica, los competidores se alinearán a las nuevas condiciones establecidas.

6. Costo de uso del medio Prepago

Este costo tiene dos partes: un componente fijo equivalente a S/. 0,06 (sin incluir el Impuesto General a las Ventas) por minuto redondeado y un

⁷ Resolución N° 070-2005-CD/OSIPTEL del 21 de noviembre de 2005

componente variable equivalente a 30,2% de la tarifa, ambos componentes reconocidos por OSIPTEL en la Resolución Nro 241-2006-GG/OSIPTEL que estableció el costo de imputación correspondiente al periodo Jul06 – Jun 07.

TELEFÓNICA, en su propuesta, realiza el siguiente cálculo:

- (i) La tarifa final, expresada como (I) debe cubrir tanto los gastos fijos como los gastos variables. En ese sentido se establece la siguiente fórmula:

$$I = GF + GV \dots\dots\dots(1)$$

Donde:

I = Ingresos

GF = Gastos fijos

GV = Gastos variables

- (ii) Los gastos variables (GV) que se calculan, corresponden al 30,2 % de la tarifa final. Dado que este valor incluye los tributos y éstos serán calculados aparte, debemos descontar el 2% correspondiente, obteniendo así un 28,2% de la tarifa final que se traduce en:

$$GF = \sum Car + 0.06 \dots\dots\dots(2)$$

$$GV = 2\% * I + 28,2\% * I \dots\dots\dots(3)$$

Donde:

$\sum Car$ = Sumatoria de cargos de interconexión

Entonces:

$$I = \sum Car + 0.06 + 2\% * I + 28,2\% * I \dots\dots\dots(4)$$

donde:

$$\text{Tributos} = 2\% * I \dots\dots\dots (5)$$

$$\text{Costo variable de la plataforma sin tributos incluidos} = 28,2\% * I$$

- (iii) Despejando el valor de la tarifa final en función de otras variables que no sea la misma tarifa final, nos queda:

$$I - 2\%I - 28,2\%I = \sum \text{Car} + 0.06 \dots\dots\dots (6)$$

$$I * (1 - 2\% - 28,2\%) = \sum \text{Car} + 0.06 \dots\dots\dots (7)$$

$$I = (\sum \text{Car} + 0.06) / (1 - 2\% - 28,2\%) \dots\dots\dots (8)$$

$$I = (\sum \text{Car} + 0.06) / (1 - 30,2\%) \dots\dots\dots (9)$$

- (iv) Ahora, el costo de la plataforma (CPL) sin incluir tributos, sería :

$$\text{CPL} = 0,06 + 28,2\% (I) \dots\dots\dots (10)$$

$$\text{CPL} = 0,06 + 28,2\% (\sum \text{Car} + 0.06 / (1 - 30,2\%)) \dots\dots\dots (11)$$

- (v) Finalmente multiplicamos el costo de la plataforma por el peso del tráfico de tarjetas sobre el total de tráfico desde teléfonos públicos (Ponder) para asignarle la parte proporcional a la tarifa:

$$\text{CPL} = [0,06 + 28,2\% (\sum \text{Car} + 0.06) / (1 - 30,2\%)] * \text{Ponder} \dots\dots (12)$$

(vi) Despejando, obtenemos:

$$CPL = [(0,05878 + 28,2\% \sum Car) / (1-30,2\%)] * Ponder(13)$$

OSIPTEL, en su propuesta, considera ambos componentes (el fijo y el variable) correspondientes al costo de la plataforma prepago. Sin embargo, la Administración parte de una ecuación de Ingresos (I) inexacta porque no considera el 2% de los tributos como parte de los ingresos y aplica el ponderador correspondiente al peso del tráfico de tarjetas sobre el total del tráfico desde teléfonos públicos erróneamente:

$$I = \sum Car + 0.06 * Ponder + 28,2\% * I * Ponder(14)$$

OSIPTEL despeja y reemplaza la ecuación de la misma manera que nuestra empresa y obtiene:

$$CPL = [(0,06 + 28,2\% \sum Car) / (1-28,2\% * Ponder)] * Ponder ... (15)$$

De esta manera se observa que con la aplicación de la primera ecuación, OSIPTEL estaría señalando implícitamente que en el caso de la tarifa para llamadas realizadas desde teléfonos públicos hacia móviles, el componente fijo y el variable son distintos a los que realmente se aplican, dado que el costo de 0.06 + 30.2% de la tarifa es aplicado a cualquier minuto que hace uso de la plataforma prepago independientemente del tipo de tráfico:

Ponder : 0,0446

Reemplazando:

$$I = \sum Car + 0.0027 + 1.26\% * I(17)$$

Como se observa, tanto el componente fijo como el variable hallados por OSIPTEL serían distintos a los efectivamente aplicados.



En tal sentido, consideramos que la ecuación aplicada por TELEFÓNICA es la correcta y recoge los costos incurridos en la provisión del uso del medio prepago.

7. Costos variables en función de ingresos (Morosidad)

TELEFÓNICA discrepa con OSIPTEL en la tasa de morosidad calculada por OSIPTEL.

TELEFÓNICA consideró en su propuesta la tasa de 2.8515% utilizada en el modelo del cargo de acceso de telefonía pública.

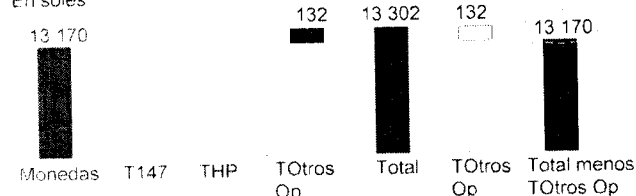
OSIPTEL recalcula el valor utilizado en el cargo de acceso de telefonía pública, excluyendo del numerador del cálculo, la morosidad generada por otros operadores de tarjetas. Sin embargo, no excluye del denominador los ingresos valorizados de dichos operadores de tarjetas. Por lo tanto, para que el numerador y el denominador sean montos comparables y puedan ser divisibles, los montos vinculados a tarjetas de otros operadores deben ser excluidos del numerador y denominador de la fórmula. De esta manera se tendría que dividir S/. 13 170 entre S/. 461 306, obteniendo así una tasa de morosidad de 2.8550%.

Gráfico (1)

Cálculo de la Morosidad en la Tarifa para llamadas realizadas desde teléfonos públicos hacia móviles

Morosidad

En soles

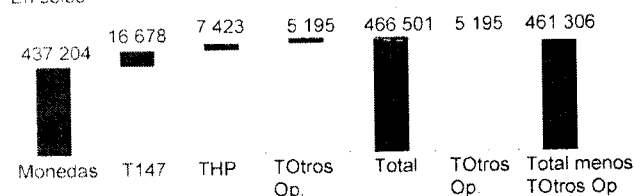


Cálculo de Osipitel

$$M = \frac{13\,170}{466\,501} = 2,8232\%$$

Ingresos valorizados

En soles



Cálculo Corregido

$$M = \frac{13\,170}{461\,306} = 2,8550\%$$

Consideramos que si OSIPTEL recalcula la tasa de morosidad del cargo de acceso de telefonía pública excluyendo el tráfico de tarjetas de otros operadores, debe retirar este componente no sólo del numerador sino también del denominador para que el cálculo sea consistente tal y como se muestra en el Gráfico (1)

8. Factor de Conversión (minuto real / redondeado)

Los escenarios de llamadas considerados en la propuesta de TELEFÓNICA para el cálculo del factor de conversión, corresponden a los escenarios de tráfico que son facturados al minuto redondeado de 60 segundos, debido a que la tarifa TUP-Móvil recoge una tarificación redondeada al minuto. Se ha incorporado en el cálculo los tráficos con tasación similar, en la medida que resultan ser una mejor aproximación respecto a considerar sólo el tráfico TUP fijo-móvil LDN indicado por la Administración, el cual refleja mejor las limitantes de las otras modalidades de tarificación que no incorporan la tasación redondeado de 60 segundos.

Consideramos que el cálculo realizado por la Administración no recoge todas las variaciones de los diversos escenarios con esquemas de tarificación similares a los de la tarifa TUP-Móvil para un correcto cálculo del factor de conversión de dicha llamada.

9. La Resolución Impugnada ha sido emitida por un órgano incompetente

La Resolución impugnada, al igual que sucedió en la Resolución con la que emitió la propuesta tarifaria, carece de los requisitos de validez con los que debe contar los actos administrativos, en tanto que no ha sido emitida por un Órgano competente.

En efecto, la Resolución impugnada ha sido emitida por el Presidente del Consejo Directivo, pese a que la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, expresamente indica que el Órgano encargado para emitir una Resolución que fija una tarifa final es el Consejo Directivo.

Lo dispuesto en dicha Resolución, es de suma relevancia en tanto que una decisión tan importante como la de definir una tarifa tope (hecho que tendrá impacto tanto en la empresa que brinda el servicio, como con los administrados), debe ser tomada por las 5 personas que conforman el Consejo Directivo, cada una de las cuales debe analizar el Informe elaborado por las gerencia encargadas, emitiendo su opinión.

Este hecho debe ser respetado por OSIPTEL, dado que la función por la que puede aprobar tarifas, es la Función Reguladora –una de las principales funciones del Regulador-, que conforme establece el artículo 29 del Reglamento General de OSIPTEL debe ser ejercida de manera exclusiva por el Consejo Directivo.

Para tratar de subsanar el vicio presentado en la Resolución Impugnada, en ésta se indica que la misma se expide en aplicación de la facultad prevista en el inciso j) del artículo 86 del Reglamento General de OSIPTEL, que establece que:

Artículo 86.- Funciones Presidencia de OSIPTEL

Corresponde al Presidente del OSIPTEL

*j) En el caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, **adoptar medidas de emergencia** sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo.*

Para respaldar la supuesta emergencia que ameritaría que la Resolución Impugnada sea adoptada, se ha señalado que su aprobación resulta urgente y necesaria para garantizar la eficiencia económica de los servicios brindados a los usuarios, que en el presente caso implica trasladar a los usuarios los ahorros generados por las reducciones de los principales componentes de las tarifas.

Asimismo, en la matriz de comentarios entre otros aspectos, se indica sobre este tema que:

"(...) actualmente no existe tope alguno para las tarifas aplicables a este tipo de llamadas, lo cual ratifica la necesidad y urgencia de la fijación de tales topes, con la finalidad de crear condiciones tarifarias adecuadas para el desarrollo de los servicios públicos de telecomunicaciones(...)"

"(...) la medida de emergencia adoptada por la Presidencia del Consejo Directivo de OSIPTEL hace posible que el procedimiento de fijación de tarifas continúen su tramitación, evitando que se demore más el periodo durante el cual dichas tarifas no garanticen la eficiencia económica, trasladando a sus usuarios los ahorros generados como resultado de las reducciones de los principales componentes de estas tarifas. (...)"

Las afirmaciones señaladas son inadmisibles e incongruentes con el contexto en el que se ha desenvuelto la propia actuación de OSIPTEL. Ello en la medida que ninguno de los considerandos señalados sustentan la necesidad de una medida de una emergencia que requiera la participación del Presidente del Consejo Directivo para la toma de una decisión.



Es evidente que la norma glosada obliga a OSIPTEL a distinguir entre aquello que constituye efectivamente una “medida de emergencia” de lo que no puede constituir en modo alguno en dicha categoría por constituir una actuación rutinaria de la Administración. Sin embargo, como veremos a continuación la interpretación que viene dado la Presidencia a la norma de excepción es absolutamente inadmisibles en un Estado Derecho. De acuerdo con dicha interpretación todas las normas emitidas al amparo del literal j) del artículo 86 constituirían efectivamente medidas de emergencia, es decir, como si la propia declaración de un órgano de la Administración tuviera el efecto de convertir lo cotidiano en excepcional, es decir casi como si la decisión tuviera la capacidad de cambiar la realidad de las cosas. Esta interpretación no puede ser aceptada.

Para analizar este tema, consideramos que lo más importante es definir qué se entiende por una situación de emergencia. Para tal efecto, nos remitimos a la definición que da el diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española sobre el tema:

***“emergencia.** (...)2. Suceso, accidente que sobreviene. 3. Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata(...)”*

Como se observa, al hacer referencia a una emergencia, se entiende por ésta, a una situación que sobreviene y que de no intervenir originaría un desastre o un peligro irreparable para el mercado o para los usuarios. De acuerdo con lo expresado, la situación de emergencia se materializaría en el hecho de que en la actualidad no existe una tarifa tope para las llamadas TUP – Móvil, lo cual **ratificaría** esta prontitud de regulación. Esta afirmación desde el punto de vista lógico constituye una falacia, dado que si la ausencia de regulación de determinada tarifa ratificaría la necesidad de su pronta regulación, no se explica cómo es que en el mercado peruano conviven una serie de tarifas que no han sido reguladas a pesar de encontrarnos ante un supuesto similar que el señalado.

Por otro lado, no se explica cómo es que puede calificarse como una situación de emergencia la ausencia de una regulación tarifaria determinada cuya



aprobación no se ha producido incluso luego de casi catorce años de creado el OSIPTEL. Es decir, una situación que pasó inadvertida y que no motivó mayor atención por parte del regulador durante más de una década se convirtió súbitamente en una necesidad imperiosa.

Como segundo argumento se señala que la actuación de la Presidencia hace posible que el procedimiento de fijación de tarifas continúe su tramitación evitando demoras en el periodo durante el cual dichas tarifas no garanticen la eficiencia económica. Este argumento es aún más preocupante que el primero, pues es el Regulador quien señala que la necesidad de agilizar determinado es motivo suficiente para calificarlo como de emergencia. Este planteamiento es equivocado pues no es el tiempo sino el acto en sí mismo el que califica la necesidad de actuación de la Administración.

Tal como hemos manifestado en los comentarios presentados al proyecto normativo, nuestra empresa considera que la emisión de una tarifa tope, en ningún caso puede entenderse como una emergencia, sobre todo tomando en cuenta el estado del mercado actual y que nos encontramos ante un acto rutinario y no excepcional de la administración.

La Presidencia al emitir la Resolución Impugnada no ha toma en cuenta que realidad el inciso j del artículo 86, contiene una prohibición. Es decir prohíba a la Presidencia a avocarse a temas que son de competencia exclusiva del Consejo Directivo, salvo que nos encontremos ante una situación excepcional. Sin embargo, para dotarla de facultades de las que evidentemente carece se ha realizado un análisis inverso es decir, en la medida que no puede funcionar el Consejo Directivo, todas las medidas que tome la Presidencia son excepcionales.

Por otro lado, se ha realizado otro análisis erróneo del inciso j) del artículo 86, en cuanto interpreta que la faculta a dictar una serie de medidas cuando el Consejo Directivo no se puede reunir por haber renunciado la mayoría de sus miembros. Sin embargo, ello no se infiere de una correcta interpretación de la norma señalada. Como se advierte la norma citada hace dos referencia a la figura del



Consejo Directivo, cuando se señala que la medida de emergencia se dicta en caso éste no pueda reunirse y cuando se obliga a la Presidencia a poner en su consideración la decisión de emergencia tomada.

Como la recta interpretación obliga, la adopción de medidas de emergencia por parte del Presidente al amparo del artículo señalado presupone la existencia de un Consejo Directivo no cuando este no exista porque el Estado no ha cumplido con nombrar a los miembros vacantes. Ello es absolutamente lógico en la medida que tal como ha sido diseñado institucionalmente OSIPTEL con una serie de pesos y balances que aseguran el correcto funcionamiento de la organización. Sin embargo, en la curiosa interpretación que se hace de la necesidad de emisión de medidas excepcionales se olvida que no existe ninguna posibilidad de que estas sean fiscalizadas por el Consejo Directivo en la medida que éste no existe, por lo tanto no se puede cumplir con la segunda parte de artículo utilizado por la Administración para la emisión de estas medidas.

Lo lógico es pues que en este caso la Presidencia se interprete que se encuentra impedida de emitir este tipo de medidas en tanto no se constituya el Consejo Directivo. Seguramente se argumentará sobre este punto, que la falta de nombramiento de los miembros del Consejo Directivo no es responsabilidad de OSIPTEL y que esta inacción no puede llevar a su parálisis. Sin embargo, un argumento de esta naturaleza olvida que el Perú es un Estado unitario y por lo tanto la Administración Pública es una sola. Lo que no puede hacerse, como viene sucediendo, es romper el diseño institucional bajo el cual se creó OSIPTEL y que constituyó una garantía para las inversiones en el sector.

Por otro lado OSIPTEL ha desarrollado otra interpretación errada del inciso j) del artículo 86 pues viene señalando que lo excepcional son los hechos que condicionan la adopción de determinada regulación, sin embargo el artículo señalado es claro al advertir que no sólo el hecho debe ser excepcional sino la propia medida, en dicha línea un cargo, una tarifa, una resolución que resuelve un procedimiento sancionador no pueden considerarse en modo algunos

medidas de excepción pues, a diferencia de lo que ocurre con cualquier medida excepcional, éstas tienen una vocación de permanencia

La delegación de facultades – como la que venimos comentando-, no sólo se presenta en este caso, sino que también se da en otros campos, incluso en los poderes del Estado, a modo de ejemplo podemos citar la potestad con la que cuenta el Presidente de la República (Poder Ejecutivo) para emitir normas con carácter de ley (función que le corresponde al Poder Legislativo).

En efecto, la Constitución Política del Perú, otorga la facultad al Poder Ejecutivo para emitir decretos, denominando a los mismos como “Decretos de Urgencia”, destacando que estas son **medidas extraordinarias** que cuentan con fuerza de ley. Éstos únicamente pueden dictarse sobre determinadas materias y cuando así lo requiera el **interés nacional**, con cargo a dar cuenta al Congreso.

La Constitución nos ilustra cuando nos encontramos ante una situación de emergencia, estableciendo en el artículo 137 que:

Artículo 137.

El Presidente de la República, con acuerdo del Consejo de Ministros, puede decretar, por plazo determinado en todo el territorio nacional, o en parte de él, y dando cuenta al Congreso o a la Comisión Permanente, los estados de excepción que en este artículo se contemplan:

1. Estado de emergencia, en caso de perturbación de la paz o de orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación (...)

Conforme establece el artículo 3 de la Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante, “LPAG”), son requisitos de validez de los actos administrativos: La competencia, objeto o contenido, la finalidad pública, la motivación y el procedimiento regular.

La existencia del acto administrativo depende del cumplimiento correcto de estos elementos esenciales, es así que el artículo 10 de la LPAG establece

como uno de los vicios del acto, al defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, castigando el mismo con la nulidad:

Artículo 10.- Causales de nulidad

"Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez (...)

En el presente caso, la Resolución carece de estos requisitos (no ha sido emitido por un Órgano competente) y por ende se encuentra inmersa en una causal de nulidad.

10. La Resolución impugnada vulnera el derecho al debido proceso de nuestra empresa.

Consideramos que la Resolución impugnada no se encuentra debidamente motivada, asimismo tampoco se ha pronunciado sobre las solicitudes efectuadas por nuestra empresa dentro del procedimiento, vulnerando los Principios del Derecho administrativo, los cuales deben establecer los límites y lineamientos a la acción de OSIPTEL en el desarrollo y ejercicio de sus funciones.

En efecto, tal como detallamos en el numeral 9 del presente escrito, en la Resolución Impugnada e Informe sustentatorio, la Administración no ha cumplido con motivar adecuadamente las razones por las que considera que la emisión de la tarifa tup-móvil constituye una situación de emergencia, únicamente ha indicado los motivos por los que es importante su emisión (como entendemos lo son la mayoría de pronunciamientos que debe efectuar el Regulador, sin llegar a ser todos ellos una "situación de emergencia").

Asimismo, tal como lo señaláramos anteriormente, nuestra empresa mediante carta N° DR-236-C-011-/CM-07, de fecha 11 de enero de 2008, solicito la suspensión de este procedimiento, hasta que se defina el requerimiento efectuado de revisión del cargo de acceso TUP.

Sin embargo, en la Resolución Impugnada e Informe sustentatorio no se ha hecho mención a esta solicitud, ni se ha explicado los motivos por los que la misma no ha sido tomada en cuenta.

Este hecho, vulnera el principio de verdad material contemplado en el artículo IV inciso 1.11 del Título Preliminar de la LPAG⁸ y que debe ser respetado por la Administración, bajo el cual OSIPTEL tiene el deber implícito de verificar toda la información existente respecto a la materia cuya decisión se reflejará en una resolución, es decir en un acto administrativo que debe estar rodeado de todas las garantías que permitan tener la certeza que se ha agotado la búsqueda de los hechos reales producidos que sustentarán la decisión.

Del mismo modo, este hecho vulnera el Derecho al debido proceso de nuestra empresa, contemplado en el Artículo IV de la LPAG:

"Principio del debido procedimiento: Los administrados gozan de todos los derechos y garantía inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho."

En efecto, al no poder conocer los motivos por los que se ha desestimado la solicitud presentada por nuestra empresa, no podemos pronunciarnos respecto a la misma, generándose un estado de indefensión sobre este punto. Por tal motivo, nos reservamos el derecho a pronunciarnos sobre este tema, ampliando el presente escrito, una vez que conozcamos las razones por las que la Administración no ha amparado la solicitud de suspensión efectuada por nuestra empresa.

⁸ "Principio de Verdad Material: "en el procedimiento, **la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente** los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley..."



POR TANTO:

AL PRESIDENTE DEL CONSEJO DIRECTIVO solicitamos declarar **FUNDADO** en todos sus extremos el presente recurso de reconsideración y disponer que se efectúen los ajustes correspondientes en la Resolución que fija las tarifas del Servicio Tup – Móvil.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

Que, copia del documento de identidad y del poder de nuestra representante obra en la carta N° DR-067-C-0501/DS-07 remitida a OSIPTEL con fecha 27 de abril de 2007.

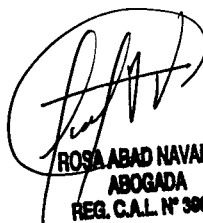
SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS.- Como anexos cumplimos con adjuntar los siguientes documentos:

Anexo I El documento del cálculo del costo del Cargo de Enlaces de Interconexión por Minuto.

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



Lima, 15 de febrero de 2008



ROSA ABAD NAVARRO
ABOGADA
REG. C.A.L. N° 39632

ANEXO I

A handwritten signature in black ink, located in the bottom left corner of the page. The signature is stylized and appears to be a single word or a short phrase.

Anexo I

Cálculo del costo del Cargo de Enlaces de Interconexión por Minuto

Costo Promedio Mensual por Enlaces de Interconexión-Operadores Móviles

Departamento	E1s	Pago por Cargo Mensual
Arequipa	0	0
Ica	0	0
Ia Libertad	0	0
Lima	0	0
Lima	0	0
Lima	0	0
Lima	0	0
Cajamarca	0	0
Ica	0	0
Junin	0	0
Piura	0	0
Lima	0	0
Ancash	2	508
Ica	2	508
Ia Libertad	2	508
Lambayeque	2	508
Lima	30	1,817
Lima	31	1,847
Piura	2	508
Arequipa	0	0
Ia Libertad	0	0
Lambayeque	0	0
Lima	0	0
Ancash	2	508
Arequipa	5	804
Arequipa	19	1,487
Cajamarca	2	508
Cusco	3	616
Ica	2	508
Junin	2	508
Ia Libertad	6	856
Lambayeque	3	616
Lima	13	1,220
Lima	33	1,907
Loreto	3	616
Piura	3	616
Puno	2	508
Tacna	2	508
Lima		- Se Excluye a TESAM
Ancash	2	508
Arequipa	7	908
Ayacucho	1	400
Cajamarca	2	508
Cusco	4	724
Ica	3	616
Junin	2	508
Ia Libertad	7	908
Loreto	2	508
Moquegua	1	400
Piura	3	616
Puno	2	508
San Martin	1	400
Tacna	3	616
Tumbes	1	400
Ucayali	2	508
TOTAL	214	27,026

Información correspondiente a Diciembre de 2005

Cálculo Efectuado sólo con los enlaces de interconexión de los operadores Móviles (se excluye a TESAM), no incluye cables coaxiales.

Cargo de enlaces de interconexión vigente

Cantidad de E1's	Intercepto	Pendiente
1-4	292	108
5-16	544	52
17-48	917	30
49 a más	1,536	17

Cantidad de E1's	Total renta mensual	Cargo medio por E1 (US\$)
214	27,026	126.29

Cargo de Enlaces de Interconexión por Minuto

Cargo medio por E1 (US\$)	126.29
Trafico/11	415,337
Cargo enlaces por minuto (US\$)	0.00030