

Nextel del Perú S.A.
Los Nardos 1018 Piso 7 San Isidro Lima
Tel.: 611-1111

NEXTEL
GLI-152/04

2004-17-03-01-2-56

RECURSO

Nº de Reg.	73634
Folio

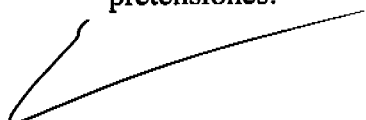
Sumilla: Interpone recurso de reconsideración contra la Resolución No. 033-2004 CD/OSIPTTEL

AL CONSEJO DIRECTIVO DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES:

NEXTEL DEL PERÚ S.A. (en adelante "Nextel"), con Registro Único de Contribuyente No. 20106897914, con domicilio en Los Nardos No. 1018, piso 7, San Isidro, Lima, debidamente representada por su Vicepresidente Legal y de Asuntos Regulatorios, don Alfonso de Orbegoso Baraybar, identificado con documento de identidad No 09336389, según poder que consta en autos, atentamente decimos:

I. PETITORIO

Que, dentro del plazo legal previsto en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de OSIPTTEL aprobado mediante Decreto Supremo No. 084-2000-EF y modificado mediante Decreto Supremo No. 036-2001-PCM, concordante con lo señalado en el artículo 6 de la Resolución No. 005-2002-CD/OSIPTTEL y los artículos 207 y 208 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley No. 27444 (la "Ley del Procedimiento Administrativo"), y por no encontrarla ajustada a derecho, interponemos RECURSO DE RECONSIDERACIÓN contra la Resolución No. 033-2004-CD/OSIPTTEL (en adelante la "Resolución") notificada con fecha 6 de abril de 2004, mediante comunicación de OSIPTTEL No. C. 313-GCC/2004, por medio de la cual se resuelve declarar infundada la solicitud presentada por Nextel mediante comunicación No. GLE-175/03 de fecha 20 de junio de 2003, con las siguientes pretensiones:



NEXTEL®

2/25

1. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA PRINCIPAL

De conformidad con lo previsto por los numerales 1 y 2 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo, así como por lo señalado en el artículo 4 de la Ley No. 27838, solicitamos expresamente que se declare la nulidad de la Resolución por cuanto ha sido emitida violando los principios y las normas que rigen la actuación de OSIPTEL según lo señalado en su Reglamento General, aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, así como en las normas de transparencia y simplificación de los procedimientos regulatorios de tarifas y que, en consecuencia, se dicte un nuevo pronunciamiento ajustado a ley.

2. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En el supuesto negado que nuestra pretensión principal sea desestimada, solicitamos expresamente que se revoque la Resolución a fin de declarar fundada la petición acumulada de Nextel para que se fije un cargo único de interconexión en redes móviles y, tal como lo establece el reglamento de interconexión aprobado mediante Resolución de Presidencia No. 001-98-CD/OSIPTEL, orientado a costos.

3. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

En el supuesto negado que nuestra pretensión impugnatoria subordinada a la pretensión principal sea desestimada, solicitamos expresamente que se revoque la Resolución a fin de declarar fundada la petición de Nextel únicamente en el extremo referido a que se fije un cargo de terminación en red móvil orientado a

Nextel del Perú S.A.
Los Nardos 1018 Piso 7 San Isidro Lima
Tel.: 611-1111

NEXTEL®

3/25

costos y que, como consecuencia de ello, con base a las facultades otorgadas por la ley a OSIPTEL y teniendo en cuenta el nuevo escenario de concentración en el mercado móvil, dicho cargo se fije orientado a costos de manera asimétrica en la modalidad de cargo tope sólo para la empresa con posición de dominio en el mercado de los servicios móviles.


Esta solicitud subordinada es pertinente en razón que en la solicitud de Nextel de 20 de junio de 2003, que ha sido declarada infundada por la Resolución, Nextel planteó una acumulación objetiva originaria de pretensiones ya que solicitó tanto la fijación de un cargo único de interconexión en redes móviles como la fijación de un cargo orientado a costos.

Fundamentamos el presente recurso de reconsideración en las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

II. ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO DE LA SOLICITUD PLANTEADA POR NEXTEL

Con fecha 20 de junio de 2003, Nextel solicitó a OSIPTEL, de acuerdo al procedimiento establecido por a la Resolución No. 005-2002-CD/OSIPTEL, (i) el establecimiento de la fijación de un cargo único de interconexión en redes móviles y, (ii) tal como lo establece el Reglamento de Interconexión aprobado mediante Resolución de Presidencia No. 001-98-CD/OSIPTEL, orientado a costos.

Cabe precisar que esta solicitud involucra lo que la doctrina y la legislación procesal denominan como una acumulación objetiva originaria de pretensiones, dado que como puede advertirse de dicha solicitud Nextel solicitó la fijación de un cargo único de interconexión en redes móviles y orientado a costos.



Nextel del Perú S.A.
Los Nardos 1018 Piso 7 San Isidro Lima
Tel.: 611-1111

NEXTEL®

4/25

Con fecha 8 de julio de 2003, mediante comunicación No. C.562-GG.GPR/2003, OSIPTEL comunicó a Nextel que el procedimiento respectivo fue iniciado el 20 de junio de 2003, solicitando a Nextel información relativa a sus costos de operación.

Mediante carta No. GL-957/03, con fecha 12 de diciembre de 2003 Nextel presentó a OSIPTEL, de manera voluntaria y a pesar de no ser su obligación conforme lo señalado en la Resolución No. 005-2002-CD/OSIPTEL, un estudio de costos elaborado por la prestigiosa consultora en regulación, Analysys Consulting Ltd. del Reino Unido (en adelante "Analysys"). Posteriormente, Nextel ha otorgado a OSIPTEL toda la información complementaria que ha requerido respecto del referido informe de costos de Analysys.

Al respecto, es importante precisar que Nextel considera necesaria la intervención de OSIPTEL en el establecimiento de un cargo de terminación en redes móviles, dado que como lo ha reconocido recientemente el propio OSIPTEL en el Documento de Trabajo "Regulación de las llamadas fijo-móvil"¹ publicado en enero de 2004, así como otros organismos reguladores como la Office of Telecommunications (OFTEL)² del Reino Unido en su documento "Price of Calls to Mobile phones" de 1998 y la Federal Communications Commission³ de los Estados Unidos en el "Notice of Proposed Rulemaking" de abril de 2001, el mercado de terminación de llamadas es un mercado monopólico.

¹ Capítulo III: Competencia en el Servicio de llamadas locales fijo - móvil.- La evolución de las tarifas fijo-móvil mostradas en el gráfico 6 indica que la competencia en este servicio es muy baja o poco significativa, ello se debe a que los usuarios de la red fija no tienen posibilidad de elegir la red móvil en la cual terminarán su llamada, y a que la mayor parte de los abonados son insensibles al precio que asumen las personas que los llaman desde la red fija. La imposibilidad de elección por parte de los abonados fijos ocasiona que, en el corto plazo, cada operador de servicios móviles ostente un significativo poder de mercado sobre las llamadas que terminan en su red proveniente de la red fija, estableciéndose como resultado de ello precios considerablemente altos. Esta situación podría mantenerse en el largo plazo, debido a que los abonados móviles, al presentar insensibilidad entre estas altas tarifas, no percibirán la necesidad de cambiar su afiliación a otra empresa."

² OfTel also took into account that mobile network operators, like other network operators, have a monopoly position over termination of calls on their own networks (...) Operators have such monopoly position because when someone wants to make a call to mobile or any other phone then the calling party has no choice but to call the network to which the called party has subscribed. This means that mobile operators in common with other network operators, are able to set charges for call termination, without significant competitive pressure.

³ The current requirement that carriers pay the called party's network to terminate calls confers monopoly power on the called party's network with respect to terminating access. This market power arises from the fact that the calling party's carrier, whether a local carrier (...) has no alternative carrier that can terminate a call to a particular called party. Thus, the calling party's carrier must pay the terminating network whatever price it demands in order to reach the called party. In effect, each terminating carrier, no matter how small, has a monopoly over termination to its own costumers.

Nextel del Perú S.A.
Los Nardos 1018 Piso 7 San Isidro Lima
Tel.: 611-1111

NEXTEL®

5/25

Por tanto, la solicitud de Nextel tiene por finalidad que la intervención regulatoria de OSIPTEL corrija los efectos que dicho mercado monopólico genera. De manera especial, la solicitud de Nextel intenta corregir una serie de distorsiones y perjuicios que la falta de una regulación en redes móviles viene originando no sólo para la industria, sino incluso y principalmente a una gran cantidad de usuarios finales. Dichas distorsiones y perjuicios pueden ser resumidos en (i) tarifas elevadas para las comunicaciones móviles off-net (y fijo-móvil) sobre la base de un subsidio del usuario que realiza la llamada hacia el operador móvil receptor de la misma; (ii) costos de operación elevados al constituir los cargos de terminación aproximadamente el 30% de los mismos; (iii) problemas de bloqueo, desvío de tráfico de diversas comunicaciones y o generación de tráfico fraudulento, como aquellas provenientes de los operadores de larga distancia, teléfonos públicos y de otros operadores móviles; (iv) elevados costos de transacción asociados al monitoreo de y liquidación de tráfico, al tener que diferenciar las llamadas según su origen.

Asimismo, la solicitud de Nextel se encuentra ampliamente sustentada en una serie de disposiciones e interpretaciones propias de OSIPTEL, que ahora este último pareciera desconocer mediante la Resolución. En efecto, los fundamentos de la solicitud de Nextel se basan en los siguientes tratados internacionales, disposiciones legales, resoluciones emitidas por OSIPTEL, y hasta exposiciones de motivos de las cuales pasamos a dar cuenta:

Tratados internacionales

Tanto la Organización Mundial del Comercio⁴, como la Unión Internacional de Telecomunicaciones⁵ a través de su decisión 140 de junio de 2002, establecen que los cargos de interconexión deben estar orientados a costos.

⁴Organización Mundial del Comercio: Schedule of Specific Commitments, Supplement

NEXTEL®

6/25

Asimismo, para la región, las normas de la Comunidad Andina recogidas en la Decisión 432 señalan en sus artículos 18 y 20 que:

“Artículo 18.- Los cargos de interconexión deberán estar orientados a costos, complementados con un margen razonable de utilidad más una cuota de costos comunes o compartidos inherente a la interconexión y suficientemente desagregados para que el proveedor que solicita la interconexión no tenga que pagar por componentes o instalaciones de la red que no se requieran para el suministro del servicio. (subrayado agregado)

Artículo 20.- La interconexión deberá ser económicamente eficiente y sostenible, atendiendo a cargos de interconexión orientados a costos que preserven la calidad a costos eficientes.” (subrayado agregado)

Finalmente, y dada la coyuntura actual, es también importante hacer referencia al capítulo 13 del Tratado de Libre Comercio⁶ que el Perú se encuentra ad portas de negociar con los Estados Unidos de Norteamérica. Al respecto es importante señalar que uno de los condicionamientos está referido que las empresas estadounidenses tengan el derecho de interconectarse con las redes de las empresas peruanas de manera no discriminatoria y en base a cargos que se encuentren orientados a costos, lo cual no viene sucediendo en la actualidad.

Disposiciones legales

Asimismo, y en lo que respecta a la legislación nacional, Nextel basa su solicitud en lo señalado por los numerales 46, 47 y 48 de los Lineamientos de Política de Apertura

2.2. Interconnection to be ensured

Interconnection with a major supplier will be ensured at any technically feasible point in the network. Such interconnection is provided: (a) Under non-discriminatory terms, conditions (including technical standards and specifications) and rates of a quality no less favourable than that provided for its own like services or for like services of non-affiliated suppliers or for its subsidiaries or other affiliates; (b) in a timely fashion, on terms, conditions (including technical standards and specifications) and cost-oriented rates that are transparent, reasonable, having regard to economic feasibility, and sufficiently unbundled so that the supplier need not pay for network components or facilities that it does not require for the service to be provided; and (...).

⁵ Esta recomendación señala que “accounting rates for international telephone services should be cost-oriented and should take into account relevant cost trends while recognizing that the remuneration for the use of telecommunications facilities should cover the costs incurred in providing those facilities, such as network costs, and overheads”

⁶ Cada Parte garantizará que los operadores dominantes en su territorio proporcionen interconexión (...) de una manera oportuna, en términos, condiciones y tarifas basadas en el costo (...).

NEXTEL®

7/25

del Mercado de Telecomunicaciones aprobado mediante Decreto Supremo No. 020-98-MTC, las cuales señalan lo siguiente:

“Numeral 46: Para establecer los cargos por defecto, y en su caso, de acuerdo a la ley, establecer mandatos o resolver una controversia, se aplicará el Reglamento de Interconexión, para lo cual se obtendrá la información sobre la base de:

- a) La información de costos, proporcionados por las empresas.*
- b) En tanto y en la medida que no sea posible lo primero, para el establecimiento de los cargos, se utilizarán mecanismos de comparación internacional, tomando en cuenta las mejores prácticas de la región, adaptada a la realidad de Perú*
- c) Como complemento podrá considerarse también la simulación de una empresa eficiente, que recoja los parámetros de la realidad peruana”*

“Numeral 47: De acuerdo a lo analizado, en una primera etapa no será posible contar con información desagregada que permita establecer los cargos de interconexión por defecto en base al método del literal a). En vista de ello, es necesario, que en la primera etapa se determinen estos cargos sobre la base del método previsto en el literal b). En una segunda etapa, los cargos deben basarse en el método a) y, complementariamente, en el c)”

“Numeral 48: Al definirse los cargos de interconexión por defecto debe establecerse un solo cargo de interconexión a nivel local sin diferenciar entre llamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional, pues ello genera distorsiones y arbitrajes que desnaturalizan el objetivo perseguido por este tipo de diferenciaciones. Asimismo, este cargo de interconexión será único por departamento (nueva área local) por la terminación de la llamada.”

Asimismo, la solicitud de Nextel tomó como referencia lo establecido en la Resolución No. 043-2003-CD/OSIPTTEL, que aprobó el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, y en especial por lo señalado por el artículo 13 que dispone que:

Artículo 13: Para los efectos de la presente Norma, se entiende que los términos "Cargos de Acceso" y "Cargo de Interconexión", son sinónimos.

Los operadores de redes o servicios interconectados, se pagarán entre sí cargos de acceso, en relación a las instalaciones, que acuerden brindarse para la interconexión. Tales cargos serán aprobados por el OSIPTTEL y serán iguales a la suma de: (i) los

NEXTEL®

8/25

costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable”

Resoluciones de OSIPTEL y exposición de motivos

Por otro lado, existe una serie de resoluciones de OSIPTEL, así como exposiciones de motivos del mismo, en las cuales se manifiesta de manera clara y precisa que los cargos de terminación en redes móviles deben ser únicos y no asimétricos, como ahora pretendería señalar OSIPTEL con una nueva interpretación *sui generis* del artículo 48 del Decreto Supremo No. 020-98-MTC, las cuales creemos oportuno reseñar:

a) Resolución No. 063-2000-CD/OSIPTEL

“Desde el punto de vista de los costos, no existe argumentación económica que justifique la diferenciación de cargos por terminación de llamadas en una misma red. Por el contrario existen argumentos económicos que cuestionan la diferenciación de cargos sobre la base del estímulo al by-pass y la existencia de subsidios cruzados (en costos y/o rentabilidad) que se asocian con un sistema de cargos diferenciados, hecho que ha generado una corriente académica y regulatoria que se orienta hacia el sistema de cargos únicos, y que se expresa en los acuerdos comerciales internacionales...”

b) Resolución No. 049-2001-PD/OSIPTEL

“...OSIPTEL considera necesaria la unificación del cargo por terminación de llamadas en las redes de los servicios de telefonía móvil, del servicio troncalizado y del servicio de comunicaciones personales (PCS), con la finalidad de evitar desvíos de tráfico que desnaturalicen las relaciones de interconexión vigentes.”

c) Resolución No. 018-2003-CD/OSIPTEL

En la normativa vigente no se ha establecido un esquema de regulación asimétrica para la fijación de cargos de interconexión, ni ha existido la intención regulatoria de establecer cargos de interconexión asimétricos...”

“... por el contrario, la reciente experiencia europea y chilena, muestra que los ~~cargos~~ no disminuyen sino que aumentan, generándose un subsidio cruzado implícito desde una red hacia las otras, situación que consideramos

NEXTEL®

9/25

como no deseable. En razón de ello, es que no consideramos adecuada la regulación asimétrica en los cargos de interconexión” (subrayado agregado)

d) Resolución No. 041-2003-CD/OSIPTTEL

“ (...) OSIPTTEL ha establecido, conforme a ley, que el cargo tope de interconexión por terminación de llamada en la red de telefonía fija, aplicable a todas las empresas concesionarias del servicio de telefonía fija, es único a nivel local – en todas las áreas locales del territorio nacional - sin diferenciar entrelamadas entrantes y salientes, ni locales y larga distancia nacional e internacional.”


No obstante lo anterior, OSIPTTEL optó por declarar infundada la solicitud de Nextel.

III. ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PRETENSIÓN
IMPUGNATORIA PRINCIPAL

Conforme lo señalado anteriormente, consideramos que la Resolución, emitida dentro del marco de las funciones de OSIPTTEL, es nula pues ha incurrido en flagrantes violaciones de los principios jurídicos que organizan el actuar de las entidades públicas, en resguardo de los administrados, establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo, en el Reglamento General de OSIPTTEL, aprobado mediante Decreto Supremo No. 008-2001-PCM (en adelante el “Reglamento General de OSIPTTEL”), así como en la Ley No. 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, lo que determina la nulidad de pleno derecho de la Resolución, por las siguientes consideraciones:

1. Violación al principio de legalidad

De conformidad con la Ley del Procedimiento Administrativo, el principio de legalidad informa que: *“Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley, y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas”*.





10/25

Así, mientras que en el derecho privado nadie está obligado de hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, en el derecho público la capacidad de las personas únicamente viene determinada por el Principio de Legalidad. Es decir, una entidad pública o un funcionario público únicamente pueden hacer lo que la ley expresamente los faculta y según sus respectivos términos.

En el caso de OSIPTEL, existen una serie de principios que rigen su actuación, estableciendo así los límites y lineamientos de las funciones atribuidas a dicho organismo.

Así, el artículo 2 del Reglamento General de OSIPTEL establece que

“Los principios contenidos en el presente Título establecen los límites y lineamientos a la acción de OSIPTEL en el desarrollo y ejercicio de sus funciones. En tal sentido, toda decisión y acción que adopte cualquiera de los órganos del OSIPTEL deberá sustentarse y quedar sujeto a los mismos”.

No obstante lo anterior, la Resolución contraviene, tal como lo pasaremos a detallar, muchos de los principios establecidos para la actuación de OSIPTEL:

a) Principio de transparencia

Toda decisión de cualquier órgano funcional de OSIPTEL deberá adoptarse de tal manera que los criterios a utilizarse sean conocibles y predecibles por los administrados. Las decisiones de OSIPTEL serán debidamente motivadas...”

No obstante lo anterior, la Resolución no ha respetado el principio antes comentado. En efecto, a través de la Resolución OSIPTEL ha variado diametralmente su posición respecto a la interpretación del artículo 48 del Decreto Supremo No. 020-98-MTC, así como de la posición manifestada



11/25

en las Resoluciones Nos. 049-2001-PD/OSIPTTEL y 063-2000-CD/OSIPTTEL, así como de lo expresado en las Resoluciones Nos. 018-2003-CD/OSIPTTEL y 041-2003-CD/OSIPTTEL, las cuales han sido reseñadas en los antecedentes de hecho y de derecho del presente escrito señalados en el punto II precedente.

Asimismo, en las resoluciones Nos. 049-2001-PD/OSIPTTEL y 063-2000-CD/OSIPTTEL antes comentadas, OSIPTTEL fue claro al señalar las razones por las cuales los cargos de terminación en redes móviles deben ser únicos, argumento que encuentra sustento en el artículo 48 del Decreto Supremo No. 020-98-MTC.

En efecto, en las referidas resoluciones y sus exposiciones de motivos se manifiesta de manera clara y precisa que los cargos de terminación en redes móviles deberían ser únicos, y no asimétricos.

No obstante lo anterior, la Resolución ha cambiado radicalmente la interpretación anterior, señalando que:

“...No se ha establecido –de forma obligatoria – que el cargo de terminación sea único para todas las redes de los operadores de un mismo servicio público de telecomunicaciones. El concepto de cargo único sólo alcanza a la configuración del cargo de interconexión en función a la dirección y la modalidad de las llamadas. Es decir, no se ha previsto en la normativa vigente, con carácter obligatorio, que el cargo por terminación de llamada en las redes de los servicios móviles tenga que ser único, pudiendo en el extremo presentarse la situación que cada operador del servicio móvil tenga un cargo de terminación distinto..”

Al respecto, nos permitimos preguntarnos entonces por qué cuando AT&T Perú S.A. (en adelante “AT&T”) y BellSouth Perú S.A. (en adelante “BellSouth”) cuestionaron la Resolución No. 018-2003-CD/OSIPTTEL no

Nextel del Perú S.A.
Los Nardos 1018 Piso 7 San Isidro Lima
Tel.: 611-1111

NEXTEL[®]


12/25

se adoptó el mismo criterio, estableciendo cargos asimétricos como los que supone esta nueva y opuesta interpretación esbozada por OSIPTEL.

OSIPTEL ha señalado en la Resolución que "A diferencia del caso del cargo de terminación de llamada en la red fija local establecido por la Resolución de Consejo Directivo No. 018-2003-CD/OSIPTEL, en el cual se estableció un cargo único para todas las empresas operadoras del servicio de telefonía fija; en el presente caso, se advierte que el mercado de servicios públicos móviles tiene características propias, en cuanto a su crecimiento, a la tecnología utilizada por los operadores, a la expansión del servicio..."

Cabe recordar que, al igual que lo que sucede en el presente caso, y que ha sido básicamente el único argumento señalado por OSIPTEL en su Resolución, AT&T y BellSouth tenían una cobertura muy diferente a la de la empresa solicitante del cargo de terminación en red fija. Así, mientras que la empresa solicitante (Telefónica del Perú S.A.A.) cubría todo el territorio del Perú, AT&T y BellSouth sólo brindaban el servicio en algunos distritos del departamento de Lima.

Por otro lado, y en lo que a tecnología se refiere y que es también otro de los argumentos esgrimidos por OSIPTEL en la Resolución para concluir que el mercado de telefonía fija es distinto al mercado de los servicios públicos móviles, la tecnología empleada tanto por Telefónica como por AT&T y BellSouth era también distinta. Así, por ejemplo, la tecnología empleada por BellSouth es una tecnología inalámbrica, la cual difiere, como resulta evidente, de la empleada por telefónica, cuya tecnología es básicamente alámbrica.



NEXTEL®

13/25

Así las cosas, la Resolución impugnada estaría vulnerando no sólo el principio antes citado, sino que incluso estaría violando un principio mayor, como es el principio de igualdad ante la ley recogido en la Constitución Política del Perú.

b) Principio de igualdad

El inciso 2) del artículo 2) de la Constitución Política del Perú establece que:

*“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”.*

Al respecto cabe precisar que la noción de igualdad debe ser percibida en dos planos convergentes. El primero, como un principio rector de la organización y actuación del Estado Democrático de Derecho; y el segundo como un derecho fundamental de la persona, que consiste en ser tratada igual que los demás en relación a hechos, situaciones o acontecimientos coincidentes; por ende, y como tal, deviene en el derecho subjetivo de obtener un trato igual y de evitar los privilegios y las desigualdades arbitrarias.

La igualdad es un principio-derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra. Así, la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de: paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos

NEXTEL®

14/25

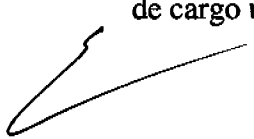
semejantes; y paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva, para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones.

En tal sentido, desde el plano formal el principio de igualdad ante la ley impone el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas. Así, este principio constituye tanto un límite para la actuación normativa, administrativa y jurisdiccional de los poderes públicos, como un mecanismo de reacción jurídica frente al hipotético uso arbitrario del poder.

En este contexto, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato.

Es importante anotar que el derecho a la igualdad no significa que siempre y en todos los casos se debe realizar un trato uniforme. El derecho a la igualdad supone tratar "igual a los que son iguales" y "desigual a los que son desiguales".

No obstante lo anterior, podemos observar que la Resolución impugnada trata de manera distinta dos casos análogos, utilizando incluso criterios distintos para, en un caso establecer un cargo de terminación único, como fue el caso de la solicitud del establecimiento del cargo de terminación en red fija, y por otro, de declarar infundada la solicitud de establecimiento de cargo único en redes móviles.



NEXTEL®

15/25

Es importante aclarar en este punto que lo que debe ser tratado de manera similar es el mercado de terminación de llamadas, tanto fijo como móvil, y no los servicios de telecomunicaciones involucrados. Como resulta evidente, el servicio móvil y el servicio fijo, si bien son servicios públicos de telecomunicaciones, presentan sus propias particularidades. Sin embargo, el mercado de terminación de llamadas, que es lo que la solicitud de Nextel trata que sea regulado, es igual y presenta las mismas particularidades sin importar que este sea fijo o móvil.

Quizás el error de la Resolución recaiga en el hecho de haber considerado de manera impropia lo que es materia de la solicitud de Nextel, confundiendo a los servicios de telecomunicaciones con el mercado de terminación de llamadas.

Como lo hemos señalado cuando nos referimos a la violación del principio de transparencia, los argumentos esgrimidos por la Resolución para declarar infundada la solicitud de Nextel, los mismos que pueden ser resumidos en cobertura y tecnología, no fueron tomados en consideración para establecer el cargo de terminación único en la red fija, siendo que éstos criterios eran aún más graves y severos en dicha situación.

En tal sentido, consideramos que la Resolución atenta contra el principio de igualdad ante la ley, reconocido por la Constitución Política del Perú, así como contra el principio de imparcialidad⁷, recogido por el numeral

⁷ Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

1.5. Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

NEXTEL®

16/25

1.5 del artículo VI de la Ley del Procedimiento Administrativo, por lo que se debería declarar la nulidad de la Resolución.

Finalmente, tal como lo mencionamos más adelante, esta variación de criterios, debería bajo responsabilidad haberse ventilado a través de una audiencia pública, tal como lo manda el artículo 7 de la Ley No. 27838, Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, que establece que “*El mismo trámite [audiencia pública] debe seguirse en aquellos casos en los cuales se haya producido una variación en los criterios, metodología o modelos económicos utilizados*”.

c) Principio de análisis de decisiones funcionales

El análisis de las decisiones funcionales del OSIPTEL tendrá en cuenta sus efectos en los aspectos de fijación de tarifas, calidad, incentivos para la innovación, condiciones contractuales y todo otro aspecto relevante para el desarrollo de los mercados y la satisfacción de los usuarios.
(subrayado agregado)

La Resolución, así como el Informe No. 012-GPR/2004 de fecha 19 de marzo de 2004 que la sustenta (en adelante el “Informe”), no han tomado en consideración en ningún momento los perjuicios que la falta de una regulación del cargo de terminación en redes móviles viene originando a los usuarios.

Así, tanto la Resolución como el Informe sólo han tomado en consideración los argumentos de las empresas móviles, más en ningún momento los intereses de los usuarios. Más aún, la Resolución y el

Nextel del Perú S.A.
Los Nardos 1018 Piso 7 San Isidro Lima
Tel.: 611-1111

NEXTEL[®]

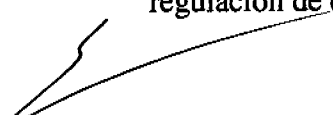
17/25

Informe no han analizado ni rebatido los impactos negativos que Analysys señala en su informe respecto de la plusvalía de los consumidores, y que pueden resumirse en:

- Reducida capacidad efectiva de competir entre los cuatro, ahora tres, operadores móviles.
- Precios que están por encima del costo marginal con un margen para recuperar los costos comunes conducirán a un menor consumo en el mercado, lo que se alejará del nivel óptimo de la sociedad.
- Los usuarios de telefonía fija que llaman a teléfonos móviles están subsidiando los precios de suscripción a la telefonía móvil. Sin embargo, ellos no reciben todas las ventajas asociadas con el incremento de penetración cuando parte del subsidio se desvía a actividades minoristas de los operadores móviles, tales como tarifas *on-net*.
- En tanto que el mercado móvil no es totalmente competitivo, los operadores móviles pueden quedarse con parte de los ingresos del sobre costo de terminación para ganar un retorno excesivo para sus accionistas.

Así, la Resolución y el Informe carecen pues de un elemento determinante en el análisis de las decisiones de OSIPTEL, cual es el tomar en consideración el beneficio o perjuicio que una decisión regulatoria pueda tener sobre los consumidores de los servicios.

Por otro lado, tampoco realiza un análisis sobre los efectos que la falta de regulación de cargos de terminación en redes puede tener sobre la industria en el largo plazo. Como bien lo sostiene Analysys, la falta de regulación de cargos de terminación en redes móviles "*supondría reducir*



NEXTEL®

18/25

el consumo, poniendo en riesgo el desarrollo a largo plazo de un mercado competitivo, con el consiguiente impacto sobre la plusvalía social.”


Por tanto, al haber obviado esta consideración, la Resolución atentaría con el principio de análisis de decisiones funcionales, lo cual vulnera el principio de legalidad antes comentado.

d) Principio de eficiencia y efectividad

La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad.

La Resolución, así como el Informe, hacen caso omiso al principio antes citado, ya que en ningún momento cuestionan los argumentos esgrimidos por Analysys referente a que la falta de regulación de cargos terminación en redes móviles implica un uso ineficiente de la externalidad de la red, y por tanto de una asignación eficiente de los recursos tal como lo manda este principio.

En efecto, según Analysys, posición con la cual concordamos, “*los ingresos por terminación de llamadas con recargo son mayoritariamente pagados por los usuarios del servicio fijo, pero también por los usuarios móviles off net que llaman entre redes. Para maximizar la eficiencia de la externalidad de la red es importante utilizar los ingresos asociados con el recargo de la terminación para proporcionar el mayor beneficio posible para la sociedad. Las aplicaciones menos ventajosas de los subsidios deberían ser evitadas.*”



NEXTEL®

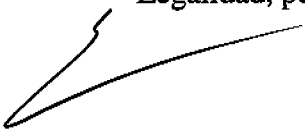
19/25

Si los ingresos de terminación móvil asociados al recargo se usan para otros menesteres (por ejemplo, subsidios de las tarifas de llamadas) se reduce el efecto de la externalidad de red. Más concretamente, OSIPTEL debería implementar legislación que asegurase que el subsidio diferencial de las llamadas on net esté prohibido, ya que esta actividad está orientada a hacer la red propia más atractiva que las otras redes. Esto es claramente no recomendable ya que: (i) las ventajas sólo benefician a los usuarios conectados a o que se unen a una red específica, en lugar de a todos los usuarios de telefonía en general; (ii) se desvían ingresos orientados a subsidiar la conexión de nuevos usuarios para subsidiar el consumo de usuarios existentes; (iii) Los usuarios fijos que proporcionan la mayor parte de los ingresos de terminación con recargo no se benefician de la posibilidad que tienen los usuarios móviles de hacer llamadas on net bajo coste; y (iv) Los usuarios de otras redes móviles que proporcionan ingresos de terminación con recargo no se benefician del hecho que estos ingresos suplementarios se utilicen para subsidiar llamadas on net dentro de la red que llaman.

En tal sentido, uno de los mecanismos que tiene OSIPTEL para evitar este efecto que atenta, como lo hemos visto, contra la eficiencia en la asignación de los recursos, es a través de la regulación de un cargo de terminación en red móvil.

Sin embargo, a lo largo de la Resolución y del Informe este tema ha sido obviado, por lo que la Resolución no ha sido emitida en base al principio de eficiencia y efectividad que debe regir la actuación de OSIPTEL.

Por lo expuesto, se evidencia que la Resolución infringe el Principio de Legalidad, puesto que desconoce abiertamente y de manera arbitraria los



NEXTEL®

20/25

alcances y la forma en que OSIPTEL debe ejercer sus funciones y evaluar sus decisiones. Como lo hemos analizado, la Resolución atenta contra los principios referidos a la Transparencia; Igualdad; Análisis de Decisiones Funcionales; Principio de Eficiencia y Efectividad.

2. Violación a la ley de transparencia

Adicionalmente, la Resolución debería ser declarada nula por cuanto ha infringido lo dispuesto por los artículos 4 y 7 de la Ley No. 27838, al no haber sido ésta publicada en el Diario Oficial "El Peruano", así como por no haberse llevado a cabo la audiencia pública respectiva, en la cual se informase el cambio de criterio que OSIPTEL ha seguido en este procedimiento respecto del procedimiento anterior de fijación de cargos, ocurrido en marzo de 2003.

Así, y toda vez que a partir de esta Resolución OSIPTEL estaría propiciando el establecimiento de cargos asimétricos, contrariamente a lo que era su posición, tal como ya lo hemos esbozado, este cambio debió hacerse explícito a través de una audiencia pública, tal como lo informaba la ley antes mencionada.

Ello, como lo dispone la propia norma genera responsabilidad para el órgano que emitió la Resolución.

IV. ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Al efecto, dado que al exponer los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan nuestra solicitud, y que hemos resumido en el punto II del presente escrito, hemos demostrado también los motivos por los cuales la solicitud sobre la que se pronuncia

NEXTEL®

21/25


la Resolución es errada en cuanto al fondo del asunto, para el desarrollo de este punto nos remitimos a dicha fundamentación.

V. ARGUMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PRETENSIÓN
IMPUGNATORIA SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN
IMPUGNATORIA SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN
IMPUGNATORIA PRINCIPAL

En el supuesto negado que nuestra pretensión impugnatoria subordinada a la pretensión principal sea desestimada, solicitamos expresamente que se revoque la Resolución, a fin de declarar fundada la petición de Nextel únicamente en el extremo referido a que se fije un cargo de terminación en red móvil orientado a costos y que, como consecuencia de ello, con base a las facultades otorgadas por la ley a OSIPTEL y teniendo en cuenta el nuevo escenario de concentración en el mercado móvil, dicho cargo se fije orientado a costos de manera asimétrica en la modalidad de cargo tope sólo para la empresa con posición de dominio en el mercado de los servicios móviles.

Esta solicitud subordinada es pertinente en razón que en la solicitud de Nextel de 20 de junio de 2003, que ha sido declarada infundada por la Resolución, Nextel planteó una acumulación objetiva originaria de pretensiones ya que solicitó tanto la fijación de un cargo único de interconexión en redes móviles como la fijación de un cargo orientado a costos.

En ese sentido, consideramos que dada la coyuntura actual del mercado de los servicios públicos móviles que hace necesaria la acción impostergable de OSIPTEL, debe atenderse nuestra solicitud en este sentido, la cual es concordante con la planteada por TIM Perú S.A.C. (en adelante "TIM"), mediante comunicación No. DMR/CE/No.086/04 de fecha 16 de marzo de 2004.



NEXTEL®

22/25

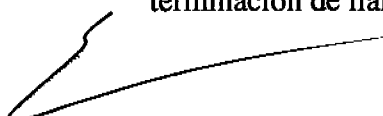
Dicha posibilidad se encuentra recogida expresamente en el Informe y en la Resolución, al indicar que es factible que OSIPTEL, entre otras opciones, pueda fijar el cargo de interconexión por terminación de llamada en las redes del servicio de telefonía móvil.

Como es de conocimiento público, en marzo de 2004 se anunció que Telefónica Móviles de España ha adquirido los activos en Latinoamérica de BellSouth Internacional. Así, y como consecuencia de lo anterior, BellSouth sería de propiedad de Telefónica Móviles. Ello origina que la concentración de mercado que ambas empresas mantienen sea del orden del 74%, lo cual determina una posición de dominio en el mercado de los servicios públicos móviles.

Los efectos perniciosos de esta posición de dominio podrían ser aliviados mediante la regulación de un cargo de terminación en red móvil que empiece por su establecimiento en dicha red, para a futuro tender a la unificación gradual de los mismos.

Como lo hemos mencionado cuando nos referimos a la eficiencia de las decisiones que deben regir la actuación de OSIPTEL, vimos como la falta de regulación de los cargos de terminación en redes grandes traen no sólo perjuicios a los operadores pequeños, por uso inadecuado de la externalidad de red que se traduce en las tarifas on net, sino para la industria en general.

Es importante reiterar que Nextel considera necesaria la intervención de OSIPTEL, tal como ha sido expresado en el presente escrito, toda vez que como lo ha reconocido recientemente el propio OSIPTEL y demás organismos reguladores como la OFTEL del Reino Unido y la FCC de los Estados Unidos de Norteamérica, el mercado de terminación de llamadas es un mercado monopólico.



NEXTEL[®]

000023

23/25

Por tanto, la solicitud de Nextel tiene por finalidad que la intervención regulatoria de OSIPTEL corrija los efectos nocivos que un mercado de esa naturaleza acarrea no sólo para la industria sino, incluso y principalmente, para los usuarios finales.

Finalmente, la solicitud de Nextel respecto de que los cargos deban ser fijados en base a costos se encuentra ampliamente sustentada, tal como lo hemos mencionado, en una serie de tratados internacionales (OMC, UIT, CAN) y disposiciones e interpretaciones del propio OSIPTEL

Por las consideraciones antes expuestas, OSIPTEL debe reconducir el proceso y establecer un cargo de terminación de la red que de facto tendría una posición de dominio.

Dicha reconducción puede ser dispuesta por OSIPTEL en base a los principios de informalismo, claridad y eficiencia que informan el procedimiento administrativo y que se encuentran regulados en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo.

POR LO EXPUESTO:

Al Consejo Directivo de OSIPTEL solicitamos dar trámite al presente recurso de reconsideración, declarando la nulidad de la Resolución No. 033-2004-CD/OSIPTEL por las causales antes señaladas; o, en su defecto, que revocar la Resolución a fin de declarar fundada la petición acumulada de Nextel para que se fije un cargo único de interconexión en redes móviles y, tal como lo establece el reglamento de interconexión aprobado mediante Resolución de Presidencia No. 001-98-CD/OSIPTEL, orientado a costos; o, en defecto de esto último, revocar la Resolución a fin de declarar fundada la petición de Nextel únicamente en el extremo referido a que se fije un cargo de terminación en red móvil orientado a costos y que, como

NEXTEL®

000024

24/25

consecuencia de ello, con base a las facultades otorgadas por la ley a OSIPTEL, y teniendo en cuenta el nuevo escenario de concentración en el mercado móvil, dicho cargo se fije orientado a costos de manera asimétrica en la modalidad de cargo tope sólo para la empresa con posición de dominio en el mercado de los servicios móviles.

PRIMER OTROSÍ DECIMOS:

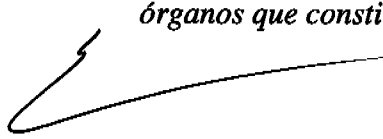
Que, toda vez que el propio OSIPTEL ha señalado en el numeral 3.1 de la Resolución, "Alcance del Numeral 48 de los Lineamientos respecto del cargo único", que el concepto de cargo único se encuentra limitado a que este cargo de interconexión no diferencie en función de la llamada ni tampoco en función de la modalidad de las llamadas, OSIPTEL proceda de manera inmediata y mientras se resuelve el presente recurso impugnativo a unificar el cargo de terminación en las redes móviles de TIM, BellSouth, Telefónica Móviles y Nextel en US\$0.2053.

SEGUNDO OTROSÍ DECIMOS

Que, al amparo de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 3 de la Ley 27838 solicitamos se sirva disponer la publicación del texto completo del presente recurso de reconsideración en la página web de OSIPTEL.

TERCER OTROSÍ DECIMOS:

Que siendo el Consejo Directivo de OSIPTEL un órgano que no se encuentra sujeto a subordinación jerárquica, la nulidad de sus propias resoluciones debe ser declarada por sí mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 11.2 del la Ley No. 27444. Asimismo, debemos indicar que el presente recurso de reconsideración no requiere de nueva prueba, en virtud de lo establecido en el artículo 208 de la Ley No. 27444, la cual establece que "(...) en los casos de actos administrativos emitidos por órganos que constituyen instancia única no se requiere nueva prueba (...)".



000025


NEXTEL®

25/25

CUARTO OTROSÍ DECIMOS:

Que, basado en el estudio de costos de Analysys, la Resolución señala que *“de acuerdo a la información presentada por Nextel, ésta empresa sólo estaría brindando sus servicios a 9 departamentos a partir del 2004 manteniéndose dicha cobertura hasta el 2047”*. Al respecto debemos aclarar que, como es de conocimiento de OSIPTEL, Nextel viene tramitando desde el 13 de octubre de 2003 una solicitud para la expansión del área de su concesión a nivel nacional. Ello evidentemente descarta la presunción recogida en la Resolución y en el Informe en el sentido que Nextel pretenda mantener inalterada la cobertura de su servicio en el Perú por los próximos cuarenta y tres años.

Lima, 29 de abril de 2004


Cayetana Aljovín Gazzani
Registro CAL No. 21154



