


A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PRESENTADO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 154-2011-CD/OSIPTEL QUE FIJÓ LOS CARGOS DE INTERCONEXIÓN TOPE POR ACCESO A LA PLATAFORMA DE PAGO.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00002-2009-CD-GPR/IX
FECHA	:	LIMA, 10 DE FEBRERO DE 2012.

		Cargo	Nombre	Firma
		Especialista de Costos e Interconexión	Elías Ruiz	
		Especialista de Costos e Interconexión	Alejandro Pórcel	
		Especialista de Costos e Interconexión	José Muñoz	
		Apoyo en Temas Económicos de Costos e Interconexión	María Ochoa	
		Abogado Especialista en Políticas Regulatorias	Pabel Camero	
		Analista de Costos e Interconexión	Juan Garro	
REVISADO POR	:	Subgerente Técnico (E)	Manuel Muñoz	
APROBADO POR	:	Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia (E)	Jorge Nakasato	

CONTENIDO

I. OBJETIVO.....	3
II. ANTECEDENTES.....	3
III. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO.....	9
III.1. PROCEDENCIA DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS.	9
III.2. NATURALEZA DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA.	10
III.3. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 154-2011-CD/OSIPTEL.	12
IV. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.	13
IV.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO CARECERÍA DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VIGENTE.	13
IV.2. LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA SERÍA CONTRARIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, AL ESTABLECER UN CARGO QUE NO RETRIBUYE LOS COSTOS DEL SERVICIO.	18
<i>4.2.1 Se ha fijado un componente variable, sin tomar en cuenta los costos reales presentados por Telefónica.</i>	<i>19</i>
<i>4.2.2 Se ha fijado un componente fijo, que no cubre los costos en los que se incurre para prestar el servicio de interconexión.....</i>	<i>28</i>
IV.3. LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA INCUMPLIRÍA LA OBLIGACIÓN LEGAL DE VELAR POR EL CABAL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN.	34
V. CONCLUSIONES.....	36
VI. RECOMENDACIÓN.	37

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 3 de 37

I. OBJETIVO.

El objetivo del presente informe es emitir pronunciamiento sobre el Recurso de Reconsideración presentado por Telefónica del Perú S.A.A., contra la Resolución de Consejo Directivo Nº 154-2011-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de diciembre de 2011, la cual aprobó los Cargos de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago y los cargos de interconexión tope diferenciados según resultarán aplicables.


II. ANTECEDENTES.

Una de las principales funciones del OSIPTEL, en el marco de la generación de medidas regulatorias orientadas a generar un mayor bienestar en los usuarios, a través de una mayor expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, es la regulación de ciertas variables que tienen un significativo impacto en el desempeño del mercado, y por ende en la tarifa final a los usuarios. Este es el caso de los cargos de interconexión que deben pagarse entre operadores, cuya regulación cumple un rol fundamental en la expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones a nivel nacional.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el inciso g) del Artículo 8º de la Ley Nº 26285, el OSIPTEL tiene asignadas, entre otras, las funciones relacionadas con la interconexión de servicios en sus aspectos técnicos y económicos.

El Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 043-2003-CD/OSIPTEL, publicado el 07 de Junio de 2003 y sus modificatorias (en adelante, TUO de las Normas de Interconexión) define los conceptos básicos involucrados en la interconexión de redes de telecomunicaciones, y establece las reglas técnicas, económicas y legales a las cuales deberán sujetarse: a) los contratos de interconexión que se celebren entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones; y, b) los pronunciamientos sobre interconexión que emita el OSIPTEL.

El inciso 1) del Artículo 4º de los “Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones en el Perú” (en adelante, Lineamientos), aprobados por Decreto Supremo Nº 003-2007-MTC,

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 4 de 37

publicado en el Diario Oficial El Peruano el 02 de Febrero de 2007, reconoce que corresponde al OSIPTEL regular los cargos de interconexión y establecer el alcance de dicha regulación, así como el detalle del mecanismo específico a ser implementado, de acuerdo con las características, la problemática de cada mercado y las necesidades de desarrollo de la industria.

Asimismo, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 123-2003-CD/OSIPTEL, publicada el 25 de Diciembre de 2003, se aprobó el “Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope” (en adelante, Procedimiento), el que señala, entre otros, que un Inicio de Procedimiento para la fijación de cargos de interconexión tope puede ser promovido de oficio por parte del OSIPTEL o a solicitud de los operadores.

Es así que, después de evaluar la información proporcionada por los concesionarios en respuesta a los requerimientos realizados, y de analizar los indicios identificados por el OSIPTEL, este organismo, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 076-2009-CD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial El Peruano el 08 de Enero de 2010, dispuso dar inicio al procedimiento de oficio para el establecimiento del “Cargo de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago”, en virtud de lo establecido por el Artículo 7º del Procedimiento. Cabe indicar que Telefónica Móviles S.A. presentó un recurso de reconsideración contra la referida resolución, el cual fue declarado improcedente mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 020-2010-CD/OSIPTEL.

La Resolución de Consejo Directivo Nº 076-2009-CD/OSIPTEL otorgó a los operadores que proveen acceso a su plataforma de pago a terceros operadores, un plazo máximo de cincuenta (50) días hábiles para la presentación de sus propuestas de cargo de interconexión tope por acceso a sus plataformas de pago, conjuntamente con el estudio de costos correspondiente que incluya el sustento técnico-económico. Posteriormente, a solicitud de los operadores, mediante Resoluciones de Presidencia Nº 030-2010-PD/OSIPTEL y Nº 060-2010-PD/OSIPTEL, se amplió el referido plazo en un total de cincuenta (50) días hábiles adicionales.

De esta manera, Americatel Perú S.A. (en adelante, Americatel) mediante carta C.241-2010-GAR recibida el 18 de Mayo de 2010, América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, América Móvil) mediante carta DMR/CE/Nº 500/10 recibida el 01 de Junio de 2010, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica) mediante carta DR-107-C-


0766/CM-10 recibida el 01 de Junio de 2010, Telefónica Móviles S.A. (en adelante, Telefónica Móviles) mediante carta TM-925-A-161-10 recibida el 01 de Junio de 2010 y Nextel del Perú S.A. (en adelante, Nextel) mediante carta CGR-1339/10 recibida el 02 de Junio de 2010, presentaron al OSIPTEL sus propuestas de cargos de interconexión tope por acceso a sus plataformas de pago, conjuntamente con los estudios de costos correspondientes.

Cabe indicar que, en el proceso de evaluación de dichas propuestas de cargos de interconexión tope remitidas al OSIPTEL y de los modelos de costos correspondientes, se identificaron diversos aspectos que requerían el sustento, aclaración y ampliación de información por parte de los citados operadores, en atención a lo cual se realizaron los requerimientos de información correspondientes. Dichos operadores solicitaron ampliaciones del plazo otorgado para atender dichos requerimientos, argumentando que resultaban necesarios para concluir con la recopilación y análisis de la información solicitada, ampliaciones que les fueron otorgadas.

Es importante señalar que los requerimientos de información que se mencionan en el párrafo anterior constituían un insumo esencial para la culminación del análisis de las propuestas de cargos de interconexión tope remitidos por los operadores, en virtud de lo cual, mediante Resolución de Presidencia Nº 112-2010-PD/OSIPTEL se amplió en noventa (90) días hábiles, el plazo establecido para que el OSIPTEL evalúe las propuestas presentadas y publique su propuesta de Cargo de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago, para recibir los comentarios correspondientes. Dicho plazo se empezó a computar a partir del 02 de Setiembre de 2010.

Luego de revisar la información remitida por los operadores en atención a los requerimientos señalados, se determinó que no toda la información entregada había considerado el nivel de detalle requerido para la adecuada evaluación de los modelos de costos, razón por la cual, se realizó un nuevo requerimiento a los operadores que presentaron propuestas. Los operadores solicitaron una vez más la ampliación de los plazos otorgados para concluir con la recopilación de la información solicitada. Dichas solicitudes de ampliación fueron evaluadas y atendidas según la complejidad de la información requerida.

En virtud de lo señalado en el párrafo anterior, mediante Resolución de Presidencia Nº 152-2010-PD/OSIPTEL se amplió adicionalmente en quince (15) días hábiles, el

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 6 de 37

plazo establecido en el numeral 2 del artículo 7º del Procedimiento para que el OSIPTEL publique para comentarios, su propuesta de Cargo de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago. Dicho plazo se empezó a computar a partir del 01 de Diciembre de 2010.

Mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 011-2011-CD/OSIPTEL, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 21 de Enero de 2011, se dispuso la publicación para comentarios, del Proyecto de Resolución mediante el cual se establecerán los Cargos de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago, conjuntamente con su Exposición de Motivos. Dicha resolución otorgó un plazo de treinta (30) días calendario para que los interesados remitan por escrito sus comentarios y convocó a Audiencia Pública para el día 25 de Febrero de 2011. La propuesta publicada estuvo sustentada en el Informe Nº 768-GPRC/2010, publicado en la página web del OSIPTEL.

Por medio de la comunicación múltiple C.032-CC/2011 remitida el 19 de Enero de 2011, se notificó a los operadores, la Resolución de Consejo Directivo Nº 011-2011-CD/OSIPTEL conjuntamente con la información relevante, para el análisis del proyecto y la presentación de los comentarios que estimasen conveniente.

El 04 de Febrero de 2011, Telefónica Móviles solicitó un plazo de treinta (30) días calendario adicional al plazo otorgado por la Resolución de Consejo Directivo Nº 011-2011-CD/OSIPTEL, ratificando su pedido el 08 de Febrero de 2011, pero solicitando un plazo de cincuenta (50) días calendario adicional al plazo mencionado. Por su parte, el 07 de Febrero de 2011, Telefónica solicitó un plazo de cincuenta (50) días calendario, adicionales al plazo otorgado.

Considerando la importancia de que los operadores puedan realizar la revisión adecuada del Informe Sustentatorio y los modelos de costos que les fueron notificados por el OSIPTEL, se consideró pertinente otorgar un plazo adicional para la formulación de comentarios al proyecto publicado, teniendo en cuenta la importancia para el mercado, de la referida regulación. Por tal motivo, mediante Resolución de Consejo Directivo Nº 017-2011-CD/OSIPTEL se otorgó un plazo de treinta (30) días calendario para que los interesados remitan por escrito sus comentarios y se modificó la fecha de la Audiencia Pública para el día 28 de Marzo de 2011, fecha en la que se llevó a cabo la Audiencia Pública descentralizada y simultánea en las ciudades de Lima, Trujillo, Arequipa y Ayacucho.

En atención a los comentarios evaluados y las modificaciones realizadas a la propuesta publicada para comentarios, el OSIPTEL consideró conveniente la realización de una nueva publicación, para comentarios, del Proyecto de Resolución mediante el cual se establecerán los cargos de interconexión tope por acceso a plataforma de pago, lo que se llevó a cabo el 28 de Julio de 2011, mediante la publicación de la Resolución de Consejo Directivo N° 098-2011-CD/OSIPTEL.

A pedido de los operadores, quienes solicitaron una extensión del plazo para la remisión de comentarios, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 111-2011-CD/OSIPTEL, se dispuso ampliar el plazo para comentarios a la nueva propuesta del OSIPTEL, convocándose a Audiencia Pública en la ciudad de Lima, para el día 21 de Setiembre de 2011.

Luego de la revisión y análisis de los comentarios formulados al proyecto publicado, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de Diciembre de 2011, se establecieron los Cargos de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago. Dichos cargos tope se muestran a continuación:

Cuadro N° 1**CARGOS DE INTERCONEXIÓN TOPE POR ACCESO A LA PLATAFORMA DE PAGO ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN N° 154-2011-CD/OSIPTEL**

Operador	Cargos de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago	
	Componente Fijo (US\$ por minuto, sin incluir IGV)	Componente Variable (%) *
América Móvil Perú S.A.C.	0.0014	10.11%
Nextel del Perú S.A.	0.0021	12.20%
Telefónica Móviles S.A.	0.0017	9.22%
Telefónica del Perú S.A.A.	0.0046	12.00%
Americatel Perú S.A.	0.0027	12.00%
Eventual operador entrante del servicio público móvil	0.0021	12.20%
Resto de operadores que provean acceso a sus plataformas de pago	0.0027	12.00%

(*) Porcentaje a aplicar al monto de las comunicaciones cursadas a través de la tarjeta.

Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia - OSIPTEL.

La referida resolución también estableció los cargos de interconexión diferenciados a los operadores que habían presentado propuestas de cargo de interconexión tope en cumplimiento de la Resolución de Consejo Directivo N° 038-2010-CD/OSIPTEL, y que además, proveen el acceso a sus plataformas de pago. Dichos cargos de interconexión diferenciados se muestran a continuación:

Cuadro N° 2**CARGOS DE INTERCONEXIÓN DIFERENCIADOS POR ACCESO A LA PLATAFORMA DE PAGO ESTABLECIDOS EN LA RESOLUCIÓN N° 154-2011-CD/OSIPTEL**


Cargos de Interconexión Diferenciados	Cargos Urbanos		Cargos Rurales	
	Componente Fijo (US\$/min. sin IGV)	Componente Variable (%) *	Componente Fijo (US\$/min. sin IGV)	Componente Variable (%) *
América Móvil Perú S.A.C.	0.00140	10.11%	0.00044	10.11%
Nextel del Perú S.A.	0.00210	12.20%	0.00067	12.20%
Telefónica Móviles S.A.	0.00170	9.22%	0.00054	9.22%
Telefónica del Perú S.A.A.	0.00462	12.00%	0.00146	12.00%

(*) Porcentaje a aplicar al monto de las comunicaciones cursadas a través de la tarjeta.

Elaboración: Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia - OSIPTEL.

De otro lado, mediante comunicación recibida por el OSIPTEL el 05 de Enero de 2012, Telefónica presentó Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, Recurso de Reconsideración), que aprobó los Cargos de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago, y cargos de interconexión diferenciados en los casos que resultó aplicable lo que se encuentra dentro del plazo perentorio de quince (15) días hábiles para interponer recurso administrativo, según lo establecido por el Artículo 207° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 publicada en el Diario Oficial El Peruano el 11 de abril de 2001 y modificatorias (en adelante, LPAG).

El plazo máximo para que el OSIPTEL emita pronunciamiento sobre el mencionado Recurso de Reconsideración es el 20 de Febrero de 2012, considerando el plazo de treinta (30) días hábiles que establece el Artículo 207° de la LPAG anteriormente citado, para resolver los recursos administrativos; y lo dispuesto en el Artículo 1° del Decreto de Urgencia N° 099-2009 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de Octubre de 2009, que exceptúa para los casos de resolución de recursos impugnativos, el considerar los días sábados, domingos y feriados no laborables, como días hábiles en

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 9 de 37

el computo del plazo de la Administración Pública para resolver dichos recursos impugnativos.

III. PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO.

III.1. Procedencia de los recursos administrativos.


A fin de analizar la procedencia del recurso presentado, corresponde analizar los casos en los que procede la interposición de los recursos administrativos dentro del marco de lo establecido por la LPAG y la normativa específica aplicable en materia de interconexión, a efectos de determinar si tales supuestos se configuran en el presenta caso.

Así, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 206.1^[1] del Artículo 206° de la LPAG, los recursos administrativos se interponen frente a actos administrativos que constituyen la violación, el desconocimiento o la lesión del derecho o el interés legítimo de un administrado. En ese sentido, la existencia de un acto administrativo es un presupuesto básico para la interposición de un recurso y, consecuentemente, para determinar su procedencia.

Sin embargo, la administración no sólo emite actos administrativos sino que, además, algunas entidades cuentan con facultades legalmente atribuidas para emitir pronunciamientos de carácter reglamentario, cuyo régimen para ser cuestionado es diferente al que corresponde a un acto administrativo.

En consecuencia, es necesario determinar si la Resolución de Consejo Directivo Nº 154-2011-CD/OSIPTEL ha sido emitida por el regulador en ejercicio de su función normativa, o si se trata de un acto administrativo susceptible de impugnación en esta vía.

¹ “(..)206.1 Conforme a lo señalado en el artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.
(...)”

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 10 de 37

III.2. Naturaleza de la resolución impugnada.

En materia de interconexión, el OSIPTEL cuenta con facultades normativas atribuidas a través del Artículo 72^{o[2]} del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC (en adelante, el TUO de la Ley de Telecomunicaciones). El citado dispositivo legal otorga al OSIPTEL la competencia para emitir normas de carácter general, a efectos de establecer las reglas que garanticen el acceso de los operadores a las distintas redes y servicios de interconexión, y que regulen las condiciones técnicas y económicas a las cuales deben sujetarse los contratos de interconexión, de acuerdo a los principios de neutralidad, igualdad de acceso y no discriminación.

Asimismo, los alcances de la función normativa del OSIPTEL en materia de interconexión son establecidos, además, en el literal c) del Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobada por Ley N° 27332 y sus normas modificatorias; así como en el inciso g) del Artículo 8° de la Ley N° 26285 –Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia-; y en el inciso i) del Artículo 25° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y sus normas modificatorias (en adelante, Reglamento del OSIPTEL).

Al respecto, cabe destacar que en ejercicio de la función normativa, el OSIPTEL somete a consulta pública los proyectos de sus decisiones, en aplicación del principio de transparencia que rige la actuación de este organismo, recogido en el Artículo 7° del Reglamento del OSIPTEL. Adicionalmente, cuando esta función normativa se ejerce con la finalidad de establecer el valor de un cargo de interconexión, el OSIPTEL ha estimado necesario realizar no sólo un proceso de consulta, sino diseñar todo un procedimiento que contiene las etapas y los plazos aplicables, así como las instancias que intervienen en la elaboración de este tipo de decisiones. Este procedimiento, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL (en adelante, el Procedimiento), incluye una etapa de

² "Artículo 72°.- El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en base a los principios de neutralidad e igualdad de acceso, establecerá las normas a que deben sujetarse los convenios de interconexión de empresas. Estas normas son obligatorias y su cumplimiento de orden público."

apertura que tiene por objeto recoger la información sobre cuya base se emitirá el pronunciamiento sobre el cargo de interconexión.

Resulta importante resaltar que el procedimiento especial ha sido instituido en atención a la visión garantista de los derechos del administrado que rige el ordenamiento jurídico peruano, reservando excepcionalmente la posibilidad de cuestionar el valor del cargo de interconexión, únicamente cuando tal valor debe ser aplicado particularmente por una determinada empresa.


Asimismo, de conformidad a lo previsto en el Artículo 11^o^[3] del Procedimiento, la habilitación legal para cuestionar administrativamente una resolución que el OSIPTEL ha emitido en ejercicio de su función normativa general en materia de interconexión, tiene carácter excepcional y está reservada de manera exclusiva y restrictiva al supuesto en el cual se establezcan cargos de interconexión tope que sean aplicables a una determinada empresa concesionaria en particular. Únicamente para tales casos, el Procedimiento ha previsto la posibilidad de que dicha empresa determinada -que para este efecto, será quien esté expresamente mencionada con su denominación o razón social en el mismo enunciado dispositivo de la resolución- pueda utilizar, por excepción, un denominado “Recurso Especial”, mediante el cual podrá requerir que este organismo re-evalúe el contenido normativo de su resolución, siendo aplicables para tales efectos las disposiciones contenidas en la LPAG respecto del recurso de reconsideración.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la citada disposición habilita la posibilidad de impugnar las resoluciones del OSIPTEL que fijan valores tope para los cargos de interconexión que cobra una empresa en particular, a través de un recurso especial que puede ser interpuesto por dicha empresa^[4].

Dicho lo anterior, se tiene que la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL ha sido emitida en ejercicio de las facultades normativas del OSIPTEL, estableciendo los cargos de acceso a plataforma de pago de una

³ “Artículo 11°.- Frente a las resoluciones que establezcan cargos de interconexión tope que sean aplicables en particular para una determinada empresa, 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 operadora involucrada podrá interponer recurso especial ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, el cual se regirá por las disposiciones establecidas por la LPAG para el recurso de reconsideración.”

⁴ Esta es precisamente la disposición regulatoria que Telefónica invoca como fundamento legal para interponer su recurso impugnativo contra la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL.

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 12 de 37

empresa en particular, los cuales se registrarán de acuerdo a las condiciones señaladas en la citada disposición normativa.


III.3. Procedencia del recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL.

De acuerdo a lo antes señalado, el contenido normativo de la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL comprende el establecimiento de una regulación específica de cargos de interconexión tope por acceso a plataforma de pago, que es aplicable en particular y de manera determinada para Telefónica; siendo así que esta empresa se encuentra habilitada para interponer recurso especial exclusivamente contra los extremos de dicha resolución que le afecten directamente.

En ese sentido, habiéndose verificado el cumplimiento de los plazos y requisitos establecidos en los artículos 207° y 211° de la LPAG, debe considerarse procedente el recurso impugnatorio interpuesto por Telefónica mediante su escrito de fecha 05 de enero de 2012; y en consecuencia, corresponde analizar las pretensiones y los respectivos argumentos que la recurrente plantea en dicho recurso.

Por otro lado, cabe advertir que la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL ha establecido al mismo tiempo la regulación de los cargos de interconexión tope por acceso a plataforma de pago de las empresas operadoras América Móvil, Nextel, Telefónica Móviles y Americatel, así como la correspondiente regulación que será aplicable al resto de operadores que provean dicha prestación de interconexión y las potenciales empresas operadoras entrantes al mercado de servicios.

Al respecto, habida cuenta que las otras empresas concesionarias mencionadas no han impugnado la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, debe entenderse que, en relación a ellas, dicha decisión ha quedado firme en todos los extremos no comprendidos en el presente procedimiento recursivo y específicamente en lo referido a la regulación establecida para los correspondientes cargos tope por acceso a plataforma de pago.

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 13 de 37

IV. EVALUACIÓN DE LOS ARGUMENTOS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

IV.1. El acto administrativo impugnado carecería de los requisitos de validez establecidos en la normativa vigente.


“La resolución impugnada carece de los requisitos de validez establecidos en la normativa vigente, principalmente debido a que no se ha cumplido con motivar debidamente la decisión tomada, generando que Telefónica no pueda ejercer debidamente su derecho de defensa y por tanto, no se cumpla con el principio del debido procedimiento que debe regir todo proceso administrativo.

Lamentablemente, en este caso no se ha cumplido con motivar de una manera adecuada la Resolución Impugnada, dado que únicamente se ha notificado una copia simple de la misma. No se ha cumplido con alcanzarnos copia del Informe que sustenta la Resolución Impugnada, y lo que resulta peor, no se ha cumplido con remitir copia del modelo de costos que incluye el cálculo del cargo de plataforma determinado, documento esencial para poder ejercer nuestro derecho de defensa.

Telefónica, alega en su recurso que, si bien el no haber cumplido con el deber de motivación por sí mismo constituye una contravención a los requisitos de validez del acto administrativo que genera la nulidad del mismo; este hecho genera además que la Resolución Impugnada se aparte de los principios del procedimiento administrativo contemplados en la LPAG, generando una contravención a los derechos de los que es titular Telefónica.

Afirma que, al no haber permitido que Telefónica cuente con el modelo de costos que incluye los cálculos efectuados para determinar el cargo tope, no se le habría permitido ejercer debidamente su derecho de defensa, contraviniendo de tal forma los principios del debido procedimiento y el principio de predictibilidad contemplados en el Artículo IV de la LPAG.

Esta empresa manifiesta que, a fin de evitar la vulneración de este requisito de validez procedió a solicitar mediante carta Nº DR-107-C-1879/CM-11, que se le

	DOCUMENTO	N° 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 14 de 37

remita la información faltante. Al respecto, señala que hasta la fecha de la interposición de su recurso no has sido notificada con la documentación requerida.

Asimismo, indica que a fin de salvaguardar sus derechos, accedieron a la página web del OSIPTEL, donde pudieron encontrar copia del Informe Sustentatorio N° 628-GPRC/2011.

Por tanto, solicita al Consejo Directivo que a fin de evitar la vulneración a la normativa vigente, disponga la emisión de una nueva Resolución de fijación del cargo de plataforma, que sea notificada debidamente a Telefónica, incluyendo la motivación correspondiente, y que establezca que el cargo tope aplicable a Telefónica que fije la misma entrará en vigencia una vez se efectúe la nueva notificación.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, contrariamente a lo manifestado por Telefónica, resulta evidente que esta empresa sí tuvo conocimiento oportuno del Informe Sustentatorio N° 628-GPRC/2011 (en adelante, el Informe Sustentatorio) así como de la versión final del Modelo de Costos. En efecto, al emitirse la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, conforme a lo dispuesto en su Artículo 7°, dicha resolución fue publicada en la página web institucional del OSIPTEL conjuntamente con su Informe Sustentatorio, el cual forma parte integrante de la misma y de su motivación. En ese sentido, desde el 13 de diciembre de 2011, fecha en que Telefónica fue debidamente notificada con la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, dicha empresa tuvo pleno e inmediato acceso al contenido completo del Informe Sustentatorio con sólo acceder a la página web del OSIPTEL, la cual constituye el Portal Electrónico Oficial de esta entidad pública.

Esto último, es decir, que Telefónica si tuvo conocimiento del Informe Sustentatorio, se pone de manifiesto, en la medida que la recurrente en su propio recurso (página 17) de manera expresa, manifiesta su posición respecto del “Informe Sustentatorio Final de GPRC” en el extremo referido a la utilización del promedio de los otros operadores debido a que Telefónica no presentó información debidamente sustentada. De la misma manera, se hace evidente que Telefónica sí tuvo conocimiento de la versión final del modelo de costos, toda vez

que en la página 24 de su recurso hace referencia a que “(...) sobre los aspectos que hemos podido verificar de la documentación a la que hemos tenido acceso (...)”, asimismo, en la página 25 del citado recurso señala: “En el presente caso ha optado por elaborar un modelo de costos sobre la base de los costos reales (...)”.

De lo señalado, resulta evidente que Telefónica, por el grado de detalle de la información descrita, está haciendo expresa referencia a la información contenida en el Informe Sustentatorio y el Modelo de Costos; por tanto, queda acreditado que Telefónica sí tuvo conocimiento oportuno de los documentos antes señalados y por ello ha podido plantear oportunamente su recurso impugnativo ejerciendo plenamente su derecho de defensa en este procedimiento; en consecuencia, no podría alegar afectación alguna a su derecho de defensa, siendo esta una manifestación del debido procedimiento.

Sin perjuicio de lo señalado, y a fin de asegurar de manera efectiva los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, este organismo mediante comunicación C.06-AI/2012, recibida el 09 de enero de 2012, comunicó a Telefónica que el Informe Sustentatorio se encuentra publicado en la página web del OSIPTEL –tal como había sido previsto expresamente en el Artículo 7° de la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, de lo cual Telefónica tenía conocimiento al habersele notificado dicha resolución-. Asimismo, con la referida comunicación C.06-AI/2012, se pone a disposición de dicha empresa un disco compacto –CD- que contiene la versión final del Modelo de Costos aplicable a Telefónica.


Adicionalmente, en virtud de la citada comunicación, se hace de conocimiento de Telefónica que, al publicar y notificar la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, el OSIPTEL no incluye una versión final del Modelo de Costos, siendo que, ya en el Informe Sustentatorio, han quedado descritas de manera expresa y detallada todos los cambios efectuados a dicho Modelo de Costos, el cual fue entregado a las empresas durante la etapa de comentarios del correspondiente proyecto; por lo que, en el extremo, si este organismo consideró pertinente realizar algún cambio a la versión final del Modelo de Costos, Telefónica pudo advertir fácilmente, de la lectura del Informe Sustentatorio que forma parte de la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, las pautas y consideraciones necesarias

efectuadas por el OSIPTEL para realizar los cambios finales menores que se introdujeron respecto del proyecto previamente publicado.

En efecto, a manera de ejemplo, en la Sección VII –Modificaciones realizadas a la propuesta publica por el OSIPTEL- del Informe Sustentatorio N° 361-GPRC/2011 que forma parte de la Resolución N° 098-2011-CD-OSIPTEL que publicó el correspondiente proyecto para comentarios, se establecieron las modificaciones al modelo de costos para el cargo aplicable a Telefónica, así como las pautas y consideraciones necesarias efectuadas por este organismo, a partir del cual cada una de las empresas involucradas podría advertir la información y metodología a seguir, en caso el regulador efectúe algún cambio en la versión final del Modelo de Costos. Siendo ello así, se acredita que Telefónica, en todo momento tuvo conocimiento de la información necesaria y así como de la metodología a seguir sobre la versión final del modelo de costos.

En ese sentido, en el supuesto negado que la no entrega de la versión final del Modelo de Costos hubiera afectado el ejercicio de su derecho de defensa, esta empresa, desde que tuvo conocimiento del modelo de costos, incluso antes del 09 de enero de 2012, contó con el plazo suficiente para que en cualquier momento de este procedimiento recursal, pudiera presentar alegaciones o cuestionamientos respecto de la información contenida en la versión final del modelo de costos, que sean adicionales a lo ya manifestado en su recurso. El no haberlo hecho así permite ratificar una vez más que Telefónica sí contó con toda la información suficiente y necesaria que le ha permitido interponer oportunamente su recurso y plantear allí todas sus alegaciones sobre la decisión normativa adoptada por el OSIPTEL.

De esta manera, se considera que, contrariamente a lo sostenido por Telefónica, la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL fue debidamente motivada con el Informe Sustentatorio N° 628-GPRC/2011, habiendo quedado demostrado que efectivamente esta empresa tuvo a su disposición la información suficiente y necesaria para poder ejercer debidamente su derecho de defensa, garantizando de esta manera el ejercicio de este derecho para exponer sus argumentos sobre la base de la información y documentación que han servido de motivación para

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 17 de 37


tomar la decisión adoptada por el regulador. Esto último, en estricto cumplimiento de lo previsto por el Principio del Debido Procedimiento, previsto en la LPAG.

En ese sentido, al no existir situación alguna de indefensión, que suponga la contravención a los derechos de los que es titular Telefónica, en especial su derecho de defensa, se debe ratificar la plena validez legal de la Resolución Nº 154-2011-CD/OSIPTEL.

Cabe señalar que el elemento central de la alegación de indefensión de Telefónica, es el hecho de no haber tenido conocimiento del Informe Sustentatorio y del modelo de costos, documentos que conforme ya se ha señalado, Telefónica tuvo pleno conocimiento pudiendo incluso manifestar su posición al respecto de algún cuestionamiento no realizado respecto de la versión final del modelo de costos. Cabe indicar que, Telefónica en el recurso materia de análisis describe de manera detallada su posición acerca del cuestionamiento de un componente variable que cubra los costos del servicio prestado y un componente fijo que se enmarque dentro de la normativa vigente, aspectos que serán analizados en un rubro específico del presente informe. Debido a ello, a través de su impugnación Telefónica obtendrá, dentro del mismo procedimiento, el pronunciamiento de OSIPTEL sobre el fondo de esta alegación; con lo cual deviene en innecesaria e insustentable una declaración de nulidad⁵.

Asimismo, este organismo se ratifica en el extremo referido del recurso de Telefónica, en el sentido que con la decisión adoptada no se está afectando el Principio de Predictibilidad recogido en la LPAG, puesto que la metodología adoptada, así como los criterios aplicados en el presente procedimiento han permitido tener certeza de cuál sería el resultado final por parte del OSIPTEL. Efectivamente, de la revisión de dicho procedimiento se advierte que este regulador, tanto en la etapa de comentarios así como en la decisión final adoptada, puso en conocimiento de Telefónica, así como de las otras empresas involucradas en ese procedimiento y del público en general, la información que ha

⁵ Razonamiento análogo al expresado por el Tribunal Constitucional del Perú en su sentencia del 30 de setiembre de 2004 (expediente Nº 1863-2004-AA/TC) al señalar: "El Tribunal Constitucional no considera que los hechos descritos evidencien la vulneración al derecho de defensa del recurrente, toda vez que nunca estuvo en un real estado de indefensión, puesto que pudo ejercer los medios impugnatorios en la vía administrativa, conforme consta de autos (...)", lo cual es ratificado en la resolución del 12 de octubre emitida dentro del mismo expediente.

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 18 de 37

servido de sustento para dicha decisión, garantizándose en todo momento el derecho de las empresas involucradas a ejercer su derecho de defensa.

Por lo expuesto, y conforme se ha evidenciado, no ha existido vulneración alguna de los principios administrativos a que hace mención Telefónica, que amerite la emisión de una nueva resolución de fijación del cargo de plataforma de pago por parte de este Consejo Directivo.

IV.2. La resolución impugnada sería contraria al principio de legalidad, al establecer un cargo que no retribuye los costos del servicio.

“La resolución impugnada se aparta del principio de legalidad que debe regir todo acto administrativo, dado que contraviene lo dispuesto en el TUO de Interconexión y los Lineamientos del MTC, al haber establecido un cargo por uso de plataforma que: (i) no retribuye los costos de interconexión, la contribución a costos totales, ni posibilita contar con un margen de utilidad razonable, y (ii) ha dejado de lado la información de costos presentada y probada por Telefónica a lo largo del presente proceso.”

Telefónica alega que los componentes variable y fijo del cargo por plataforma de pago han sido establecidos por la Resolución Impugnada contraviniendo el TUO de las Normas de Interconexión y los Lineamientos del MTC.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, este organismo, sobre la base de una correcta aplicación de lo dispuesto por el artículo 9º de los Lineamientos de Política aprobados por Decreto Supremo Nº 003-2007-MTC (en adelante, los Lineamientos) y lo establecido en el artículo 14^{o[6]} del TUO de las Normas de Interconexión, al no contar con la

⁶ “Artículo 14.- Para los fines de la presente Norma, se entiende que son costos de interconexión los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma.

El costo de la interconexión para cada instalación se define como la diferencia en los costos totales que incluyen la instalación determinada y los costos totales que excluyen dicha instalación, dividida por la capacidad de la instalación.

Para el cálculo de los costos de interconexión, deberá considerarse: (i) el uso de las tecnologías más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos; (ii) un horizonte de tiempo suficiente para que la capacidad se ajuste a los niveles esperados de demanda; (iii) la identificación de los tipos o categorías de costos que se incorporarán en el horizonte de análisis.

información debidamente sustentada por parte de Telefónica, determinó el promedio de los porcentajes pagados por concepto de comisiones por distribución de tarjetas físicas, utilizando como referencia la información de costos presentada por otros operadores.

Por tanto, en este extremo del recurso formulado por Telefónica, se debe ratificar plenamente lo establecido en la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, en la medida que la decisión adoptada por el regulador, resulta consistente con la actuación en el marco de los procedimientos de fijación de cargos.

Asimismo, la aplicación del criterio adoptado resulta una garantía del Principio de Transparencia establecido en el artículo 7° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado mediante Decreto Supremo 008-2001-PCM, ya que la decisión adoptada, consistente en utilizar como referencia información de costos de otras empresas para determinar una variable del cargo de interconexión, constituye un criterio conocible y predecible en el marco de los procedimientos de fijación de cargos.

En ese sentido, la actuación del OSIPTEL se encuentra acorde con lo establecido por el marco normativo aplicable en materia de interconexión, así como con los principios que sirven de lineamientos a la acción del OSIPTEL en el desarrollo y ejercicio de sus funciones; en consecuencia, contrariamente a lo sostenido por Telefónica, no se podría alegar que la decisión adoptada se aparta del Principio de Legalidad previsto en la LPAG.

4.2.1 Se ha fijado un componente variable, sin tomar en cuenta los costos reales presentados por Telefónica.

“Telefónica ha cumplido con probar como parte de este proceso que las comisiones que paga a sus proveedores son superiores al 12% fijado en la Resolución Impugnada.”

El operador indica que en sus comentarios al primer proyecto de cargo, habría probado que pagaba a sus proveedores una comisión de 19% por Tarjetas Hola Perú y 16% por Tarjetas 147, habiendo remitido “(...) los contratos de comercialización que forman parte del expediente”. Adiciona que posteriormente,

mediante carta N° DR-107-C-1002/CM-10, habría informado que las comisiones de algunos proveedores se han incrementado y resultarían “(...) *mayores a los porcentajes antes descritos*”, adjuntando dos facturas emitidas por el operador hacia la empresa AXUR.

El operador señala que el fijar un valor utilizando otros operadores como referencia no resultaría un procedimiento correcto porque su servicio tiene las siguientes características particulares: (i) utiliza principalmente tarjetas físicas con costos (distribución y almacenamiento) superiores al de las tarjetas virtuales, (ii) tiene niveles de satisfacción mayores al 95%, y (iii) la distribución de tarjetas es realizada por 10 distribuidores a nivel nacional, resultando en una capilaridad mayor que otros operadores.

Sobre el mismo punto señala que los motivos por los cuales los porcentajes se han incrementado ya han sido explicados y que son generados por la entrada en vigencia del Área Virtual Móvil, ocasionando una disminución del tráfico de tarjetas prepago, y requiriendo un incentivo a sus distribuidores mediante el aumento en el porcentaje de comisión. Adiciona que dichos porcentajes adicionales (bonos o bonificaciones) no forman parte del componente variable propuesto.

En base a lo anteriormente mencionado, el operador afirma que el valor establecido no sólo desconoce los niveles contractuales con los comisionistas sino que además desconoce los bonos y bonificaciones otorgados para “(...) *impulsar la generación de un tráfico que viene cayendo*” y que dichos bonos también debería ser reconocidos como parte del componente variable.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

El OSIPTEL se reafirma en su posición que durante el procedimiento, el operador no ha acreditado el valor propuesto para el componente variable (32.73%). En efecto:

- El operador señala que presentó contratos firmados. En realidad presentó un formato en blanco sin fecha, ni nombre de comercializador, ni firma, en el cual figuran valores distintos (19% y 16%) al propuesto; tal como se aprecia en la Figura N° 1.

Figura N° 1

FORMATO EN BLANCO DE CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN

CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE TARJETAS

I. DATOS DE TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. ("Telefónica")

Razón social: Telefónica del Perú S.A.A.
RUC: 20100017491
Domicilio: Av. Arequipa 1155, Santa Beatriz, Lima.
Representante Legal: Verónica Mizushima Oshiro
DNI: 07885581
Poderes inscritos en el asiento de la partida electrónica No. 11015766 de los Registros Públicos de Lima.

II. DATOS DEL COMERCIALIZADOR ("Comercializador")

Apellidos y nombres/razón social.....
DNI/carné de extranjería/carné de identidad/RUC.....
Domicilio.....
Correo electrónico.....

Representante Legal.....
DNI/carné de extranjería/carné de identidad.....
Domicilio.....
Poderes inscritos en: Ciudad..... Fecha:..... Ficha..... de los Registros Públicos de

III. DATOS PARTICULARES DEL CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN DE TARJETAS

Plazo.....
Garantías pactadas: Carta Fianza..... Depósito en Garantía.....
Monto de la Garantía:.....
Telefónica entregará equipos de su propiedad: Si..... No.....


IV. DECLARACIONES

El Comercializador, luego de revisar la documentación proporcionada por Telefónica que incluye: el presente contrato; (ii) las condiciones contractuales del servicio de comercialización; y, (iii) los anexos 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7, documentos que forman parte integrante del presente contrato, manifiesta su voluntad de celebrarlo. En caso de existir discrepancias entre lo establecido en dichos documentos, prevalecerán los pactos contenidos en ellos de acuerdo al orden antes especificado.

Firman las partes en señal de conformidad, el de de

TELEFÓNICA

EL COMERCIALIZADOR



Telefónica del Perú S.A.A.
Av. Benavides 661 - Piso 9
Lima 18

ANEXO N° 3
DESCUENTO

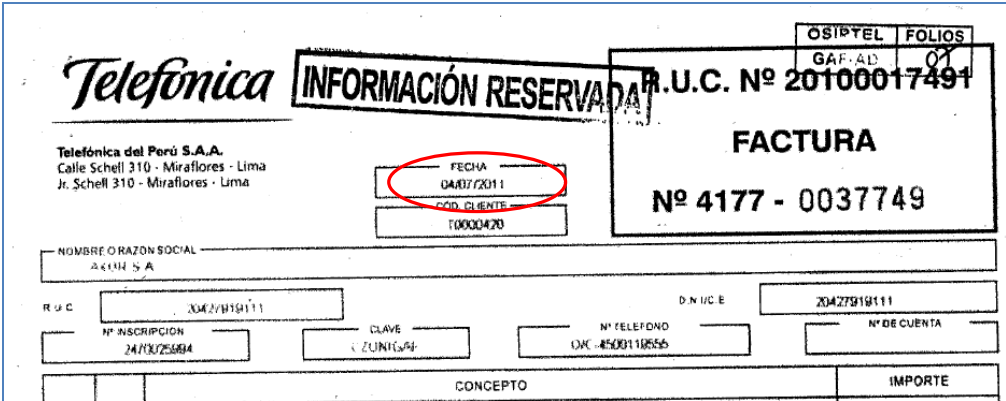
Telefónica otorgará a el Comercializador los siguientes descuentos comerciales por sus compras de tarjetas holaperú y 147:

- Por compra de tarjetas holaperú: **19%** flat, calculado sobre el valor facial de las tarjetas adquiridas.
- Por compra de tarjetas 147: **16%** flat, calculado sobre el valor facial de las tarjetas adquiridas.

El citado documento no prueba la veracidad de los porcentajes de comisión de 19% y 16% señalados por Telefónica, al carecer de eficacia probatoria, dada la ausencia del consentimiento de la otra parte (el comercializador). Asimismo, tampoco sustenta el valor propuesto (32.73%). Por estos motivos, este documento no fue considerado como sustento válido.

- La Figura Nº 2 muestra la factura presentada por el operador como sustento:

Figura Nº 2
FORMATO EN BLANCO DE CONTRATO DE COMERCIALIZACIÓN



La información allí contenida no fue considerada como sustento, dado que corresponde al año 2011, año diferente al de evaluación (2009) considerado en la presente fijación de cargos de interconexión tope por acceso a plataforma de pago.

“Pese a la probanza realizada, la Resolución Impugnada no ha tomado en consideración los costos reales en los que incurre Telefónica, sino que ha fijado un valor sin seguir ningún sustento técnico ni económico.”

El operador señala que el empleo de la información de otros operadores se debe a que no habría presentado información debidamente sustentada, por lo que discrepa de tal afirmación y señala que resultaría contradictoria con el primer informe donde se habría dejado de utilizar su información por estar por encima del promedio de los valores reportados por otros operadores.

Así, señala que no resultaría correcto afirmar que no ha sustentado sus valores y que la existencia de variaciones de porcentajes presentados en el proceso se debe a que cada valor retribuye conceptos particulares (que ya habrían sido explicados). Agrega que para evitar dudas explica los valores presentados a lo largo del proceso: (i) Valor de 32.73%, corresponde al valor establecido por su consultor (27.33%), al cual se adiciona 0.4% por morosidad y 5% por comisión de ventas; (ii) valor de 26.79%, corresponde a un valor intermedio del consultor, al cual se debe agregar 2% por aportes al FIDEL, MTC y OSIPTEL para finalmente obtener el valor propuesto por su consultor de 27.33%; y (iii) valor de 19% y 16%, corresponde a las comisiones pagadas a los distribuidores y fue mostrado sólo para probar que dichas comisiones eran superiores a la propuesta del OSIPTEL del 12%. Respecto a este último punto, el operador adjunta tres contratos firmados y vigentes durante el año 2009, los cuales no incluyen las bonificaciones adicionales otorgadas.

Por otro lado, el operador señala que si el OSIPTEL tenía alguna duda, debió remitir una comunicación solicitando la explicación correspondiente. Adiciona que en este caso se aplica el Principio de Presunción de Veracidad y que, en ejercicio del derecho de defensa, adjuntan como pruebas tres contratos suscritos y firmados con proveedores vigentes al año 2009 donde se demostraría que los niveles de pago por comisión de tarjetas de pago se encontraban en 19% para la tarjeta Hola Perú y 16% para la Tarjeta 147.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Tal como se mencionó en el punto anterior, los documentos presentados por el operador no sustentan el valor del componente variable de su propuesta (32.73%), por el contrario, a lo largo del presente procedimiento ha venido presentando diversos valores que no guardan relación entre sí tal como se muestra a continuación:

- Mediante carta DR-107-C-0766/CM-10 el operador propuso un cargo en dos partes, con **32.73%** como componente variable del cargo, el cual reflejaría el costo por concepto de pago de comisiones a distribuidores de tarjetas. No obstante, en el informe de Frontier Economics, el cual forma parte de su propuesta, el consultor señala, en base a la información proporcionada por el

operador, que el pago de comisiones aplicado a sus distribuidores correspondería a un valor medio de **26.79%** (desagregándose en 27.10% para las Tarjetas 147 y 26.22% para las Tarjetas Hola Perú).

- Mediante carta DR-107-C-0433/CM-10 en la cual el operador presenta sus comentarios al primer proyecto del OSIPTEL, el operador, en lugar de sustentar el valor de su propuesta, adjuntó como Anexo 1.7 un formato en blanco donde figuran conceptos de comisiones a distribuidores los valores siguientes: **19%** por la Tarjeta Hola Perú y **16%** por la Tarjeta 147. Al observarse que no es un contrato suscrito, y que dichos valores difieren de su propuesta original, dicho formato no fue considerado por no ser un sustento válido del porcentaje de comisión de su propuesta (32.73%).
- Mediante carta DR-107-C-1002/CM-10 remite dos facturas de fecha junio 2011 de uno de sus comercializadores, fecha que no corresponde al periodo de evaluación, por lo que no fue considerado en la evaluación como sustento válido.
- Mediante carta DR-107-C-1368/CM-11, en la cual emite comentarios a la segunda publicación de la propuesta del OSIPTEL, el operador cambia nuevamente su posición y solicita considerar como comisión, la presentada por el operador (32.73%). No adjunta documentación que sustente dicho valor.

Como puede notarse, el operador ha venido variando su posición respecto del valor del componente variable sin presentar documentación que lo sustente.

Es preciso resaltar que, a pesar que en sus comentarios al segundo proyecto publicado solicita que se considere el valor de 32.73% (valor de su propuesta), en su Recurso Especial no ha presentado documento que sustente dicho valor, y por el contrario presenta contratos con valores totalmente diferentes (19% y 16%) al de su pedido.

Por otro lado, respecto a la afirmación del operador referida a que el OSIPTEL debió haber solicitado mayor información en caso de dudas, es necesario señalar que los operadores conocen que al presentar su propuesta de cargo y el estudio de costos correspondiente, deben incluir el sustento técnico económico de los

supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada en su estudio tal como lo detalla la normativa vigente.

Así, el numeral 1 del artículo 7° del “Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope” (aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL) establece que:

“(...) la empresa o empresas operadoras notificadas presentarán su propuesta de cargos de interconexión tope conjuntamente con el estudio de costos de los distintos elementos que están comprendidos en cada instalación o servicio de interconexión de que se trate, incluyendo el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada en su estudio. (...)”
(subrayado agregado).

Asimismo, el artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2009-CD/OSIPTEL que dispone el inicio del presente procedimiento de fijación de cargo de interconexión, estableció que:

“Artículo 2°.- Otorgar a las empresas concesionarias que proveen a terceros operadores la prestación referida en el artículo anterior, un plazo de cincuenta (50) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la presente resolución, para que presenten su propuesta de cargo de interconexión tope por acceso a su plataforma de pago, conjuntamente con el estudio de costos correspondiente, incluyendo el sustento técnico económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada en su estudio.” (subrayado agregado).

Por lo tanto, el operador debió haber presentado desde el inicio o en oportunidades posteriores a lo largo del procedimiento, los sustentos correspondientes a los datos, supuestos, cálculos, parámetros, etc., utilizados para obtener su valor propuesto.

“La actuación de GPRC al descartar la información presentada por Telefónica resulta contraria a la normativa vigente, en cuanto a la fijación de cargos de interconexión.”

El operador señala que “(...) *la normativa vigente nacional referida a cargos de interconexión, establece expresamente que los cargos de interconexión deben ser fijados considerando la información de costos que ha sido proporcionada debidamente sustentada por las empresas.*” y que habría cumplido con los requisitos previstos; indicando que la Resolución Impugnada estaría contraponiéndose al Principio de Presunción de Veracidad y contraviniendo el Principio de Legalidad “(...) *porque se estaría adoptando una decisión contraria al marco legal vigente.*”.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto debemos indicar que el artículo 9° de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en Perú, aprobados mediante Decreto Supremo N° 003-2007-MTC, señala que:

“Para establecer los cargos de interconexión tope o por defecto, se obtendrá la información sobre la base de:

a) La información de costos y de demanda, con su respectivo sustento, proporcionados por las empresas.

(...)” (subrayado agregado).

Tal como ha sido indicado en los diferentes procedimientos de fijación y revisión de cargos, la normativa no establece que la información del operador deba ser utilizada tal cual es presentada, sino que el regulador se debe basar en esta información para obtener aquella que sea necesaria y eficiente para el análisis que viene desarrollando, siempre y cuando dicha información se encuentre debidamente sustentada.

Como ha sido demostrado en los diferentes informes, en el presente procedimiento el operador no ha sustentado todos los costos propuestos, correspondiendo muchos de ellos a tecnologías que no son las más eficientes desde el punto de vista técnico y económico.

En ese orden de ideas, no se podría alegar la vulneración del Principio de Verdad Material previsto en el numeral 1.11 del artículo IV de la LPAG, puesto que la

información de costos remitida por Telefónica no ha sido debidamente sustentada; no siendo posible la verificación de los porcentajes de comisión indicados por dicho operador.

Al pretender que se le reconozcan todos los costos presentados, el operador desconoce lo señalado por el artículo 14° del TUO de las Normas de Interconexión que establece que:

“(...)

Para el cálculo de los costos de interconexión, deberá considerarse: (i) el uso de las tecnologías más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos (...)” (subrayado agregado).

En consecuencia, utilizar como base la información del operador, no implica utilizar íntegramente sus costos en el cálculo del cargo, sino, identificar aquellos costos eficientes que estén involucrados en la prestación de la instalación esencial que se está analizando.

“...solicitamos al Consejo Directivo se sirva evaluar nuevamente este tema y establezca como componente variable un valor que se encuentre acorde con los costos reales en los que incurre TELEFONICA para la prestación del servicio.”

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

De lo expuesto en este informe, y de manera similar a lo sucedido a lo largo del procedimiento, en el presente Recurso Especial el operador no presenta documento alguno que sustente el valor del componente variable de su propuesta (32.73%). Tampoco ratifica este valor ni señala cuál debería ser el valor que considera adecuado, solicitando que sea el OSIPTEL el que establezca el componente variable, acorde con los costos reales en los que incurre.

Tal como ya ha sido expuesto a lo largo de este informe y de los informes sustentatorios, las variaciones en los valores que el operador ha ido presentando a lo largo del procedimiento demuestran una falta de certeza en su valor

propuesto, de allí que el OSIPTEL optó por utilizar información del mercado para determinar el componente variable correspondiente, cálculo que fue expuesto en el Informe N° 628-GPRC/2011, y cuyo resultado fue de 12%. Valor que resulta acorde con los valores de los demás operadores que prestan la misma instalación esencial.

Por los motivos expuestos, el OSIPTEL se ratifica en el valor establecido para dicho componente variable del cargo (12%).

4.2.2 Se ha fijado un componente fijo, que no cubre los costos en los que se incurre para prestar el servicio de interconexión.

“Consideramos que el principal problema que se presenta es que al momento de elaborar el modelo de costos, GPRC no ha seguido las especificaciones que la normativa vigente establece para tal efecto”.

El operador señala que los Lineamientos del MTC indican cuál es la información que debe tomarse en cuenta, estableciendo las siguientes alternativas (excluyentes entre sí): (i) Utilizar la información de costos y demanda, proporcionado por las empresas, (ii) Utilizar un modelo de costos de una empresa eficientes, que recoja las características de la demanda y ubicación geográfica reales de la infraestructura; y (iii) Utilizar mecanismos de comparación internacional.

El operador menciona que se habría optado por elaborar un modelo de costos sobre la base de los costos reales proporcionados por las empresas. Dicho modelo habría dimensionado y costado, sin contar con sustento técnico y económico, una plataforma basada en una arquitectura de red inteligente, al considerarla como la opción más eficiente.

Afirma que dicho procedimiento habría generado contradicciones con la propia posición del OSIPTEL, ocasionando que se dejen de tomar en cuenta muchos costos reales en los que incurriría el operador.

El operador señala que el nuevo análisis del OSIPTEL concluye en el requerimiento de más de una (01) plataforma de red inteligente para prestar el

servicio. Tal hecho demostraría que efectuar dimensionamientos como el planteado genera no tener información cierta y que dé seguridad a los operadores.

Por lo anterior, el operador solicita que para la determinación de los costos del componente fijo, se tome en cuenta los costos reales de los operadores, ya queque determinar el costo sobre la base de una única plataforma distorsionaría los costos para la prestación del servicio porque: (i) El dimensionamiento efectuado no cuenta con un debido sustento técnico-económico y (ii) No permitiría recuperar los costos reales incurridos, en particular los costos de enlaces, mantenimiento y nómina.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, tal como ya ha sido señalado, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 14° del TUO de las Normas de Interconexión, para el cálculo de los costos de interconexión, el OSIPTEL considera el uso de las tecnologías más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos. Por tal motivo, al analizar la información reportada por los diferentes operadores se concluyó que la tecnología de plataforma de pago más eficiente en el mercado era aquella basada en una red inteligente; tecnología que viene siendo utilizada incluso por la propia Telefónica para su plataforma Hola Perú.

En efecto, de acuerdo a lo indicado en el punto anterior, no resulta eficiente la existencia de dos tecnologías diferentes para dos plataformas de pago que brindan servicios similares (una plataforma basada en nodo de servicio para las Tarjetas 147 y otra plataforma basada en red inteligente para las Tarjetas Hola Perú), motivo por el cual se excluyó la plataforma basada en nodo de servicio, y se utilizó la demanda de ambas plataformas para determinar el costo asociado a la plataforma basada en red inteligente que soporte ambas demandas.

Asimismo, en concordancia con los Lineamientos del MTC, la determinación del valor del componente fijo del presente cargo se realizó tomando en cuenta los costos presentados por el operador, en la medida que fueron adecuadamente sustentados y respondían a criterios de eficiencia tecnológica. Los demás costos necesarios para la provisión del servicio, fueron tomados del mercado, sobre la base de la información de los demás operadores.

Finalmente debe indicarse que:

- El dimensionamiento efectuado por el OSIPTEL ha tomado en cuenta la información de costos debidamente sustentada técnica y económicamente proporcionado por el operador, así como la información disponible en el mercado.
- El cargo propuesto para el operador está basado en costos eficientes involucrados en la provisión de la instalación esencial, lo que a su vez permite la recuperación de dichos costos por parte del prestador del servicio, y evita el pago de sobrecostos por parte de quienes demandan la instalación esencial.

“No se ha efectuado un adecuado dimensionamiento de las plataformas de pago”

El operador afirma que el OSIPTEL no ha tomado los datos reales presentados, sino que el costeo del servicio ha utilizado una única plataforma "eficiente" para la prestación del servicio. Sobre el particular, el operador manifiesta que está en desacuerdo y que el dimensionamiento no es correcto porque: (i) En la segunda publicación para comentarios se consideraron las tarjetas según su periodo de vigencia y (ii) en sus comentarios, el operador manifestó que el período de vigencia de una tarjeta se inicia mucho antes de la activación por el usuario (el operador reitera que la vida útil de las Tarjetas 147 es hasta un año y medio y tres años para las Tarjetas Hola Perú).

El operador afirma que habría demostrado que aplicando la metodología del OSIPTEL se requeriría cinco plataformas para prestar el servicio. Asimismo, indica que se ha adicionado una “(...) *capacidad de almacenamiento para incluir 30 días antes de la activación por primera vez de la tarjeta, y 30 días posteriores a la finalización de la misma (...)*”. Considera que dicha adición no es adecuada, al no considerar el ciclo de vida de la tarjeta.

Asimismo, el operador afirma que al haber adicionado 2'000,000 licencias al modelo, el OSIPTEL habría reconocido que se requiere una mayor cantidad de módulos de plataforma.

En conclusión, el operador solicita que se verifique que de tomarse en cuenta la información real o aplicando el modelo del OSIPTEL con sus observaciones, se obtendrían dos (02) plataformas; por lo que debe considerarse los costos de dos (02) plataformas.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, tal como se ha indicado anteriormente en el presente informe y en los anteriores informes de sustento, no resulta justificable la necesidad de contar con más de una arquitectura de plataforma de pago, para efectos de determinar los costos eficientes de la provisión del acceso a la plataforma de pago. Asimismo, en la propuesta del OSIPTEL dicha plataforma es dimensionada con el concepto de registros activos, cuya forma de estimación ha tomado en cuenta las precisiones del operador en este tema en particular. El término “registro activo” ha sido explicado adecuadamente por el OSIPTEL y hace referencia a aquellos registros asociados a las tarjetas de pago que hacen uso efectivo de la plataforma de pago y generan tráfico (capacidad de procesamiento de comunicaciones), en tanto que para el operador dicho término se asocia a registros almacenados en la plataforma (capacidad de almacenamiento de pines), desde el pedido de generación de sus pines, hasta 60 días posteriores a la expiración de las mismas, persistiendo en su posición que dicho periodo tendría una duración de tres años y un año y medio para las Tarjetas 147 y Hola Perú, respectivamente.

Como puede apreciarse, **Telefónica confunde la capacidad de almacenamiento de pines de la plataforma de pago con la capacidad de procesamiento de las comunicaciones que realizan los usuarios, usando dicha plataforma.** Esta errónea interpretación del operador lo lleva a pretender que se le reconozca un incremento de capacidad de procesamiento, cuando en realidad lo que requiere es un aumento de capacidad de almacenamiento de la plataforma de pago, aspecto que ya fue tomado en cuenta por el OSIPTEL al momento de realizar los cálculos y el correspondiente costeo de la plataforma.

Se debe precisar que se han tomado en cuenta los argumentos del operador de requerir capacidad adicional para el almacenamiento de la información de las tarjetas que aún no generan tráfico y para ello ha adicionado el costo correspondiente a las licencias necesarias; asimismo, se debe aclarar que el

dimensionamiento realizado, para fines de costeo, sigue manteniendo el empleo del número de registros activos que corresponden a las tarjetas que pueden generar tráfico. Así, dado que Telefónica confunde la “capacidad de almacenamiento de pines” con la “capacidad de procesamiento de comunicaciones”, el ejercicio de dimensionamiento que realizara el operador no es adecuado^[7].

En consecuencia, el OSIPTEL se reafirma en que ha realizado un adecuado dimensionamiento para fines de costeo de la plataforma requerida por Telefónica.

“No se ha incluido el costo total de los Enlaces utilizados para brindar el servicio de plataforma.”

El operador señala que los enlaces conectan la plataforma de pago con alguna de las centrales, y no han sido considerados en otros cargos de interconexión. Así, el operador señala que deben incluirse en el costeo porque tienen un costo real informado y sustentado y que, en caso contrario, se vulneraría sus Contratos de Concesión y la normativa vigente.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, tal como se mencionó en el Informe N° 361-GPRC/2011 y de acuerdo a lo establecido en el marco normativo, se ha utilizado una arquitectura basada en red inteligente como la tecnología más eficiente disponible en el mercado y con la cual se dimensionó las plataformas de los diferentes operadores. En el caso específico de Telefónica, la plataforma de pago basada en red inteligente que fue dimensionada, incluyó la demanda de los dos tipos de tarjeta que el operador ofrece en el mercado (147 y Hola Perú). Teniendo en cuenta lo anterior, cualquier tecnología o arquitectura de plataforma de pago distinta a red inteligente y sus elementos asociados (en este caso particular, los enlaces hacia dicha plataforma), no forman parte de los costos a ser considerados en la determinación del cargo.

⁷ Con su ejemplo, Telefónica pretende que por un tema de “almacenamiento” de pines, en el dimensionamiento se aumente el equipamiento y el número de módulos que “procesan” llamadas. Como analogía, lo que Telefónica pretende argumentar es que para guardar más información en un computador, en lugar de adquirir un disco duro de mayor capacidad, se adquieran 5 computadores para tener la capacidad de almacenaje requerida.

En tal sentido, no resulta aplicable incluir los enlaces hacia la plataforma de pago NAP a los que se refiere el operador, porque dicha plataforma no forma parte de los costos eficientes involucrados en la determinación del cargo.

“No se han considerado los costos reales asociados al mantenimiento de plataforma”.

El operador reitera que su análisis de los precarios considerados les permite afirmar que los costos de mantenimiento corresponderían a sus proveedores en sus niveles 2 y 3, pero consideran adecuado el empleo de los valores presentados en su modelo de costos al tratarse de valores reales.

Asimismo, reitera que se deberían incluir los costos asociados a la nómina de trabajadores de la plataforma, porque son parte de la primera línea de atención y que no estarían incluidos en el precario del OSIPTEL.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, tal como ya fuera detallado en los informes sustentatorios del OSIPTEL, el precario utilizado, el cual se ha obtenido en base a la información de los operadores, incluye todos los costos asociados al mantenimiento de los sistemas entre los cuales se incluye también el personal.

Por lo tanto, no es necesario realizar modificaciones referidas a este punto.

“No se han considerado los costos de retail que forman parte del cargo de plataforma”

El operador menciona que habría verificado que no se incluye ningún costo retail de los servicios que presta (venta de líneas, publicidad, venta de equipos, etc.), debido a que no formarían parte de la estructura de costos del cargo tope.

Al respecto, manifiesta su desacuerdo porque habría indicado que los servicios como la publicidad de las tarjetas prepago está dirigida a que los clientes realicen más llamadas mediante éstas tarjetas, las cuales beneficiarían a terceros por el incremento de tráfico generado. El operador precisa que tal relación entre la

publicidad del operador y el beneficio recibido por terceros originaría que dicho costo se incluya en el cargo que se determine. Por otro lado, respecto de los costos de Atención al Cliente, el operador manifiesta que están asociados a clientes prepago y como tales deben recuperarse a través de todo su tráfico.

En tal sentido solicitan la inclusión de los costos de publicidad y atención al cliente reportados en el cálculo cargo por plataforma.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Al respecto, tal como ya se ha señalado en los informes sustentatorios del OSIPTEL, se reitera que en los diversos procedimientos de fijación o revisión de cargos de interconexión, no se consideran los gastos atribuibles a la venta minorista (llamados también “*retail*”), en razón que dichos gastos no forman parte de los costos involucrados en la prestación de la instalación esencial (en este caso, la plataforma de pago).

IV.3. La resolución impugnada incumpliría la obligación legal de velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión.

“La resolución Impugnada establece un cargo de plataforma que no respeta los costos en los que incurre Telefónica.

(...) Ello genera que a la fecha se presente una vulneración a nuestros contratos de concesión porque los mismos estipulan en su Cláusula 10, literal b, la necesidad de que los cargos de interconexión deberán ser cancelados de acuerdo con cada tipo de servicio de telecomunicaciones y deberán incluir el costo de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y un margen de utilidad razonable

En este caso se está impidiendo el recupero de una parte sustancial de los costos en que incurre Telefónica en la prestación de su servicio, afectando evidentemente el equilibrio financiero de los Contratos de Concesión”.

Telefónica alega que pretender fijar un cargo sin cumplir con la premisa de que los cargos de interconexión deberán ser cancelados de acuerdo con cada tipo de servicio de telecomunicaciones y deberán incluir el costo de interconexión,

contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y un margen de utilidad razonable, genera una afectación directa a sus Contratos de Concesión, hecho que ha sido analizado y verificado por Tribunales arbitrales expertos en la materia.

Tal medida, afirma que está impidiendo el recupero de un parte sustancial de los costos en que incurre Telefónica en la prestación de sus servicios, afectando de esta manera el equilibrio económico financiero de sus Contratos de Concesión.


Asimismo, alega que no se estaría respetando el principio de no discriminación e igualdad de acceso en términos generales y de manera específica en materia de interconexión. Refiere que el tratamiento diferenciado que se pretendería adoptar en contra de Telefónica al no reconocerle los costos variables de prestación del servicio de uso de plataforma (como sí se le reconoce a las otras empresas del mercado) genera una contravención a sus contratos de concesión.

RESPUESTA DEL OSIPTEL:

Conforme se ha señalado anteriormente, ha quedado plenamente acreditado que en el presente procedimiento Telefónica no ha sustentado todos los costos propuestos por esta empresa, correspondiendo muchos de ellos a tecnologías que no son las más eficientes desde el punto de vista técnico y económico.

En ese sentido, al sostener que se le reconozcan todos los costos presentados, Telefónica desconoce lo establecido por el artículo 14° del TUO de las Normas de Interconexión. En efecto, tal como se ha mencionado, utilizar como base la información presentada por la empresa operadora, no implica utilizar íntegramente sus costos en el cálculo del cargo, tal cual lo indique la empresa al regulador, sino que lo que debe hacer el OSIPTEL es identificar aquellos costos eficientes que efectivamente estén involucrados directamente en la prestación de la instalación esencial que se está analizando.

Asimismo, contrariamente a lo sostenido por Telefónica, en el Artículo 9° de los Lineamientos aprobados por D.S. N° 003-2007-MTC no se establece que la información del operador deba ser utilizada tal cual es presentada, sino que el regulador se debe basar en esta información para obtener aquella que sea

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 36 de 37

necesaria y eficiente para el análisis que viene desarrollando, siempre y cuando dicha información se encuentre debidamente sustentada.


En ese sentido, se debe señalar que la metodología que ha utilizado el regulador para la determinación del cargo está acorde con lo dispuesto por los citados Lineamientos y el TUO de las Normas de Interconexión y, por tanto, garantiza la recuperación de todos los costos de interconexión, contribución a costos totales y margen de utilidad razonable, acorde con los principios normativos aplicables para la fijación de cargos de interconexión.

Conforme a lo señalado, de ninguna forma se puede sostener que la metodología adoptada conlleve a una situación de discriminación que podría perjudicar a Telefónica; por el contrario, el reconocimiento de los costos de comisión establecidos en los contratos que han acordado las empresas con los distribuidores, en un escenario donde no se cuenta con información debidamente sustentada por parte de Telefónica, constituye una medida razonable que se ajusta al marco normativo aplicable.

En consecuencia, se debe ratificar la posición del OSIPTEL establecida en la Resolución Nº 154-2011-CD/OSIPTEL, en el sentido que la metodología aplicada por el regulador garantiza que la determinación del cargo no conlleve a una situación arbitraria o confiscatoria de los costos en que Telefónica incurre en la prestación del servicio, con lo cual, contrariamente a lo sostenido por Telefónica, no se vería afectado el equilibrio económico financiero de sus Contratos de Concesión.

V. CONCLUSIONES.

Luego del análisis de los fundamentos expuestos por Telefónica del Perú S.A.A. en su Recurso Especial interpuesto contra la Resolución Nº 154-2011-CD/OSIPTEL que fija los cargos de interconexión tope por acceso a plataforma de pago, y teniendo en cuenta los argumentos expuestos por esta gerencia en el presente informe, se concluye que resulta pertinente declarar infundado el recurso especial.

	DOCUMENTO	Nº 048-GPRC/2012
	INFORME	Página: 37 de 37

VI. RECOMENDACIÓN.

Se recomienda elevar el presente informe para la consideración del Consejo Directivo y, de ser el caso, emitir la resolución correspondiente, en los términos expuestos en la sección anterior del presente informe.