

171.2012

Telefónica del Perú S.A.A

Sumilla : Presenta recurso re-consideración contra Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL
Cuaderno : Principal
Escrito : 1

RECIBIDO
2012 ENE - 5 PM 3:49
OSIPTEL

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

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (en adelante, "TELEFÓNICA"), sociedad anónima abierta constituida de conformidad con las leyes de la República del Perú, inscrita en la partida electrónica 11015760 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao, con Registro Único de Contribuyentes (RUC) N° 20100017491, con domicilio real en Avenida Arequipa 1155, Santa Beatriz - Lima, debidamente representada por la doctora Flor Montalván Dávila, identificada con Documento Nacional de Identidad N° 09138570, según poder inscrito en la partida N° 11015766, del Registro de Personas Jurídicas de los Registros Públicos de Lima, atentamente decimos que:

Con fecha 13 de diciembre de 2011, hemos sido notificados con la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL (en adelante, la "Resolución Impugnada")¹, que aprueba los cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago, estableciendo que:

- El cargo tope fijado será liquidado en aquellas comunicaciones en donde un operador provee el acceso a la plataforma de pago y es otro quien establece la tarifa de dicha comunicación.
- El cargo tope está compuesto por: (i) un componente fijo, por minuto de comunicación cursada, tasado al segundo y expresado en dólares de los Estados Unidos de América, sin incluir IGV; y (ii) un componente variable, que corresponde a un por-

¹ Publicada en el diario Oficial El Peruano el día 15 de diciembre de 2011.

centaje de los ingresos del operador que solicita el acceso a la plataforma de pago, sin incluir el IGV.

- Los valores del cargo tope son los siguientes para cada operador:

Operadores	Cargo por Uso de Plataforma	
	Componente fijo (US\$ por minuto, sin IGV)	Componente variable (%)
América Móvil	0,0014	10,11%
Nextel	0,0021	12,20%
Telefónica Móviles	0,0017	9,22%
Telefónica del Perú	0,0046	12,00%
Americatel	0,0027	12,00%
Eventual operador móvil entrante	0,0021	12,20%
Resto operadores que pres-ten el servicio	0,0027	12,00%

De acuerdo con el artículo 11 de la Resolución N° 123-2003-CD/OSIPTEL, contra la Resolución Impugnada procede interponer recurso especial ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, el cual se rige por las disposiciones establecidas por la ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG).

La Resolución Impugnada constituye un acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la LPAG². En base a ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 208 de la LPAG³ y el Texto Único de Procedimientos Administrati-

² **LPAG - Artículo 1. - Concepto de acto administrativo**

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

1.2 No son actos administrativos:

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

1.2.2 Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.

³ **LPAG - Artículo 208o.- Recurso de reconsideración**

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

vos de OSIPTEL, por el presente escrito venimos a formular expreso **RECURSO DE RECONSIDERACIÓN** contra la Resolución Impugnada, por las siguientes razones:

1. **La Resolución Impugnada carece de los requisitos de validez establecidos en la normativa vigente, al haberse apartado del deber de motivación real y no aparente** al que se refiere el artículo 24 del D.S. 008-2001-PC, concordante con el deber de motivación correspondientes a todo acto administrativo contemplado en el artículo 6 de la LPAG; en tanto que no se ha cumplido con remitir a TELEFÓNICA toda la documentación que sirve de sustento de la decisión tomada, generando que la empresa no pueda ejercer su derecho de defensa debidamente, vulnerando de tal forma, los Principios al debido procedimiento y predictibilidad que deben regir la actuación de la administración.

2. La Resolución Impugnada viola la obligación de sujeción a los **Principios de Acción del OSIPTEL** previstos en el artículo 2 del D.S. 008-2001PCM y el **Principio de Legalidad de la LPAG**, al no haberse sujetado a la Ley y al derecho por los motivos siguientes:
 - a. La Resolución Impugnada **es contraria al artículo 13° de la Resolución 043-2003-CD/OSIPTEL (el "TUO de Interconexión")** que señala que los cargos *"serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable"*. El OSIPTEL, de acuerdo con el artículo 1° del Reglamento de Interconexión está obligado a sujetarse a las estipulaciones contenidas en dicha norma.

Asimismo, **es contraria a lo dispuesto en el artículo 9 de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en Perú⁴ (en adelante, los Lineamientos del MTC)**, que precisan que los cargos de interconexión deben establecerse sobre la base de "la información de costos de demanda, con su respectivo sustento, proporcionados por las empresas":

⁴ Aprobados por D.S. N° 003-2007-MTC

La Resolución impugnada ha fijado un cargo tope compuesto por un componente fijo y uno variable que no permitirán recuperar los costos en los que incurra TELEFONICA para la prestación del servicio de interconexión y a cuya recuperación tiene derecho por expreso mandato del artículo 13° del Reglamento de Interconexión.

- El componente variable de 12% no cubre la comisión que TELEFÓNICA paga a los distribuidores que le prestan el servicio de distribución de tarjetas.
- El componente fijo ha sido establecido por la Resolución Impugnada sin tomar en cuenta los costos reales presentados y probados por TELEFÓNICA, dejando de lado elementos que forman parte del servicio.

3. La Resolución Impugnada **incumple la obligación legal de velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión** prevista en el literal d) del artículo 19° del D.S. 008-2001PCM, en la medida que la Resolución Impugnada de mantenerse como tal y sin modificación de acuerdo con lo señalado por TELEFONICA, implicará:

- a. La vulneración de la cláusula 10.01 b) del Contrato de Concesión suscrito entre TELEFONICA y el Estado Peruano, al fijar cargos de interconexión que no le permiten recuperar los costos en los que incurrirá al prestar el servicio de interconexión a los demás operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.
- b. Este hecho generará además una afectación evidente del equilibrio económico financiero de los Contratos de Concesión, elemento sustantivo de la protección concedida por el Estado a TELEFÓNICA, derivada del hecho que los Contratos de Concesión tienen el carácter de contrato-ley.

Seguidamente sustentamos los fundamentos de nuestra solicitud de Reconsideración.

1. EL ACTO ADMINISTRATIVO IMPUGNADO CARECE DE LOS REQUISITOS DE VALIDEZ ESTABLECIDOS EN LA NORMATIVA VIGENTE

Conforme establece el artículo 3 de la LPAG⁵, son requisitos de validez de los actos administrativos: la competencia, objeto o contenido, la finalidad pública, la motivación y el procedimiento regular.

La validez del acto administrativo radica en la observancia del régimen legal que lo sustenta. Al respecto, el artículo 10 de la LPAG establece como uno de los vicios del acto administrativo, al defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, sancionando el mismo acto con la nulidad cuando no se observan tales requisitos:

“Artículo 10.- Causales de nulidad

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

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

Al analizar la Resolución Impugnada hemos podido verificar que la misma 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 de debido procedimiento que debe regir todo proceso administrativo:

⁵ **“Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos**

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

1. Competencia.- Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

3. Finalidad Pública.- Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación”.

- Como se ha indicado en los párrafos precedentes, uno de los requisitos de validez del acto administrativo es contar con una debida motivación del acto administrativo⁶, requisito que conforme establece la doctrina y jurisprudencia emitida sobre el particular, incluye la necesidad de remitir al administrado toda la información que sustenta la decisión emitida, dentro de la que se encuentran los informes técnicos elaborados y el modelo de costos que sustenta la propuesta de cargo.

Resulta preciso destacar que esta obligación no sólo constituye un requisito formal, sino que por el contrario es un requisito de fondo, dado que únicamente con su cumplimiento se puede asegurar que los administrados podamos conocer con certeza los motivos que generaron la decisión tomada por la Administración; y por ende, podamos, de ser el caso ejercer nuestro derecho de defensa.

Al respecto, cabe indicar que la propia LPAG establece que la motivación del acto administrativo debe ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados, exposición de razones jurídicas y normativas; así como mediante la presentación de informes que constituyan parte integrante del respectivo acto:

⁶ "LPAG. Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

- 6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.
- 6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto.
- 6.3 No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto.
- 6.4 No precisan motivación los siguientes actos:
 - 6.4.1 Las decisiones de mero trámite que impulsan el procedimiento.
 - 6.4.2 Cuando la autoridad estima procedente lo pedido por el administrado y el acto administrativo no perjudica derechos de terceros.
 - 6.4.3 Cuando la autoridad produce gran cantidad de actos administrativos sustancialmente iguales, bastando la motivación única".

LPAG. Artículo 6.- Motivación del acto administrativo

- 6.1 *La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.*
- 6.2 *Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. (El subrayado es nuestro).*

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 de la misma (que incluye la decisión tomada). 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 que resulta vital para poder ejercer nuestro derecho de defensa.

Sobre el particular, cabe indicar que TELEFÓNICA a fin de evitar la vulneración de este requisito de validez procedió a solicitar mediante carta N° DR-107-C-1879/CM-11, que en concordancia al requisito de debida motivación, se nos remita la información faltante:

"(...) Considerando ello, por medio de la presente le solicitamos que de conformidad con lo señalado en los artículos 6° y 24° de la Ley de Procedimiento Administrativo General⁷ y el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27806 - Ley de Transparencia y Acceso a la In-

⁷ **LPAG. Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación**

24.1 Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener:

24.1.1 El texto íntegro del acto administrativo, incluyendo su motivación. [...]

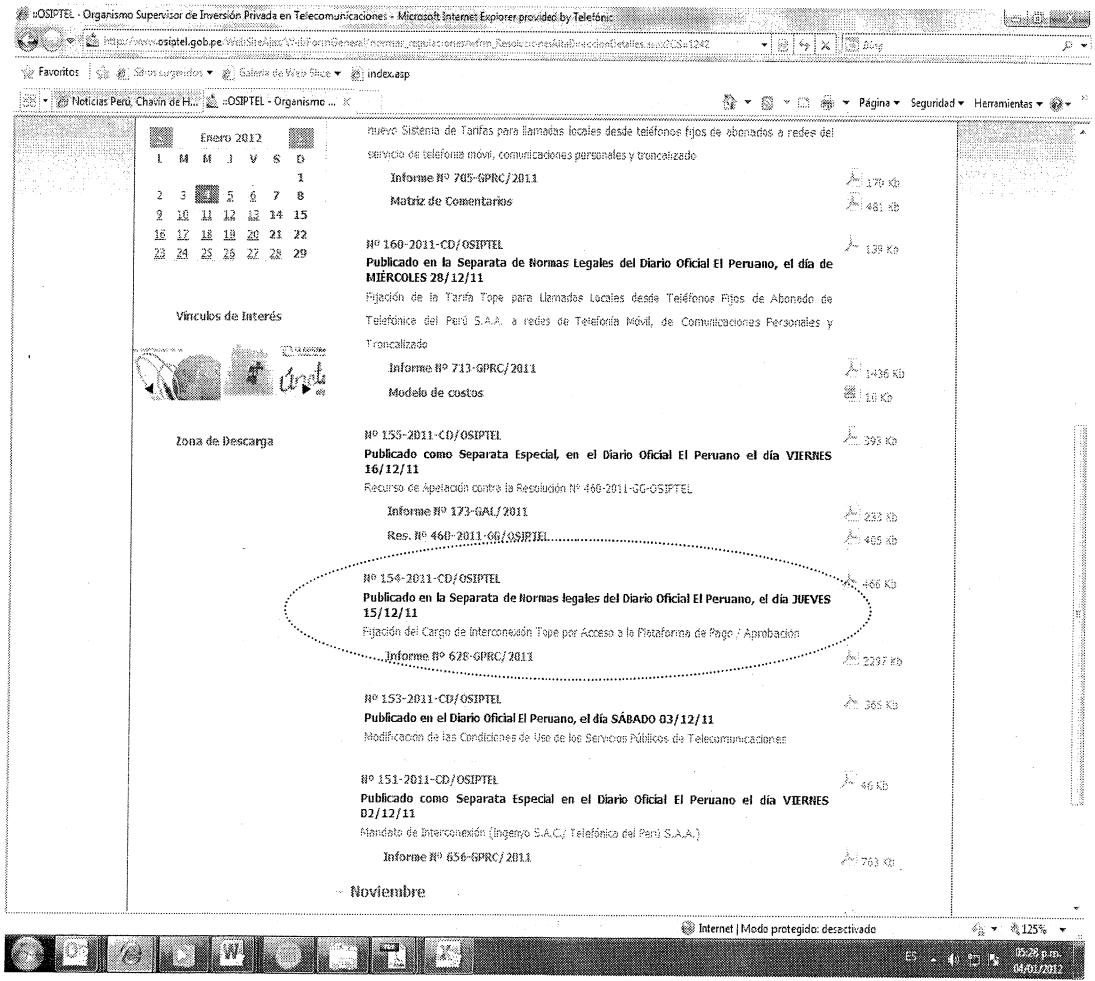


Telefónica del Perú S.A.A

formación Pública -, nos remitan una copia del Informe sustentatorio en mención, así como del modelo de costos que sustenta la resolución antes citada (...)."

Pese a la solicitud efectuada, hasta el día de hoy no hemos sido notificados formalmente con la documentación requerida, viendo vulnerado nuestro derecho de defensa.

Cabe señalar que a fin de tratar de salvaguardar nuestros derechos, accedimos a la página web de OSIPTEL, en la que pudimos encontrar copia del Informe sustentatorio N° 628-GPRC/2011 - que pese a la solicitud efectuado no fue notificado a nuestra empresa (en adelante, el Informe Final de GPRC)-; sin embargo, en dicha página web tampoco se incluyó una copia del modelo de costos que sustenta la Resolución Impugnada (documento esencial para poder revisar el análisis efectuado en este caso, y ejercer nuestros derechos). A continuación mostramos una impresión de la página web tomada el día 04 de enero de 2012 en la que se puede verificar no se incluye el modelo de costos indicado:



- Si bien no haber cumplido con el deber de motivación (tal como hemos detallado en los párrafos precedentes) 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

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 ha permitido ejercer debidamente su derecho de defensa, contraviniendo de tal forma a los principios del debido procedimiento y principio de predictibilidad contemplados en el artículo IV de la LPAG:

"1.2. Principio del debido procedimiento.-

Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

"1.15. Principio de predictibilidad.- La autoridad administrativa deberá brindar a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada trámite, de modo tal que a su inicio, el administrado pueda tener una conciencia bastante cierta de cuál será el resultado final que se obtendrá".

Resulta de suma importancia que se garantice al administrado el adecuado y cabal ejercicio de su derecho de defensa; para tal efecto, debe ponerse en su conocimiento toda la información que le permita aportar evidencia de su posición, a fin de que la autoridad competente pueda tomar una decisión acertada.

Por su parte, el principio de predictibilidad prevé garantizar los derechos del administrado, estableciendo que la autoridad debe brindar información veraz y completa del procedimiento, de tal modo que éste pueda tener una conciencia certera de cuál será el resultado del proceso.

Tal como se indica en el artículo IV de la LPAG, los principios listados en la LPAG deben servir de fundamento a los procedimientos administrativos y deben servir también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general.

- Cabe señalar que el respeto al deber de motivación del acto administrativo, al derecho de defensa y al principio del debido procedimiento no sólo se encuentran desarrollados en la normativa vigente, sino que han sido objeto de pronunciamientos por parte de las autoridades judiciales y administrativas, tal como se muestra a continuación:
 - Desde la perspectiva administrativa tenemos a la Sala de Defensa del Tribunal del INDECOPI, la cual en el caso seguido por la Comisión de Libre Competencia con Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros (Exp. N° 004-2002-CLC – Res. N° 0224-2003/TDC-INDECOPI) señaló que dentro de los derechos esenciales se encuentra el derecho de defensa, como efectiva posibilidad de participar en el procedimiento, derecho que comprende el obtener una decisión fundamentada.

*“Dentro de los referidos derechos esenciales se encuentra el derecho de defensa, como efectiva posibilidad de **participación en el procedimiento y que, a su vez, comprende los derechos a ser oído, ofrecer y producir pruebas, obtener una decisión fundamentada, e impugnar la decisión**” (el resaltado es nuestro).*

- Por su parte, el propio Tribunal Constitucional ha desarrollado los alcances del deber de motivación de un acto administrativo, así como la importancia del derecho a la defensa con el que cuentan todo los administrados, emitiendo dictámenes que contemplan que un acto administrativo es arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; precisando que motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada.

Así se contempla en la decisión tomada en la Sentencia del Tribunal Constitucional seguida bajo el EXP. N.º 0090-2004-AA/TC⁸, la misma que adjuntamos al presente escrito para el análisis del Viceministerio, tal como detallamos a continuación:

“(...) 31. Asimismo, la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que sólo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad, como lo establece el apartado 6.3 del artículo 6º de la norma invocada, que dispone que “no son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto (...)”.

“(...)”

⁸ SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, En Arequipa, a los 5 días de julio de 2004, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Presidente; Bardelli Lartirigoyen, Revoredo Marsano, Gonzales Ojeda y García Toma.

34. Es por ello que este Tribunal Constitucional reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente exponer las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada (...)."

- Asimismo, este principio ha sido desarrollado en el Proceso Arbitral seguido por TELEFÓNICA dentro del proceso de Factor de Productividad del período 2001 –2004 contra el Estado Peruano, en cuyo Laudo arbitral, el Tribunal precisó que la notificación que se efectúe a las empresas debe comprender no sólo el resultado de la revisión realizada, sino los sustentos y fundamentos de dicho resultado (laudo que resulta vinculante y de obligatorio cumplimiento para el Organismo Regulador):

*"(...) lo que corresponde entender es que tal notificación debe comprender no sólo el resultado de la revisión (es decir, el recuento de la evaluación realizada por el regulador) y la propuesta de modificación (en otras palabras, el cálculo del factor de productividad para el período objeto de revisión), **sino además, y especialmente, los sustentos o fundamentos de aquellos.** No cabe para el Tribunal Arbitral otra interpretación, porque de lo contrario el derecho de TELEFÓNICA a formular comentarios y objeciones se vería seriamente limitado (...)"*

*"Como es obvio, el requisito de validez de la motivación no se verifica simplemente con cualquier expresión formal de razones. **La motivación debe estar referida necesariamente a hechos evaluados y debidamente probados y a las normas pertinentes aplicables al caso.***

*En consecuencia, **es ineludible que OSIPTEL tenga que explicar las razones por las que adopta tal o cual decisión, y, en lo que se refiere al tema materia de este laudo arbitral, más precisamente a los comentarios escritos u objeciones de TELEFÓNICA(...), a OSIPTEL le cabe la obligación de explicar las consideraciones por las***

⁹ Laudo Arbitral de fecha 30 de abril de 2004 entre TELEFÓNICA y el Estado Peruano, página 109.

que un comentario u objeción es dejado de lado (...) "(El subrayado y resaltado es nuestro) ¹⁰.

Considerando lo dispuesto en la normativa vigente, así como el desarrollo efectuado por diversos organismos administrativos sobre la materia, debemos concluir que en este caso, al no haberse cumplido con remitir a TELEFÓNICA los documentos que sustentan la decisión tomada en la Resolución Impugnada, se está vulnerando su derecho de defensa, contraviniendo además los requisitos de validez del acto administrativo contemplados en la LPAG.

Por tanto, solicitamos al Consejo Directivo que a fin de evitar una 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.

2. LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA ES CONTRARIA AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, AL ESTABLECER UN CARGO QUE NO RETRIBUYE LOS COSTOS DEL SERVICIO

Sin perjuicio de los aspectos procedimentales indicados en el numeral anterior, la Resolución Impugnada se aparta del principio de legalidad que debe regir todo acto administrativo, dado que contravendría 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.

¹⁰ Laudo Arbitral de fecha 30 de abril de 2004 entre TELEFÓNICA y el Estado Peruano, numeral IV 1.6

En efecto, tal como detallaremos a continuación, los componentes variable y fijo del cargo han sido establecidos por la Resolución Impugnada contraviniendo las normas antes citadas:

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.

Cuando la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia (en adelante, GPRC) emitieron el Primer Proyecto de cargo, TELEFÓNICA al presentar sus comentarios¹¹, demostró que los montos que pagaba a sus proveedores como comisión ascendían a 19% en el caso de la compra de tarjetas Hola Perú y 16% por la compra de tarjetas 147, remitiendo para tal efecto, los contratos de comercialización que forman parte del expediente.

Por su parte, de manera posterior a la presentación de los comentarios, mediante carta N° DR-107-C-1002/CM-10 se informó que las comisiones que han venido cobrando algunos proveedores por este servicio se han venido incrementando; para tal efecto, se adjuntó como prueba las facturas N° 4177-0037561 y N° 4177-0037749, emitidas por la empresa AXUR S.A, que muestran que los niveles de los descuentos por comisión que cobra dicha empresa son mayores a los porcentajes antes descritos.

Es decir, en cumplimiento con la normativa vigente, TELEFÓNICA cumplió con demostrar dentro del presente proceso, que los porcentajes reales que debe pagar por la prestación de este servicio se encuentran muy por encima del porcentaje fijado en la Resolución Impugnada (12%).

¹¹ Comentarios presentados mediante carta N° DR-107-C-0433/CM-10

Cabe señalar que TELEFÓNICA no sólo se ha limitado a probar documentalmente la veracidad de dichos porcentajes, sino que además ha cumplido con explicar los motivos por los cuales dichos porcentajes son superiores a los que pagan otras empresas del mercado.

En efecto, se demostró que TELEFÓNICA presta un servicio bajo características particulares, distintas al servicio que prestan otras empresas; motivo por el cual, fijarle como componente variable los valores que cobran otros operadores –como se ha establecido en la Resolución Impugnada-, no resulta un procedimiento correcto, dado que no permite reflejar los costos reales que TELEFÓNICA incurre al prestar su servicio, el mismo que tiene entre sus características particulares las siguientes:

- TELEFÓNICA usa principalmente tarjetas físicas las cuales tienen un costo de distribución (incluyendo almacenamiento) superior al de tarjetas virtuales.
- Los niveles de satisfacción entre los usuarios de sus tarjetas son mayores a 95% en el *Top 2 Box*.
- La distribución de tarjetas de TELEFÓNICA se realiza a través de 10 distribuidores a nivel nacional, hecho que genera que nuestra empresa cuente con una mayor capilaridad que el resto de operadores. Esto se puede verificar en los gráficos de distribución que forman parte del presente expediente, en los que se puede verificar que los distribuidores de TELEFÓNICA atienden 3 tipos de canales: Horizontales, Mayoristas y Grandes Superficies en sus respectivas zonas.

Sumado a ello, TELEFÓNICA como parte del presente proceso explicó los motivos por los que los porcentajes presentados se han incrementado. Se explicó que un aspecto que ha afectado este servicio para el caso de los tráfico que presta TELEFÓNICA es la disminución del tráfico de tarjetas prepago, generado por la entrada en vigencia del Área Virtual Móvil, los cuales han requerido de mayores campañas de promoción para impulsar las ventas de tarjetas y, en consecuencia darles un incentivo a los distri-

buidores mediante un aumento en el porcentaje de comisión para que de esta manera propicien la compra de tarjetas.

En este punto, es preciso señalar que estos porcentajes adicionales que se mencionan (como bonos o bonificaciones), no forman parte del porcentaje presentado por TELEFÓNICA como componente variable del cargo; hecho que se explicó en los comentarios presentados por la empresa dentro del proceso.

En base a lo indicado, debe tomarse en cuenta en la Resolución Impugnada, no sólo está desconociendo los niveles pactados contractualmente con los comisionistas (16% para el caso de la tarjeta 147, y 19% para el caso de la tarjeta Hola Perú), sino que además se están desconociendo los bonos y bonificaciones que se les otorga a los proveedores, a fin de impulsar la generación de un tráfico que viene cayendo. Consideramos que estos bonos y bonificaciones, al ser costos reales, también deberían ser reconocidas como parte del componente variable del cargo.

Por último cabe mencionar, que se ha remitido para que sea valorada, información que permite concluir que los porcentajes presentados no son ineficientes (información que no ha sido debidamente valorada en la Resolución Impugnada). En efecto, se presentó un Informe elaborado por Frontier Economics, en el que dicha firma consultora precisa que TELEFÓNICA no tiene incentivos a pagar comisiones artificialmente elevadas (ineficientes), ya que compite con otros operadores en el mercado.

Por lo expuesto se concluye que **la comisión variable que paga TELEFÓNICA a los distribuidores se encuentra plenamente acreditada.**

- 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.

La Resolución Impugnada no ha tomado en consideración la información presentada por TELEFONICA (ésta únicamente ha sido tomada de manera referencial).

En base a ello, no se ha tomado en cuenta los contratos remitidos en los que se muestran los porcentajes reales que paga TELEFÓNICA por el servicio, tampoco se ha tomado en cuenta las facturas remitidas, en las que se puede verificar los porcentajes que se paga por comisión; sino que se ha fijado como comisión de distribución para TELEFÓNICA, el promedio de los porcentajes de comisión que han reportado Nextel y América Móvil en sus respectivos modelos.

Sobre este tema, nos preocupa que en el Informe Final de GPRC, que la explicación que le dan a esta actuación es que han utilizado el promedio de los otros operadores **debido a que supuestamente TELEFÓNICA no presentó información debidamente sustentada:**

(...) Telefónica del Perú y Americatel no presentaron información debidamente sustentada, por lo que se determinó el porcentaje de distribución de tarjetas como un promedio de las comisiones de distribución de tarjetas físicas presentados por otros operadores.

Los demás operadores presentaron información debidamente sustentada, por lo que se ha utilizado el porcentaje variable presentado.

En tal sentido, el OSIPTEL se ratifica en el empleo de la metodología utilizada, no correspondiendo por tanto realizar cambios relacionados a este punto.

Al respecto, con independencia de que estamos en desacuerdo con la afirmación efectuada, dado que tal como hemos indicado en el numeral precedente **TELEFÓNICA ha cumplido con probar y sustentar documentalmente los valores reales que paga por distribución de las tarjetas;** además de apartarse de la verdad, la afirmación efectuada por GPRC resulta contradictoria con las propias afirmaciones que esa misma Gerencia ha efectuado en los Informes que sustentan los Proyectos de cargo emitidos en el proceso.

En efecto, el argumento que expresamente ha indicado GRPC en el proceso para dejar de lado la información presentada por TELEFÓNICA y utilizar el promedio de las otras empresas, es que el valor que se obtenía de la información de TELEFÓNICA resultaba muy alto:

"(...)En el caso de Telefónica del Perú, el valor reportado de comisión por distribución de tarjetas está muy por encima del promedio de los valores reportados por los otros operadores; motivo por el cual se ha aplicado al caso de Telefónica del Perú, el promedio de los porcentajes de comisión por distribución de tarjetas físicas reportados por los otros operadores (...)"¹².

Como puede verificarse al leer los Informes emitidos por GPRC (comparando las justificaciones expuestas al sustentar los Proyecto y la Resolución Impugnada), dicha Gerencia varía la justificación que desea presentar para dejar de lado la información proporcionada por TELEFÓNICA; sin embargo, ninguna de las justificaciones que se pretende plantear se ajusta a la realidad, ni concuerda con las disposiciones contempladas en la normativa vigente, dado que:

- No resulta correcto pretender indicar que TELEFÓNICA no cumplió con sustentar la información de sus costos reales, ya que ha quedado demostrado documentalmente que TELEFÓNICA ha presentado toda la información necesaria para verificar los porcentajes que se paga en la actualidad a los distribuidores de tarjetas (modelo de contratos, facturas de proveedores).

¹² Informe N° 361-GPRC/2011, página 46.

Si existe variación respecto a los porcentajes presentados en el proceso (tal como señala GPRC en su Informe¹³), esto se debe a cada valor presentado retribuye conceptos particulares, los cuales fueron debidamente explicados en su momento a GPRC. A fin de evitar cualquier duda, procedemos a explicar a continuación de manera didáctica los valores presentados por TELEFÓNICA lo largo del proceso:

- Valor de 32,73%

Como indicamos en nuestra carta DR-107-C-0766/CM-10, dicho porcentaje se compone de 27.33% establecido en el Informe de Frontier, 0,4% de morosidad y 5% por comisión de ventas (este último no incluye todos los costos de distribución y otras actividades pactadas con los proveedores).

- Valor de 26, 79%

Cabe señalar que este valor no fue propuesto por Frontier en su informe y modelo como valor final, sino que es un componente o cálculo previo correspondiente a la comisión promedio (desagregada en 27.10% para la tarjeta 147 y 26.22 para la Hola Perú) al que se le agregó un 2% correspondiente al pago de Aportes a OSIPTEL, FITEL y MTC, resultando en un valor final de 27.33% correspondiente a la parte variable del cargo propuesto por Frontier en su modelo e informe. Todos estos cálculos se encuentran detallados claramente en el modelo adjuntado en nuestra carta DR-107-C-0766/CM-10, por lo que no existe contradicción alguna.

- Valor de 19% y 16%

Considerando la posición expuesta por GPRC a lo largo del presente proceso (en los dos proyectos de cargo emitidos) que proponían un valor de 12% de componente variable, se decidió mostrar que ese

¹³ Página 133 del Informe Final de GPRC.

valor ni siquiera permitía cubrir las comisiones pagadas a los distribuidores; para tal efecto, se presentó los contratos y facturas emitidas por los proveedores que muestran valores de 19% y 16% (que son el monto mínimo que debe cubrir el componente variable). Cabe señalar que el hecho de presentar esos valores, en ningún caso significa que desconozcamos que existen otros componentes adicionales que también deberían ser retribuidos por el componente variable, tal como se expuso en la fase de comentarios:

“[Haciendo referencia a los porcentajes que se paga a los proveedores, se indicó que son] - *Directamente atribuibles al servicio bajo revisión (comisiones contractualmente acordadas y pagadas a los distribuidores por el servicio de distribución de tarjetas de pago).*

- *Cuentan con el sustento correspondiente (contratos, facturas).*
- *No constituyen un porcentaje ineficiente, para el servicio prestado por TELEFÓNICA bajo las características descritas.*

De manera adicional a los costos por comisión contractualmente acordados, debe tomarse en cuenta existen bonos y bonificaciones otorgadas a los proveedores, los cuales también deben ser reconocidos. (El subrayado es nuestro).

Al respecto y como detallaremos más adelante, como anexo de la presente comunicación se adjuntan tres contratos firmados y vigentes durante el año 2009 en cuyo Anexo 3 se reflejan dicha comisiones pagadas a los comercializadores, sin incluir las bonificaciones adicionales otorgadas.

- Por otro lado, debemos precisar que si GPRC tenía duda sobre los valores presentados por TELEFÓNICA (todos ellos muy por encima del 12% establecido en la Resolución Impugnada), consideraba eran confusos, o requería un mayor sustento, lo que debió haber hecho es remitir una

comunicación a la empresa solicitando la explicación correspondiente, dando la oportunidad para que TELEFÓNICA pueda efectuar las explicaciones del caso (conforme establece el derecho de defensa contemplado en la normativa vigente); pero no como se ha hecho en este caso, descartando los valores presentados, generando de tal forma que a TELEFÓNICA se le aplique un cargo que no retribuye la prestación del servicio.

Cabe señalar que en este caso resulta de aplicación el Principio de Presunción de Veracidad, contemplado en el artículo IV de la LPAG, principio que debe regir la actuación del Organismo Regulador en cualquier proceso administrativo, como el presente, que establece que se presume que los documentos presentados por los administrados se presumen responde a la verdad, y que para afirmar lo contrario se debe probar debidamente tal hecho:

*"1.7 Principio de presunción de veracidad.-
En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario". (El subrayado es nuestro).*

En todo caso, en ejercicio del derecho de defensa con el que cuenta nuestra empresa, en el anexo 1-A procedemos a presentar como nueva prueba (que se suma a las pruebas ya presentadas) tres (03) contratos suscritos y firmados con los proveedores i) Pisacom S.A.C. ii) Insumos y Embalajes San Juan S.A. y iii) Corporación Red Chiclayo S.A.C.; vigentes en el año 2009 (año de evaluación del presente proceso), en cuyo Anexo 3 se demuestra que los niveles de pagos por comisión de tarjetas de pago se encontraban en 19% para la tarjeta Hola Perú y 16% para la tarjeta 147.

- 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

Actualmente existe normativa vigente que establece la metodología y el procedimiento que debe seguirse para la fijación de cargos de interconexión. En ese orden de ideas, debemos mencionar que en los Lineamientos del MTC, se incluyen artículos referidos a la fijación de cargos de interconexión, precisando que éstos deben establecerse sobre la base de “la información de costos de demanda, con su respectivo sustento, proporcionados por las empresas”:

“Artículo 9.-Interconexión

1. Para establecer los cargos de interconexión tope por defecto, se aplicará el Reglamento de Interconexión, para lo cual se obtendrá la información sobre la base de:
 - a) La información de costos y de demanda, con su respectivo sustento, proporcionado por las empresas”.

Por su parte, el TUO de las Normas de Interconexión emitido por el Consejo Directivo de OSIPTEL¹⁴, establece que los cargos de interconexión serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable, definiendo como costos de interconexión, a aquellos en los que se incurren directamente en la prestación de la instalación¹⁵.

¹⁴ Aprobado por Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL.

¹⁵ **Artículo 13.-** Para los efectos de la presente Norma, se entiende que los términos “Cargos de Acceso” y “Cargo de Interconexión”, son sinónimos.
(...)Tales cargos serán aprobados por el OSIPTEL y serán iguales a la suma de: (i) los costos de interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.

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 (...).

En base a lo expuesto podemos concluir 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.

En este caso, tal como hemos expuesto en los párrafos precedentes, TELEFÓNICA ha cumplido con los requisitos previstos en la normativa, ya que ha cumplido con presentar los costos en los que incurre en cuanto a las comisiones que debe asumir con los distribuidores, ha cumplido con proporcionar el sustento correspondiente, y por último, ha probado que este concepto es directamente atribuible a la prestación de este servicio.

Pese a ello, la Resolución Impugnada utilizando un argumento que se contrapone al Principio de Presunción de Veracidad, no ha respetado lo dispuesto en la normativa, dado que no ha tomado en consideración los costos en los que incurre TELEFÓNICA, sino que por el contrario, se fija un porcentaje que no guarda relación con los datos reales, dejando en estado de indefensión a la empresa.

Esta situación implica evidentemente una contravención al principio de legalidad recogido constitucionalmente porque se estaría adoptando una decisión contraria al marco legal vigente.

Por lo tanto, considerando los argumentos de hecho y derecho expuesto en el presente numeral, 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 TELEFÓNICA para la prestación del servicio.

2.2. Se ha fijado un Componente Fijo, que no cubre los costos en los que se incurre para prestar el servicio de interconexión.

En la Resolución Impugnada no se ha incluido elementos (partidas) que han sido sustentadas por TELEFÓNICA en el modelo que propuso en su momento y cuya veracidad explicó en su oportunidad.

Tal como hemos comentado en los párrafos precedentes, a la fecha no se nos ha notificado el modelo de costos que detalla el cálculo realizado para obtener el valor del componente fijo del cargo de interconexión; motivo por el cual, a la fecha no resulta posible ejercer nuestro derecho de defensa y poder pronunciarnos sobre cada uno de las partidas del componente fijo del cargo.

Si bien salvaguardamos en derecho de nuestra empresa de pronunciarnos sobre el costeo efectuado a cada una de las partidas que conforman el componente fijo del cargo - derecho que ejerceremos una vez que contemos con la información faltante (modelo de costos)-, a continuación nos pronunciamos sobre los aspectos que hemos podido verificar de la documentación a la que hemos tenido acceso y que consideramos vulneran los derechos de TELEFÓNICA:

- 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.

En efecto, los Lineamientos del MTC establecen cuál es la información que debe tomarse en cuenta para fijar un cargo de interconexión, estableciendo las siguientes alternativas (excluyentes entre sí):

- Utilizar la información de costos y demanda, proporcionado por las empresas.
- Utilizar un modelo de costos de una empresa eficientes, que recoja las características de la demanda y ubicación geográfica reales de la infraestructura.

- Utilizar mecanismos de comparación internacional.

Considerando ello, GPRC podría optar por seguir un proceso siguiendo alguna de estas alternativas, debiendo motivar su decisión, y seguir las especificaciones que la normativa vigente establece para cada una de éstas.

En el presente caso, GPRC ha optado por elaborar un modelo de costos sobre la base de los costos reales proporcionados por las empresas; siendo ello así, emitió un cargo tope para cada empresa involucrada en la prestación del servicio.

Pese a ello, y apartándose de la normativa vigente, ha incluido en el modelo de costos, sin contar con sustento técnico y económico, el efectuar el costeo de la plataforma, sobre la base del dimensionamiento de una (1) plataforma de pago basada en arquitectura de red inteligente, en tanto que considera que ésta es la opción más óptima y eficiente para todas las empresas.

Siendo ello así, el hecho de haber incluido como parte de su modelo el dimensionamiento de “una plataforma de pago basada en arquitectura de red inteligente”, a todas luces genera contradicciones con la propia posición que ha sostenido OSIPTEL en el presente proceso, y genera que se deje de tomar en cuenta muchos de los costos reales en los que incurren TELEFÓNICA, por considerar que no forman parte de la plataforma “eficiente” que ha diseñado en su modelo, dejando desprotegidas a las empresas involucradas.

Al respecto, cabe señalar que el Informe Final de GPRC, dicha Gerencia efectúa un nuevo análisis (que aún tiene falencias en su aplicación), pero que pese a ellas, hacen que concluya que se requiera más de 1 plataforma inteligente para prestar el servicio. Este hecho demuestra que efectuar dimensionamientos como el planteado por GPRC genera no tener información cierta y que dé seguridad a las empresas, dejándolas desprotegidas.

En base a ello, solicitamos respetuosamente al Consejo Directivo que a fin de evitar la vulneración real a los derechos de TELEFÓNICA, se reconsidere esta

decisión y para la determinación de los costos del componente fijo, se tome en cuenta los costos reales de las empresas, ya que efectuar un costeo sobre la base de una única plataforma dimensionada, se generará una distorsión de los costos en los que se incurre en la prestación del servicio, en tanto que:

- El dimensionamiento efectuado no cuenta con un sustento técnico, económico debido.
- No se estaría permitiendo recuperar los costos reales en los que incurre TELEFÓNICA, en cuanto enlaces, mantenimiento, nómina.

Al no permitir el recupero de los costos reales en los que incurre TELEFÓNICA, pone en riesgo el respeto a la normativa vigente y los derechos contemplados en sus Contratos de Concesión.

- No se ha efectuado un adecuado dimensionamiento de las plataformas de pago

En el modelo presentado por TELEFÓNICA no se ha efectuado ningún tipo de dimensionamiento del número de plataformas que deben ser utilizadas para la prestación del servicio; por el contrario, se ha respetado el número real de plataformas utilizadas por la empresa para el período bajo análisis, considerando los costos reales que generan éstas.

Pese a ello, GPRC apartándose del marco legal vigente (tal como hemos explicado), no ha tomado en cuenta este dato real presentado, sino que para realizar el costeo del servicio, se ha diseñado una única plataforma de red inteligente "eficiente" para la prestación del servicio.

Al respecto, debemos manifestar que además de encontrarnos en desacuerdo con la decisión tomada (respecto a la necesidad de efectuar un dimensionamiento), a nuestra consideración, el dimensionamiento efectuado por GPRC no es correcto.

- En el Segundo Proyecto de cargo emitido, GPRC indico que para calcular los registros activos que se tomarán en cuenta para dimensionar las plataformas, considera las tarjetas que según su periodo de vigencia se encuentran "activas o habilitadas" (considerando este período, desde la activación de las tarjetas por parte de los usuarios hasta su fecha de expiración).
- En la fase de comentarios, TELEFÓNICA manifestó que este hecho no es correcto, dado que el período de vigencia de una tarjeta no se inicia desde que ésta fue activada o habilitada por un usuario, sino mucho antes.

Para la determinación de los registros activos no sólo se debe tomar en cuenta las tarjetas activadas o habilitadas por los usuarios, sino que se debe considerar las tarjetas que están habilitadas en la plataforma de pago (desde que se efectuó el registro correspondiente), considerando que éstas se encontrarán habilitadas (tendrán una vida útil) desde dicha fecha hasta un período de un año y medio para el caso de las tarjetas 147 y tres años para el caso de las Hola Perú.

Para tal efecto, TELEFÓNICA cumplió con remitir a GPRC el detalle completo de las etapas que se siguen para poder habilitar una tarjeta de pago (a fin de que sean consideradas en el supuesto negado deba de dimensionarse una plataforma).

Cabe señalar que TELEFÓNICA demostró que siguiendo la metodología de GPRC para dimensionar una plataforma, pero considerando el número de registros correctos, se obtenía que se requiere de 05 plataformas para prestar el servicio.

- En el Informe Final de GPRC se reconoce que el dimensionamiento que efectuaron en la fase de Proyecto del cargo tiene falencias, y proceden

a modificar la misma (lamentablemente, a la fecha no hemos podido verificar cuál es el impacto de esta modificación en el modelo de costos, dado que no hemos podido tener acceso a éste).

De la información a la que hemos podido tener acceso se puede verificar que GPRC ha efectuado una modificación a su dimensionamiento inicial, adicionando 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:

"(...) el periodo de vigencia de tarjetas utilizado por el OSIPTEL para el dimensionamiento se mantiene, lo cual se traduce en la misma capacidad de procesamiento determinada por el OSIPTEL (3'333,104 de registros), debiéndose adicionar la capacidad de almacenamiento necesaria para incluir 30 días adicionales antes de la activación por primera vez de cada tarjeta, así como 30 días adicionales posteriores a la finalización de la vigencia. Esto se traduce en un requerimiento de almacenamiento total de 6'731,846 licencias. Por tanto, teniendo en cuenta el número de licencias incluidas en el precario de referencia es de 5'000,000, es necesario agregar 2'000,000 de licencias al precario de este operador".

Al respecto, consideramos que la interpretación efectuada por GPRC no es la adecuada, dado que está dejando de lado la información del ciclo de vida de la tarjeta; es decir, GPRC no toma en cuenta que las tarjetas hacen uso de las licencias y consumen recursos desde el momento de la generación y programación de las mismas en la plataforma y permanecen en ella hasta su fecha de expiración¹⁶ y no sólo hasta el fin del plazo otorgado para su uso después de su activación (dependiendo de la denominación de la tarjeta).

¹⁶ Las tarjetas se desactivarán indefectiblemente en dicha fecha si no han sido activadas.

- Por otro lado, aún con la falencia antes indicada, debe tomarse en cuenta que de acuerdo a las propias afirmaciones de GPRC, la modificación efectuada implica contar con 2'000,000 licencias adicionales¹⁷.

Si bien únicamente podremos pronunciarnos sobre este aspecto una vez que contemos con el modelo de costos, y podamos analizar el impacto que esta modificación genera en el modelo, un hecho que podemos afirmar a la fecha, es que si según GPRC cada módulo de plataforma solo es capaz de gestionar 5'000,000 tarjetas, con la nueva interpretación efectuada por GPRC (incremento de 2'000,000 licencias adicionales), se estaría corroborando que para el caso de TELEFÓNICA es necesario contar con una mayor cantidad de módulos de plataforma (tal y como se incluyó en el modelo presentado por TELEFÓNICA).

Considerando ello, solicitamos al Consejo Directivo pueda verificar que si no se lleva a cabo un dimensionamiento, sino que se toma en cuenta la información real de costos de TELEFÓNICA (tal como indica la normativa vigente) se llega a concluir que se requiere 2 plataformas; y si se lleva a cabo el dimensionamiento propuesto por GPRC también se llega el mismo resultado (necesidad de más de una plataforma). Por lo tanto, se debe ordenar una modificación a la Resolución Impugnada y solicitar la actualización de ésta, considerando los costos que implica contar con dos plataformas, y no una única plataforma inteligente como ha propuesto inicialmente GPRC.

- No se están considerando los costos en los que incurre TELEFÓNICA para prestar el servicio de interconexión

Si bien no podemos emitir pronunciamiento final sobre los componentes de la parte fija del cargo hasta que contemos con el modelo de costos correspondientes, a continuación nos pronunciamos sobre los aspectos que hemos podido verificar de la información a la que hemos podido tener acceso, y que consideramos vulneran los derechos de TELEFÓNICA:

¹⁷ Página 64 del Informe Final de GPRC.

- No se ha incluido el costo total de los Enlaces utilizados para brindar el servicio de plataforma

Al respecto, cabe señalar que los enlaces que solicitamos sean considerados, son enlaces que conectan la plataforma de pago con alguna de las centrales, y por ende son enlaces que no han sido considerados para otros cargos de interconexión. Ello puede verificarse en el listado de enlaces presentado por nuestra empresa, y que mostramos a continuación:

ANEXO 3

Nº	Nombre de la Central	Nombre de la Plataforma	Cantidad de Enlaces	Costo Mensual	Propiedad			
147	CN Arequipa	NAPSI	21	(1) STM1	21	2	690	Propio
147	CN Cercado	NAPSI	22	(1) STM1	22	2	690	Propio
147	CN Linco	NAPSI	23	(1) STM1	23	2	690	Propio
147	CN Trujillo	NAPSI	38	(1) STM1	38	2	690	Propio
147	Miraflores 2	NAPSI	39	(1) STM1	39	2	690	Propio
147	San Isidro 1-3	NAPSI	53	E1's	53	2	690	Propio
147	San Isidro 3	NAPSI	11	E1's	11	2	690	Propio
147	Tandem San Isidro	NAPSI	22	E1's	22	2	690	Propio
147	Tandem Washington	NAPSI	30	(1) STM1	30	2	690	Propio

Estos enlaces no han sido reconocidos en otros cargos de interconexión; en tanto que se trata de enlaces que conectan la central con la plataforma (NAPSI), y que por ende, son necesarios para la prestación de este servicio.

Tal como hemos explicado en la parte inicial de este acápite, en ningún caso se debe pretender excluir estos enlaces por no formar parte de la "plataforma eficiente diseñada por GPRC"; dado que de hacerlo se estarían excluyendo enlaces que tienen un costo real informado y sustentado por la empresa, y que al no incluirse no estarían siendo retribuidos a TELEFÓNICA, vulnerándose de esta forma sus Contratos de Concesión, así como la normativa vigente.

En efecto, cabe señalar que mediante cartas que obran en el expediente, nuestra empresa informó el detalle de la cantidad y costo de los enlaces que se utiliza en el servicio de plataforma de pago, indicando que, por la plataforma de la Tarjeta 147 ascienden a 259 enlaces E1.

En base a lo expuesto, solicitamos que a fin de cumplir con la normativa vigente y respetar lo dispuesto en los Contratos de Concesión de los que es titular TELEFÓNICA, el Consejo Directivo ordene que en el cargo de plataforma se incluya como componente el costo de los enlaces antes detallados de la plataforma 147 (259 enlaces).

- **No se han considerado los costos reales asociados al mantenimiento de plataforma**

De la información a la que hemos podido tener acceso a la fecha se puede advertir que se estaría considerando como OPEX de plataforma la suma de S/. 614 644,32:

CONCEPTO	INVERSION
OPEX PLATAFORMA Y SISTEMAS	614 644,32
TOTAL	614 644,32

Al analizar los preciaros considerados en los Informes de GPRC emitidos en este proceso, hemos podido determinar que se estarían incluyendo en este concepto costos asociados al mantenimiento que brindan los proveedores quienes realizan la atención del servicio de mantenimiento en los niveles 2 y 3.

Al respecto, si bien consideramos adecuado que se considere este rubro como parte del modelo, resulta preciso que en éste se tomen los valores

que fueron presentados por TELEFÓNICA en el modelo de costos; en tanto que éstos constituyen valores reales del servicio.

Asimismo, resulta de suma importancia que se incluye en el modelo, los costos asociados a la nómina de trabajadores de la plataforma, los cuales se detallan en la tabla que adjuntamos a continuación, los cuales fueron remitidos mediante nuestra carta N° DR-107-C-1343/GS-10:

Tabla N° 1 Costo Nómina de Trabajadores

Rubros	Montos
Nómina	1,188,795.29

Al respecto, precisamos que dichos gastos por nómina corresponden a la primera línea de atención que desempeñan actividades de supervisión, programación de tarifas y promociones y otras programaciones comerciales (nivel 1), reflejados en nuestros sistemas contables y que no están considerados en los contratos de mantenimiento de los proveedores quienes realizan la atención en los niveles 2 y 3.

- **No se han considerado los costos de retails que forman parte del cargo de plataforma**

De la información a la que hemos podido tener acceso, hemos podido verificar que no se está incluyendo ningún costo retail de los servicios que presta el operador como: venta de líneas, publicidad para generar tráfico del servicio, venta de equipos, etc., debido a que no forma parte de la estructura de costos del cargo tope.

Al respecto, debemos manifestar nuestro desacuerdo con este hecho, en tanto que tal como hemos detallado a lo largo del presente proceso, servicios como la publicidad de las tarjetas prepago está dirigida a que los clientes realicen más llamadas mediante éstas tarjetas, llamadas fijo – rural y fijo – larga distancia, las cuales son de titularidad de terceras

empresas, que se ven beneficiadas directamente por el incremento de tráfico que les genera esta actividad efectuada por TELEFÓNICA. En tal sentido, considerando la relación que existe en la publicidad en la que invierte TELEFÓNICA, y el beneficio que reciben las terceras empresas al conseguir mayores incrementos de tráfico, es que consideramos que estos costos deben ser incluidos en el modelo y retribuidos en el cargo que se fije.

Por su parte, debe tomarse en cuenta que los costos de Atención al Cliente son costos asociados a los clientes prepago y como tal deben recuperarse a través de todo su tráfico fijo-rural y fijo – larga distancia; por ende, no hacerlo significa fijar un cargo que no retribuye este servicio.

En base a ello, solicitamos respetuosamente que el Consejo Directivo determine que los costos de publicidad y atención al cliente reportados por TELEFÓNICA sean incluidos en el cálculo cargo por plataforma.

3. LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA INCUMPLE LA OBLIGACIÓN LEGAL DE VELAR POR EL CABAL CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

Tal como hemos detallado a lo largo del presente proceso, la Resolución Impugnada establece un cargo de plataforma que no respeta los costos en los que incurre TELEFÓNICA.

En efecto, esta situación se presenta debido a que se ha fijado un componente variable muy por debajo de los valores probados por TELEFÓNICA (generando una situación de discriminación en relación a las otras empresas, a quienes sí se les permite tal reconocimiento); y un componente fijo que no considera diversos elementos de red que conforman la prestación del servicio (efectuando un dimensionamiento de plataforma, que se aparta de la normativa vigente, y que no cuenta con sustento técnico debido).

Ello genera que a la fecha se presente una vulneración a nuestros contratos de concesión porque los mismos estipulan en su Cláusula 10, literal b¹⁸, 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 la interconexión**, contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y un margen de utilidad razonable.

Siendo ello así, **pretender fijar un cargo sin cumplir con esta premisa, genera una afectación directa a los Contratos de Concesión de TELEFÓNICA, hecho que ha sido analizado y verificado por tribunales arbitrales expertos en la material.**

En efecto, sobre la fijación de cargos de interconexión por parte del OSIPTEL, el Laudo Arbitral emitido con fecha 9 de mayo de 2003 en el proceso seguido por TELEFÓNICA con el Estado peruano (en adelante, el Laudo Arbitral)¹⁹, señaló lo siguiente:

“En este aspecto, este Tribunal aprecia el valor y la razonabilidad de los criterios establecidos en la jurisprudencia (...) invocada por ambas partes en el presente proceso, la que a partir de la regla de lo “justo y lo razonable”, ha establecido que los cargos que imponga el regulador, no pueden llevar a resultados arbitrarios ni ser confiscato-

¹⁸ **Contratos de Concesión de TELEFÓNICA
CLAUSULA 10
INTERCONEXION Y NUMERACION**

Sección 10.01: Obligación de la EMPRESA CONCESIONARIA de Interconectarse con Prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES.

- (b) **Contratos de Interconexión.** Todos los contratos de interconexión entre la EMPRESA CONCESIONARIA y otros prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES aplicables, serán por escrito de acuerdo con: (i) la LEY DE TELECOMUNICACIONES y otros reglamentos promulgados de acuerdo a dicha Ley; (ii) los reglamentos emitidos por OSIPTEL; y, (iii) los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones. Los cargos de interconexión serán pagados 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.

¹⁹ El Laudo que mencionamos – suscrito en unanimidad por los miembros del Tribunal Arbitral presidido por el doctor Baldo Kresalja e integrado por los doctores Shoschana Suzman y Enrique Palacios – resolvió sobre las controversias surgidas entre TELEFÓNICA y OSIPTEL con ocasión del establecimiento de cargos de terminación que no cubrían los costos de TELEFÓNICA y no la retribuían con un margen de utilidad razonable y declaró inoponibles respecto de TELEFÓNICA el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL y el Mandato de Interconexión N° 001-2002-CD/OSIPTEL.

rios, señalando que "no interesa el método o el razonamiento adoptado por la agencia reguladora sino si las tarifas que fijan son confiscatorias.. y que... bajo el estándar de lo justo y lo razonable, es el resultado y no el método empleado... el que interesa".

En tal medida, no se encuentra ajustado a lo dispuesto en los Contratos de Concesión una determinación de cargos de interconexión que lleven a resultados arbitrarios o confiscatorios, situación que se vienen presentando el este caso. En efecto, en este caso se está impidiendo el recupero **de una parte sustancial de los costos en que se incurre TELEFÓNICA en la prestación de su servicio**, afectando evidentemente el equilibrio económico financiero de los Contratos de Concesión, elemento sustantivo de la protección concedida por el Estado a TELEFÓNICA, derivada del hecho que los Contratos de Concesión tengan el carácter de contrato-ley.

Cabe señalar que, el equilibrio financiero es uno de los pilares de cualquier contrato de concesión, ya que los inversores privados deberán poder obtener una tasa de retorno previsible sobre sus inversiones.

Debido a que el mantenimiento del contrato y no su resolución, constituye uno de los principios básicos de la contratación pública, el equilibrio económico-financiero nace como una forma de conciliar el interés privado (garantía para el inversionista) y el interés público (mantenimiento de las prestaciones y gestiones de bien público objeto del contrato) que se encuentran presentes en todo contrato administrativo.

Debe tomar en cuenta que la ecuación económico-financiera ha sido reconocida unánimemente por la doctrina como la relación de igualdad y equivalencia entre las obligaciones que el contratado tomará a su cargo y la compensación económica que en razón de aquello le corresponderá. Es necesario destacar la necesidad de mantener el equilibrio económico-financiero de los contratos públicos, por cuanto no sólo favorece el interés privado que puedan tener los contratistas sino que también vela por el interés público de la comunidad, la cual

no se puede ver afectada por una disminución o interrupción de la prestación del servicio o de la construcción de la obra pública²⁰.

En tal sentido y en la línea de que el Estado peruano se encuentra obligado a respetar el equilibrio económico – financiero previsto en los Contratos de Concesión, el Laudo Arbitral antes mencionado establece que:

“(...) al interpretar, aclarar, ampliar o complementar los conceptos indeterminados o no definidos y al ejecutar los Contratos de Concesión, OSIPTEL y el MTC deben respetar el equilibrio contractual o ecuación económica – financiera, de modo que el sentido que atribuyan a determinada cláusula o el curso de acción que decidan tomar, permita siempre a Telefónica obtener un beneficio, utilidad, o en general, una retribución por la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones que ha recibido en concesión. Eso significa que ninguna medida legal o administrativa puede tener naturaleza confiscatoria ni, en general, atentar contra el equilibrio contractual o ecuación económica financiera, pues la razón determinante de la inversión de Telefónica es la obtención de un beneficio o utilidad (...). Este aspecto –el equilibrio contractual– puede ser considerado como el elemento sustantivo de la protección concedida al Estado a Telefónica, derivada del hecho de que los Contratos de Concesión tengan contrato-ley”.

Como ya lo ha señalado el Tribunal Arbitral, el Estado debe respetar el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión, permitiendo a TELEFÓNICA obtener una retribución por la explotación de los servicios públicos que ha recibido en concesión, lo que significa que ninguna medida legal o administrativa puede atentar con el mencionado equilibrio, estableciendo cargos que no logran cubrir los costos reales en los que incurre la empresa.

Por otro lado, cabe señalar que también se estaría presentando una vulneración a los Contratos de Concesión, debido a que no se estaría respetando el principio de no discriminación e igualdad de acceso en términos generales y de

²⁰ CÉSPEDES ZAVALETA, Adolfo. El equilibrio económico – financiero en las concesiones de obra y servicios públicos, pág. 7

manera específica en materia de interconexión contemplado en la sección 10.01 y 12.05 de los mismos:

“Sección 10.01 (a) Obligación de Interconexión [...] LA EMPRESA CONCESIONARIA estará obligada a interconectar su RED TELEFÓNICA PÚBLICA con la red del otro operador, de acuerdo con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso, [...]

(b) Todos los contratos de interconexión entre LA EMPRESA CONCESIONARIA y otros prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES aplicables serán por escrito de acuerdo con: [...] los principios de neutralidad, no discriminación, [...]”

*“Sección 12.05: Leal y Libre Competencia
Por su parte, OSIPTEL cautelará que el mercado de servicios de telecomunicaciones no se vea afectado por prácticas que atenten contra la libre y legal competencia. Asimismo, cautelará que los prestadores de SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES desarrollen sus actividades en concordancia con los principios de igualdad, no discriminación y equidad”.*

Como se puede apreciar, existe un deber de ceñirse al principio de no discriminación en materia de interconexión que recae en los distintos actores del mercado, incluyendo al OSIPTEL. En ese sentido, el tratamiento diferenciado que se pretendería adoptar en contra de nuestra representada 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 nuestros contratos de concesión.

En conclusión, considerando lo expuesto en el presente acápite solicitamos al Consejo Directivo que disponga la emisión de un nuevo cargo de plataforma, que incluya un componente variable que cubra los costos del servicio prestado por TELEFÓNICA, tomando en cuenta para tal efecto, los costos presentados y sustentados, y un componente fijo que se enmarque a la normativa vigente, respetando los costos reales presentados.

POR TANTO:

Solicitamos al Presidente del Consejo Directivo se sirva analizar el presente escrito y considerando los argumentos expuesto, lo resuelva declarar FUNDADO en todos sus extremos.

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

SEGUNDO OTROSI DECIMOS: Que, adjunto remitimos como nueva prueba:

Anexo 1-A: Contratos de distribución y comercialización de tarjetas, en formato físico y digital (para que puedan verificarse con mayor claridad las cláusulas), con las empresas:

1. Pisacom S.A.C.
2. Insumos y Embalajes San Juan S.A.
3. Corporación Red Chiclayo S.A.C.

TERCER OTROSI DECIMOS: Autorizamos a las doctoras Rosa Abad Navarro identificada con DNI 41111933, y Rosa María Luna, identificada con DNI N° 40403843 para que puedan tener acceso al expediente en el que consten las actuaciones del presente procedimiento administrativo. Las personas citadas podrán recibir notificaciones y copias certificadas.


FLOR MONTALVÁN DÁVILA
Representante Legal

Lima, 05 de enero de 2012


ROSA ABAD NAVARRO
Abogada
REG. G.A.L. N° 39832