



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 017-2012-CD/OSIPTEL

Lima, 20 de Febrero de 2012.

EXPEDIENTE:	N° 00002-2009-CD-GPR/IX
MATERIA:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN PRESENTADO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 154-2011-CD/OSIPTEL QUE FIJA LOS CARGOS DE INTERCONEXIÓN TOPE POR ACCESO A LA PLATAFORMA DE PAGO.
ADMINISTRADO:	Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El escrito de fecha de recepción 05 de Enero de 2011, presentado por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), mediante el cual interpone Recurso Especial de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL, que fija los cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago;
- (ii) El Informe N° 048-GPRC/2012 de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia del OSIPTEL, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se sustenta el proyecto de resolución para emitir pronunciamiento sobre el recurso impugnativo interpuesto; y con la conformidad de la Gerencia de Asesoría Legal;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES.

En el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (en adelante, el TUO de las Normas de Interconexión), aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL y sus modificatorias, se definen los conceptos básicos de interconexión y se establecen las reglas técnicas, económicas y legales a las cuales están sujetos: 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.

Asimismo, el inciso 1) del Artículo 4° 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 N° 003-2007-MTC, 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.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 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, el Procedimiento), en el cual se disponen las reglas procedimentales a que se sujeta el OSIPTEL para el ejercicio de su función normativa en materia de establecimiento de cargos de interconexión tope.

Conforme a dicho marco procedimental, y en ejercicio de la función normativa que las leyes le asignan, el OSIPTEL, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 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 7° del Procedimiento.

La Resolución de Consejo Directivo N° 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.

Luego de revisar la información remitida por los operadores, 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 realizaron requerimientos a los operadores que presentaron propuestas.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 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.

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.

La decisión final del OSIPTEL en dicho procedimiento fue emitida mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL que fue publicada en el Diario Oficial El Peruano el 15 de Agosto de 2011 y fue debidamente notificada a las empresas concesionarias de los servicios públicos sujetas a esta regulación. Las actuaciones efectuadas en el respectivo procedimiento están reseñadas detalladamente en los considerandos de la referida resolución.

Con el sustento técnico desarrollado en el Informe de la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia N° 628-GPR/2010, la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL estableció la regulación de los cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago, fijando los correspondientes cargos tope en los niveles siguientes (sin IGV):

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.

Asimismo, la resolución antes aludida estableció los siguientes Cargos de Interconexión Tope Diferenciados por Acceso a la Plataforma de Pago:

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.

El 05 de Enero de 2012, Telefónica presentó un Recurso Especial de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL.

Conforme al principio de transparencia que rige las acciones del OSIPTEL, se efectuó la publicación del Recurso Especial presentado por Telefónica en la página web del OSIPTEL.

Mediante carta DR-107-c-1879/CM-11, de fecha de recepción 26 de Diciembre de 2011, Telefónica, de conformidad con lo señalado en los artículo 6° y 24° de la LPAG y el TUO de la Ley N° 27806 –Ley de transparencia y Acceso a la Información Pública-, solicitó se le remita una copia del Informe Sustentatorio N° 628-GPR/2010, así como del modelo de costos.

En atención al requerimiento realizado, mediante carta C.06-AI/2012, recibida el 09 de Enero de 2011, este organismo, hace de conocimiento de Telefónica que el citado informe, se encuentra publicado en la página web del OSIPTEL. Asimismo, se pone a su disposición un disco compacto –CD- que contiene la versión final del modelo de costos aplicable a Telefónica.

El 11 de Enero de 2012, Telefónica recabó el disco compacto –CD- que contenía la versión final del modelo de costos aplicable a Telefónica.

II. CUESTIONES PROCEDIMENTALES PREVIAS.

2.1 PROCEDIBILIDAD DEL RECURSO.

La intervención normativa del OSIPTEL en materia de interconexión, dentro del marco establecido por el Artículo 72° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones⁽¹⁾ –Decreto Supremo N° 013-93-TCC-, está relacionada con el establecimiento de las normas generales 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 convenios de interconexión entre empresas, conforme a los principios de neutralidad, igualdad de acceso y no discriminación.

Estos alcances de la función normativa general del OSIPTEL en materia de interconexión son establecidos además en el Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos –Ley N° 27332, modificada por la Ley N° 27631⁽²⁾-, así como en el inciso g) del Artículo 8° de la Ley N° 26285⁽³⁾, en el segundo párrafo del Artículo 106° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones –Decreto Supremo N° 020-2007-MTC-⁽⁴⁾ y en el inciso i) del Artículo 25° del Reglamento General del OSIPTEL –Decreto Supremo N° 008-2001-PCM-⁽⁵⁾.

Como ocurre con todas las resoluciones que constituyen la expresión de la función normativa general –reglamentaria- del OSIPTEL, la norma legal que se establece mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL –que fija los cargos de interconexión tope por acceso a la plataforma de pago- tiene efectos que no se limitan a una relación de interconexión en particular (como ocurre con los Mandatos de Interconexión), o a un conjunto de relaciones de interconexión individuales ni individualizables, sino que tal norma es general, abstracta e impersonal.

Asimismo, los efectos de la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL no se agotan en un cumplimiento singular, ni en un número determinado de cumplimientos, sino que se consolida, integra el ordenamiento jurídico y tiene vocación de permanencia. De este modo, mientras no sea modificada o derogada, y durante todo el tiempo de su vigencia, la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL seguirá afectando a una pluralidad

¹ “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.”

² “Artículo 3°.- Funciones
3.1 Dentro de sus respectivos ámbitos de competencia, los Organismos Regulares ejercen las siguientes funciones: (...)
c) Función Normativa: comprende la facultad de dictar en el ámbito y en materia de sus respectivas competencias, los reglamentos, normas que regulen los procedimientos a su cargo, otras de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades supervisadas o de sus usuarios; (...)”

³ “Artículo 8°.- Las funciones del OSIPTEL son, entre otras, las siguientes: (...)
g) Las relacionadas con la interconexión de servicios en sus aspectos técnicos y económicos.(...)”

⁴ “Artículo 106°.- Contenido de los contratos de interconexión
(...)
Los contratos de interconexión deben sujetarse a lo establecido por la Ley, al Reglamento, los Reglamentos Específicos, los planes técnicos fundamentales contenidos en el Plan Nacional de Telecomunicaciones, así como a las disposiciones que dicte Osipitel.”

⁵ “Artículo 25°.- Reglamentos que pueden dictarse en ejercicio de la función normativa
En ejercicio de la función normativa puede dictarse reglamentos o disposiciones de carácter general referidos a los siguientes asuntos: (...)
i) Condiciones de acceso a servicios y redes e interconexión entre los mismos, incluyendo la oportunidad, la continuidad y en general los términos y condiciones de contratación, pudiendo excepcionalmente aprobar los formatos de contratos, de ser ello necesario.”

indefinida de empresas concesionarias, a quienes igualmente serán exigibles una pluralidad indefinida de cumplimientos. Por tanto, estamos ante un acto que tiene naturaleza eminentemente “reglamentaria”.

En tal sentido, la resolución impugnada no tiene, en estricto, la naturaleza de “acto administrativo” y no está comprendida dentro del ámbito de procedibilidad previsto en el Artículo 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) –Ley N° 27444-(⁶) para el ejercicio válido de la facultad de contradicción.

No obstante, el Artículo 11° del Procedimiento establece lo siguiente (subrayado agregado):

“Artículo 11°.- Recursos

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 Ley del Procedimiento Administrativo General para el recurso de reconsideración.”

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

Al respecto, debe tenerse en cuenta que la citada disposición regulatoria 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.

En ese sentido, conforme a lo previsto en el Artículo 11° 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.

En el caso que es objeto de análisis, conforme a los antecedentes previamente señalados, el contenido normativo de la resolución impugnada (Resolución N° 054-2011-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, por lo que esta empresa se

⁶ Artículo 206°.- Facultad de contradicción

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.”

encuentra habilitada para interponer recurso especial exclusivamente contra estos extremos de dicha resolución.

De acuerdo a lo expuesto, y 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 Móviles mediante su escrito de fecha 10 de setiembre de 2010; 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 la plataforma de pago de las empresas operadoras América Móvil Perú S.A.C., Nextel del Perú S.A., Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., así como la correspondiente regulación que será aplicable a una potencial empresa operadora entrante al mercado de servicios móviles.

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 aplicables a Nextel del Perú S.A., América Móvil Perú S.A.C. Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A.

2.2 PRETENSIONES DEL RECURSO.

Conforme a lo establecido por el Artículo 11° del Procedimiento antes citado, el recurso especial se rige por las disposiciones establecidas por la LPAG para el recurso de reconsideración.

En aplicación de este marco legal, debe tenerse en cuenta que conforme a las disposiciones de la LPAG, los recursos impugnativos que se presenten deben contener, entre otros requisitos, la expresión concreta de lo pedido -pretensiones-(⁷), siendo así que en el pronunciamiento que dicte la autoridad que resuelva el recurso corresponderá estimar o desestimar las pretensiones formuladas en dicho recurso(⁸).

Por tanto, si se entiende que la LPAG ha establecido que es en el recurso impugnativo en donde deben expresarse concretamente las pretensiones del recurrente y ha establecido además que dicho recurso está sujeto a un plazo de carácter perentorio(⁹), entonces debe entenderse que a la autoridad recurrida únicamente le corresponderá

⁷ “Artículo 211°.- Requisitos del recurso
El escrito del recurso deberá señalar el acto del que se recurre y cumplirá los demás requisitos previstos en el Artículo 113° de la presente Ley. Debe ser autorizado por letrado.”

“Artículo 113°.- Requisitos de los escritos
Todo escrito que se presente ante cualquier entidad debe contener lo siguiente: (...)
2. La expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye y, cuando le sea posible, los de derecho.”

⁸ “Artículo 217°.- Resolución
217.1 La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas en el mismo o declarará su inadmisión.

⁹ “Artículo 207°.- Recursos administrativos
(...) 207.2 El término para la interposición de los recursos es de quince (15) días perentorios, y deberán resolverse en el plazo de treinta (30) días.”

evaluar y luego estimar o desestimar las pretensiones que sean debidamente formuladas en el mismo recurso que se presente y, excepcionalmente, –siguiendo un criterio garantista- también las pretensiones que se formulen en otros escritos, siempre que sean presentados dentro del referido plazo perentorio.

En consecuencia, toda pretensión que se presente fuera del plazo perentorio establecido para la impugnación en la vía administrativa, debe ser rechazada de plano, por ser extemporánea.

Bajo este marco legal, en el caso que es objeto del presente procedimiento recursivo, debe precisarse que Telefónica ha interpuesto recurso especial mediante su escrito de fecha 05 de enero de 2011 –dentro del plazo legal-, formulando expresamente una única pretensión concreta dirigida al Consejo Directivo del OSIPTEL:

- Que se disponga la emisión de un nuevo cargo de plataforma de pago que incluya un componente variable que cubra los costos del servicio prestado y un componente fijo que se enmarque a la normativa vigente

De acuerdo a lo expuesto, corresponde analizar los argumentos planteados por Telefónica en su escrito de fecha 05 de enero de 2012, teniendo en cuenta que, conforme al principio de congruencia, los alcances del correspondiente pronunciamiento de fondo que se emita están estrictamente limitados a la única pretensión antes descrita.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO.

Telefónica señala principalmente los siguientes argumentos respecto de las pretensiones formuladas en su Recurso Especial de fecha 05 de Enero de 2012:

- El acto administrativo impugnado carecería de los requisitos de validez establecidos en la normativa vigente.
- La resolución impugnada sería contraria al principio de legalidad, al establecer un cargo que no retribuye los costos del servicio.
 - ✓ Se habría fijado un Componente Variable sin tomar en cuenta los costos reales presentados por Telefónica.
 - ✓ Se habría fijado un Componente Fijo que no cubre los costos en los que se incurre para prestar el servicio de interconexión.
- La resolución impugnada incumpliría la obligación legal de velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión.

IV. ANÁLISIS.

Sobre los argumentos formulados por Telefónica, este colegiado considera lo siguiente:

- **Respecto de que el acto administrativo impugnado carecería de los requisitos de validez establecidos en la normativa vigente.**

Resulta evidente que Telefónica sí tuvo conocimiento oportuno del Informe Sustentatorio N° 628-GPRC/2011, así como de la versión final del Modelo de

Costos, toda vez que al emitirse la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, dicha resolución fue publicada en la página web institucional del OSIPTEL conjuntamente con su Informe Sustentatorio. 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, tuvo pleno e inmediato acceso al contenido completo del Informe Sustentatorio accediendo a la página web del OSIPTEL.

Esto último, se pone de manifiesto, en la medida que la recurrente en su propio recurso (páginas 17, 24 y 25), hace 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 tales documentos, habiendo podido plantear oportunamente su recurso impugnativo ejerciendo plenamente su derecho de defensa en este procedimiento.

Adicionalmente, 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.

De esta manera, 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. Esto último, en estricto cumplimiento de lo previsto por el Principio del Debido Procedimiento, previsto en la LPAG.

En consecuencia, no existiendo 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 N° 154-2011-CD/OSIPTEL.

➤ **Respecto de que la resolución impugnada sería contraria al principio de legalidad, al establecer un cargo que no retribuye los costos del servicio.**

Respecto de lo alegado por Telefónica, en el extremo que la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, se aparta del Principio de Legalidad, en tanto resulta contraria con la obligación normativa establecida en el Artículo 13° del TUO de las Normas de Interconexión y lo establecido por los Lineamientos del MTC, se debe precisar, que este organismo, sobre la base de una correcta aplicación de lo dispuesto, en la acotad al no contar con la 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.

En el extremo del recurso formulado por Telefónica en el que señala que la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, se aparta del Principio de Legalidad, en tanto resulta contraria con la obligación normativa establecida en el Artículo 13° del TUO de las Normas de Interconexión y lo establecido por los Lineamientos del MTC, se debe ratificar plenamente lo establecido en la Resolución N° 154-2011-CD/OSIPTEL, en la medida que sobre la base de una correcta aplicación de lo dispuesto en las citados cuerpos legales, la decisión adoptada por el regulador, resulta consistente con la actuación en el marco de los procedimientos de fijación de cargos.

En tal 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.

- Respecto del Componente Variable del Cargo debe señalarse lo siguiente:
 - Telefónica indica que se ha fijado un componente variable, sin tomar en cuenta los costos reales que ha presentado.

Sobre este comentario debe reiterarse que, tal como fuera señalado en los informes sustentatorios, durante el procedimiento de fijación del Cargo de Interconexión Tope por Acceso a la Plataforma de Pago, Telefónica no ha acreditado el valor propuesto en su modelo de costos para el componente variable (32.73%).

En efecto, no obstante que Telefónica señala que remitió los “contratos de comercialización”, lo que en realidad remitió fue un formato en blanco sin fecha, ni nombre de comercializador, ni firma, en el cual además, figuraban como comisión a sus distribuidores, los valores de 19% y 16%, valores totalmente diferentes al propuesto (32.73%).

Asimismo, las facturas que según Telefónica acreditarían mayores comisiones a los distribuidores son facturas correspondientes al año 2011, año que no corresponde al del período de evaluación, año 2009.

En consecuencia, dichos documentos no pueden ser considerados de ninguna manera, sustento del componente variable propuesto por Telefónica (32.73%).

- Telefónica señala que pese a sus pruebas, 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

Al respecto, en el Informe N° 628-GPRC/OSIPTEL que sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2001-CD/OSIPTEL se detalló en extenso que, además de no sustentar el valor del componente variable relacionado con la comisión de distribución (32.73%), Telefónica ha ido presentando diferentes valores por dicho concepto a lo largo del procedimiento, los mismos que no guardaban relación entre sí. Así se tiene que:

- ✓ Cuando Telefónica presenta su propuesta de cargo y su modelo de costos mediante carta DR-107-C-0766/CM-10, el componente variable que propone es de 32.73%; sin embargo, el informe de su propio consultor Frontier Economics remitido con la misma carta, señalaba que dicho valor era de 26.79%.
- ✓ Al presentar sus comentarios al primer proyecto publicado por el OSIPTEL (mediante carta DR-107-C-0433/CM-10), en lugar de sustentar el valor de su propuesta, Telefónica adjunta un formato de modelo de contrato de comercialización en blanco, conteniendo por el

mismo concepto en cuestión, valores (19% y 16%) diferentes al propuesto en su modelo de costos.

- ✓ Posteriormente, mediante carta DR-107-C-1002/CM-10, Telefónica remitió dos facturas correspondientes al año 2011, año que como era de conocimiento de Telefónica, no correspondía al año de evaluación de los costos involucrados en el cargo.
- ✓ Durante la etapa de comentarios al segundo proyecto publicado por el OSIPTEL, mediante carta DR-107-C-1368/CM-11, Telefónica cambia nuevamente su posición y solicita considerar como comisión, el valor de 32.73%, sin adjuntar documentación alguna que sustente dicho valor.

Como puede notarse, en ninguna de las oportunidades que ha tenido Telefónica para sustentar el componente variable de su propuesta, lo ha hecho, y por el contrario, en cada una de estas oportunidades ha ido variando el 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 presenta documento que sustente dicho valor, y por el contrario presenta contratos con valores totalmente diferentes (19% y 16%) al de su pedido.

- Respecto del comentario de Telefónica de que el OSIPTEL debió solicitar mayor información en caso de dudas, debe indicarse que, tanto 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) como el artículo 2° de la Resolución de Consejo Directivo N° 076-2009-CD/OSIPTEL que dio inicio al procedimiento de fijación del cargo de interconexión, establecen explícitamente, que los operadores deben presentar sus propuestas de cargo de interconexión tope, 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. Sin embargo, Telefónica no ha cumplido con tales disposiciones, esperando que sea el regulador el que solicite los sustentos correspondientes. Tal como ha sido indicado en los informes sustentatorios, no obstante los requerimientos del OSIPTEL, Telefónica no ha sustentado los valores y parámetros de su propuesta.
- Telefónica señala que los cargos de interconexión deben ser fijados considerando la información de costos que ha sido proporcionada debidamente sustentada por las empresas

Al respecto debe indicarse que el OSIPTEL ha cumplido con lo estipulado por 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, el cual señala que para establecer los cargos de interconexión tope o por defecto, se obtendrá la información sobre la base de la información de costos y de demanda, con su respectivo sustento, proporcionados por las empresas.

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.

Al pretender que se le reconozcan todos los costos presentados, Telefónica desconoce lo señalado por el artículo 14° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión que establece que para el cálculo de los costos de interconexión, deberá considerarse el uso de las tecnologías más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos.

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; de allí que el OSIPTEL ha utilizado en el cálculo de los cargos correspondientes a todos los operadores, la tecnología más eficiente disponible en el mercado, dejando de lado tecnologías que no lo son.

- Respecto del Componente Fijo del Cargo debe señalarse lo siguiente:
 - Telefónica indica que no se ha seguido las especificaciones que la normativa vigente establece y que en lugar de dimensionar como lo ha hecho el OSIPTEL, debió utilizarse la información reportada por dicho operador.

Sobre esta afirmación debe indicarse que, tal como ya ha sido señalado, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 14° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, para el cálculo de los costos de interconexión se considera el uso de las tecnologías más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos. Así, al analizar la información de 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 también viene utilizando Telefónica para su plataforma Hola Perú.

En efecto, en concordancia con lo anterior, no resulta eficiente la existencia de dos tecnologías diferentes para dos plataformas de pago que brindan servicios similares, 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 nueva 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.

- Telefónica señala que no se ha efectuado un adecuado dimensionamiento de las plataformas de pago.

Al respecto, tal como se ha indicado en reiteradas ocasiones, no resulta justificable 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.

El dimensionamiento del OSIPTEL se basa en el concepto de registros activos, término que está referido 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); sin embargo, Telefónica asocia dicho término a registros almacenados en la plataforma (capacidad de almacenamiento de pines). 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, adicionándose el costo de las licencias adicionales necesarias.

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

- Telefónica señala que no se ha incluido el costo total de los enlaces utilizados para brindar el servicio de plataforma.

Al respecto, tal como se mencionó en el Informe N° 361-GPRC/2011, en concordancia con lo establecido en el marco normativo, se utilizó la red inteligente como tecnología más eficiente para las plataformas de pago de los operadores. En el caso de Telefónica, el dimensionamiento de esta plataforma incluyó la demanda de los dos tipos de tarjetas que ofrece en el mercado (147 y Hola Perú). Por tanto, cualquier otra tecnología o arquitectura de plataforma de pago que no fuese red inteligente y sus elementos asociados (en este caso particular, los enlaces hacia dicha plataforma), ya no forman parte de los costos considerados en la determinación del cargo.

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.

- Telefónica señala que no se han considerado los costos reales asociados al mantenimiento de plataforma.

Sobre esta afirmación, tal como ya fuera detallado en los informes sustentatorios, se reitera que el preciarario utilizado por el OSIPTEL (el cual se obtuvo sobre la base de 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 modificación alguna referida a este punto.

- Telefónica señala que no se han considerado los costos de *retail* que forman parte del cargo de plataforma.

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).

➤ **Respecto de que la resolución impugnada incumpliría la obligación legal de velar por el cabal cumplimiento de los contratos de concesión.**

Telefónica, al sostener que se le reconozcan todos los costos presentados, desconoce lo establecido por el artículo 14° del TUO de las Normas de Interconexión. Asimismo, contrariamente a lo sostenido por esta empresa, en el Artículo 9° de los Lineamientos del 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 necesaria y eficiente para el análisis que viene desarrollando, siempre y cuando dicha información se encuentre debidamente sustentada.

En tal sentido, la metodología que ha utilizado el OSIPTEL 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.

Por tanto, se debe ratificar la posición del OSIPTEL establecida en la Resolución N° 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, con lo cual, contrariamente a lo sostenido por dicha empresa, no se vería afectado el equilibrio económico financiero de sus Contratos de Concesión.

Finalmente, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos expuestos en el Informe N° 048-GPRC/2012 emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, el cual constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

De acuerdo a los fundamentos señalados, corresponde declarar infundado el recurso especial presentado por Telefónica.

POR LO EXPUESTO, en aplicación de las funciones previstas en el Artículo 23°, en el inciso i) del Artículo 25°, así como en el inciso b) del Artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, y estando a lo acordado por el Consejo Directivo en su Sesión N°449, de conformidad con el Informe N° 048-GPRC/2012;

SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Declarar INFUNDADO el Recurso Especial interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 154-2011-CD/OSIPTEL, y en consecuencia, CONFIRMAR la resolución impugnada en todos sus extremos, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte resolutive de la presente resolución.

Artículo Segundo.- La presente resolución será publicada en el Diario Oficial El Peruano.

Artículo Tercero.- La presente resolución y el Informe N° 048-GPRC/2012, que forma parte integrante de la misma, se notificarán a la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. y serán publicados en la página web del OSIPTEL.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo