

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 088-2003-CD/OSIPTEL

Lima, 28 de agosto de 2003

EXPEDIENTE N°	:	002-2002-CD/GPR/MI
MATERIA	:	Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2003-CD/OSIPTEL
ADMINISTRADO	:	Telefónica del Perú S.A. , en adelante, "Telefónica".

VISTOS: el Informe N° 61-GL/2003 de la Gerencia Legal de OSIPTEL, mediante el cual se presenta el proyecto de resolución que resuelve el recurso de reconsideración interpuesto por Telefónica contra la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2003-CD/OSIPTEL, que establece que esta empresa provea a AT&T Perú S.A. (en adelante "AT&T") la facturación y recaudación de las llamadas de larga distancia bajo el Sistema de Llamada por Llamada, dentro del marco de su relación de interconexión establecida mediante Mandato de Interconexión N° 001-99-GG/OSIPTEL.

CONSIDERANDO:

I. OBJETO:

Es objeto de la presente resolución resolver el recurso de reconsideración interpuesto por Telefónica contra la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2003-CD/OSIPTEL.

II. MARCO LEGAL:

1. OSIPTEL es un organismo de derecho público interno, con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera, creado y regulado por el artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC, por el artículo 6° de la Ley de Desarrollo Constitucional N° 26285 y por la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332.
2. De conformidad con el artículo 23° del Reglamento General de OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, OSIPTEL es competente para emitir Mandatos de Interconexión que establezcan las condiciones de la interconexión entre las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones de las empresas operadoras, bajo su ámbito de competencia.
3. El Consejo Directivo de OSIPTEL, de acuerdo a lo establecido en los artículos 24° y 25° del Reglamento General de OSIPTEL, ejerce la función normativa, la cual implica que tiene la facultad de emitir Mandatos de Interconexión entre las empresas operadoras.

4. El procedimiento administrativo de emisión de mandatos de interconexión se rige, principalmente, por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y por el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 043-2003-CD/OSIPTEL (en adelante "Normas de Interconexión").

III. ANTECEDENTES:

1. Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 057-2003-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el día 07 de julio de 2003, se dictó el Mandato de Interconexión que dispone que Telefónica provea a AT&T la facturación y recaudación de las llamadas de larga distancia bajo el Sistema de Llamada por Llamada, dentro del marco de su relación de interconexión establecida mediante Mandato de Interconexión N° 001-99-GG/OSIPTEL .
2. Telefónica interpuso Recurso de Reconsideración contra la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2003-CD/OSIPTEL mediante escrito recibido con fecha 30 de julio de 2003.
3. Telefónica solicita que el Consejo Directivo de OSIPTEL deje sin efecto el Mandato de Interconexión N° 057-2003-CD/OSIPTEL. Sustenta su recurso interpuesto, principalmente, en los fundamentos siguientes:
 - (i) El cargo de facturación y recaudación establecido en el Mandato de Interconexión impugnado de US\$ 0,1957 modifica indebidamente el cargo de US\$ 0,2039 previsto en el Proyecto de Mandato.
 - (ii) OSIPTEL al expedir el Proyecto de Mandato realizó un estudio de comparación internacional que permitió que el cargo ascienda a US\$ 0,2039. Este Proyecto fue sometido a las objeciones y consideraciones de las partes. Sin embargo, cuestiona que en el Mandato de Interconexión se establezca que el cargo resultante sobre la base del mismo sistema de comparación internacional sea de US\$ 0,1957.
 - (iii) No se analiza ni justifica la modificación del cargo propuesto en el Proyecto de Mandato, por lo que se vulneran los principios de debido procedimiento y de predictibilidad (Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General).
 - (iv) De acuerdo al artículo 60° de las Normas de Interconexión sostiene que el Proyecto de Mandato no puede ser modificado por OSIPTEL⁽¹⁾, salvo para incorporar los comentarios u observaciones efectuadas por las partes, pues se priva del derecho de defensa de las mismas.

1 Telefónica sostiene que "De acuerdo a la norma precitada, queda claro que una vez publicado el proyecto de Mandato, el mismo no puede ser modificado por OSIPTEL, salvo para incorporar los comentarios u observaciones (...)". Esta Consejo Directivo precisa que - de acuerdo con el procedimiento para la emisión de mandatos de interconexión - los proyectos de mandato son notificados a las partes y no publicado como señala Telefónica.

- (v) Cita el Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Tribunal Arbitral en la controversia N° 562-149-2001 respecto de la obligatoriedad de que el Estado respete los procedimientos legales.
- (vi) El cargo de facturación y recaudación es un cargo de interconexión, en consecuencia su determinación se debe realizar conforme al artículo 13° de las Normas de Interconexión y la Sección 10.01 de los contratos de concesión de Telefónica ⁽²⁾. La indicada sección de los contratos de concesión dispone que los cargos fijados por el regulador deben retribuir los costos de proveer la interconexión y asegurar la percepción de utilidad para la empresa regulada.
- (vii) El cargo fijado en el Mandato de Interconexión no asegura que se cubran los conceptos que disponen los contratos de concesión, en la medida que se basan en un mecanismo de comparación internacional.
- (viii) El cargo establecido mediante comparación internacional considera como único insumo el valor de los cargos de otros países, pero no el costo real de proveer el servicio en el Perú. Asimismo, los tres países comparados no guardan similitud con la realidad peruana.
- (ix) Resulta inexacto lo señalado por OSIPTEL respecto que el costo incremental para proveer a otros operadores las facilidades de distribución de recibos y la recaudación es desdeñable, en la medida que se fundamenta en presunciones y en el mandato no se realiza un análisis de los costos reales de Telefónica.
- (x) Cuestiona la afirmación de OSIPTEL respecto que Telefónica no ha brindado toda la información solicitada desde julio de 2002. Considera que solicitaron a OSIPTEL la concesión de un plazo razonable para la presentación del Modelo de Costos, sin embargo, el plazo otorgado resultó insuficiente para la culminación y presentación de dicho modelo.

4. Mediante comunicación C.658-GG.L/2003 de fecha 11 de agosto de 2003 – notificada en el 12 de agosto de 2003 - se puso en conocimiento de AT&T el recurso de reconsideración interpuesto por Telefónica; sin embargo esta empresa no ha absuelto el traslado en el plazo conferido.

IV. ANALISIS DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN

1. Modificación del cargo de interconexión en el Mandato de Interconexión

Conforme se ha expresado en la parte de Antecedentes, Telefónica considera que el cargo de facturación y recaudación establecido por OSIPTEL en el Mandato de Interconexión modifica indebidamente el cargo previsto en el Proyecto e Mandato.

Al respecto, este Consejo Directivo se ratifica en su decisión de establecer que por la provisión de la facturación y recaudación de llamadas de larga distancia bajo el Sistema de

2 Aprobados por Decreto Supremo N° 11-94-TC. Se tratan del "Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú" y "Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador y Servicio Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao".

Llamada por Llamada, AT&T pagará a Telefónica un cargo único de US\$ 0,1957 sin el Impuesto General a las Ventas, por recibo emitido y distribuido al usuario.

La metodología utilizada para establecer este cargo de interconexión ha sido la comparación internacional y está debidamente sustentada en los documentos emitidos, tanto en el Proyecto de Mandato de Interconexión como en el Mandato impugnado.

Así, expresamente se señalan en el Mandato de Interconexión:

- (i) Las consideraciones de OSIPTEL respecto de los comentarios relevantes de Telefónica. Los cuales están reproducidos en el Mandato de Interconexión.
- (ii) La revisión de la experiencia regulatoria respecto de las comunicaciones de larga distancia bajo la modalidad de llamada por llamada en países de América Latina, Europa y Asia.
- (iii) Los criterios utilizados para la elaboración de la comparación internacional, los cuales fueron:
 - (a) La condición que el mercado de larga distancia del país se encuentra abierto a la competencia y se emplea el sistema de llamada por llamada como medio de acceso del usuario final al portador de larga distancia; y,
 - (b) La condición que los operadores locales de telefonía fija ofrezcan el servicio de facturación y recaudación a los operadores de larga distancia que prestan su servicio bajo el sistema de llamada por llamada y el regulador ha intervenido en el establecimiento de dichos cargos.
- (iv) Se detallaron los países que cumplían con los criterios establecidos en el numeral (iii). Se estableció que Alemania, Bolivia, Brasil, Colombia y Chile tienen cargos de facturación y recaudación de acuerdo a los criterios antes expuestos.
- (v) De los países detallados, se han considerado los que tengan mercados consolidados con un período prudencial de competencia.
- (vi) Se detallaron las razones por las cuales Brasil y Bolivia fueron excluidos del análisis de comparación internacional.
- (vii) Se analiza y se establecen los parámetros para la evaluación de los países validados para la comparación internacional: Alemania, Colombia y Chile.
- (viii) Concluido dicho análisis se obtiene el valor promedio del cargo total por recibo facturado y recaudado.

Conforme se puede apreciar, OSIPTEL ha realizado un análisis de comparación internacional debidamente sustentado, con el cual se obtiene un valor del cargo total por recibo facturado y recaudado. Si bien este valor resulta distinto al propuesto en el Proyecto de Mandato de Interconexión, debe considerarse que no se afecta de manera alguna el principio a un debido procedimiento administrativo ni el principio de predictibilidad contenidos en la Ley 27444 a que hace referencia Telefónica en la medida que, por un lado, se ha utilizado la misma metodología (comparación internacional) para determinar el valor - la variación se produce por un criterio objetivo en la selección de los países analizados -, y por otro lado, se han analizado los comentarios de Telefónica a dicha metodología - por lo cual Telefónica conocía que el análisis de las variables y criterios utilizados podían producir un incremento o disminución del valor del cargo propuesto en el proyecto -.

Asimismo, debe señalarse que el Proyecto de Mandato de Interconexión constituye una propuesta a las partes para establecer las condiciones a las cuales se sujetará la interconexión (en este caso el cargo de facturación y recaudación dentro de una interconexión ya establecida) y no perjudica que OSIPTEL en el Mandato de Interconexión definitivo pueda realizar modificaciones distintas a los comentarios u objeciones de las partes.

En ese mismo orden de ideas, cabe indicar que la emisión de los Mandato de Interconexión - a diferencia del contrato de interconexión (que se encuentra dentro del ámbito de las partes) - se encuentra dentro del ámbito de decisión del regulador, de tal manera que los comentarios y objeciones con motivo del Proyecto no tienen efectos vinculantes para la decisión final, tal como lo expresa el segundo párrafo del artículo 60º de las Normas de Interconexión.

No se coincide, en ese sentido, con la interpretación propuesta por Telefónica que - conforme al referido artículo de las Normas de Interconexión - el Proyecto de Mandato no puede ser modificado por OSIPTEL, salvo para incorporar los comentarios u observaciones efectuadas por las partes

Por lo expuesto en el presente numeral, este Consejo Directivo discrepa de lo señalado por Telefónica respecto de la afectación a su derecho y reitera que en la emisión del Mandato de Interconexión se han cumplido los procedimientos legales ⁽³⁾.

2. El Cargo de interconexión fijado mediante el mecanismo de comparación internacional

Telefónica señala en su recurso de reconsideración que el cargo de facturación y recaudación es un cargo de interconexión, en consecuencia su determinación se debe realizar conforme al artículo 13º de las Normas de Interconexión y la Sección 10.01 de los contratos de concesión de Telefónica.

Sobre este particular, debe citarse el numeral 46 de los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de las Telecomunicaciones - aprobados por el Decreto Supremo N° 020-98-MTC- el cual establece los mecanismos para la fijación de los cargos de interconexión. De este numeral se desprende lo siguiente:

- (i) Estos criterios se aplicarán para establecer los cargos por defecto - cargos de interconexión - y para establecer mandatos o resolver controversias entre operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.
- (ii) Se aplicará el Reglamento de Interconexión (contenido en las Normas de Interconexión).
- (iii) La información se obtendrá sobre la base de:

3 Por lo que no existe un incumplimiento a lo dispuesto en el Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Tribunal Arbitral en la controversia N° 562-149-2001. No obstante, cabe señalar que este laudo arbitral actualmente se encuentra en revisión en el Poder Judicial

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

En ese sentido, resulta correcto afirmar que en el Mandato de Interconexión se puede fijar el cargo correspondiente ⁽⁴⁾, aplicable a la relación de interconexión entre Telefónica y AT&T y este cargo tiene que ser determinado conforme a las Normas de Interconexión y los criterios establecidos en el referido Numeral.

Ahora bien, OSIPTEL dispone de plazos establecidos en las Normas de Interconexión para la emisión del respectivo Mandato de Interconexión y tiene que emitir el referido acto administrativo en función a lo actuado en el expediente administrativo correspondiente. En el presente procedimiento administrativo no se ha contado con información de costos ni con un Modelo de Costos de Facturación y Recaudación de Telefónica que permita determinar el referido cargo de interconexión en función al primer criterio (información de costos proporcionados por las empresas).

Ante esta situación - y siguiendo lo establecido en el Numeral 46 - se ha utilizado el mecanismo de comparación internacional para determinar dicho cargo de interconexión. Este criterio y la aplicación del Numeral citado son reconocidos por Telefónica en sus comentarios al Proyecto de Mandato de Interconexión remitidos mediante comunicación GGR-107-A-227/IN-03 recibidos con fecha 22 de abril de 2003; en ese sentido, no resulta válido que Telefónica, en este estado del procedimiento, por el contrario, alegue que se afecta su contrato de concesión y lo establecido en el artículo 13 de las Normas de Interconexión.

Resulta razonable que no se podrá aplicar un criterio de costos como el contenido en los contratos de concesión y en las Normas de Interconexión en la medida que no se cuenta con información de costos, situación inicial común en la regulación, y que ante ello, expresamente los Lineamientos de Política de Apertura establecieron el criterio subsidiario que tendría que aplicarse.

En caso que Telefónica - como manifiesta en su escrito de reconsideración - considere que el cargo establecido no retribuye los costos que genera, tiene el derecho a solicitar el inicio de un procedimiento administrativo para la revisión de este cargo, conforme a la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2002-CD/OSIPTEL

Por otro lado, conforme se explicó en el numeral IV.1 el mecanismo de comparación internacional ha sido realizado de forma objetiva, con criterios razonables y de mercado y

4 Debe tenerse en cuenta, además, que la segunda disposición final de la Resolución de Consejo Directivo N° 005-2002 que aprueba el Procedimiento para la fijación de Precios Regulados de OSIPTEL dispone que el procedimiento regulado no será aplicable cuando los cargos sean fijados mediante los Mandatos de Interconexión.

velando por la adaptación de dichas realidades a la realidad peruana. En ese sentido, la comparación realizada tiene un resultado válido desde el punto de vista legal y económico.

Asimismo, debe indicarse que la afirmación de OSIPTEL respecto del costo incremental de proveer a otros operadores de larga distancia las facilidades de distribución de recibos y la recaudación, se sustenta en la evidencia que el número de recibos a ser distribuidos y recaudados al proveer la facilidad de facturación y recaudación sería el mismo que el que actualmente maneja Telefónica (en la medida que tales recibos contienen también el consumo local de sus abonados). Sin embargo, en el presente procedimiento administrativo Telefónica se limita a señalar que es incorrecta la afirmación sin presentar el sustento en contrario; en todo caso, Telefónica tiene el derecho de sustentar lo contrario y cuestionar esta evidencia en el procedimiento administrativo respectivo en el que se analicen sus costos de proveer la facilidad de facturación y recaudación sobre la base de un modelo de costos.

Como ya se ha expresado, OSIPTEL dispone de plazos establecidos en las Normas de Interconexión para la emisión del respectivo Mandato de Interconexión, por lo que no puede otorgar ampliaciones de plazos más allá del plazo límite para su emisión; por tal motivo, se denegó la extensión del plazo solicitada por Telefónica mediante comunicación C.387-GG.GPR/2003 de fecha 28 de abril de 2003.

Finalmente, respecto de la presentación del Modelo de Costos, en un ámbito de resolución de alcance general ⁽⁵⁾, debe considerarse que - no obstante que se tratan de procedimientos administrativos distintos al presente - Telefónica inició un procedimiento administrativo de fijación de cargo tope sobre la base de costos que concluyó mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 047-2003-CD/OSIPTEL en la medida que dicha empresa no presentó la información necesaria para su determinación y, actualmente, se ha iniciado un procedimiento de fijación del cargo de interconexión tope por facturación y recaudación utilizando el mecanismo de comparación internacional ⁽⁶⁾.

En aplicación de las funciones previstas en el Reglamento General de OSIPTEL y estando a lo acordado por el Consejo Directivo de OSIPTEL en su sesión N° 181 ;

SE RESUELVE:

Artículo 1º.- Declarar Infundado el recurso de reconsideración interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 057-2003-CD/OSIPTEL, que establece que dicha empresa provea a AT&T Perú S.A. la facturación y recaudación de las llamadas de larga distancia bajo el Sistema de Llamada por Llamada, dentro del marco de su relación de interconexión establecida mediante Mandato de Interconexión N° 001-99-GG/OSIPTEL.

5 El mandato de interconexión tiene alcance particular.

6 Dicho procedimiento se tramita bajo el expediente N° 002-2003-CD-GPR/IX

Artículo 2º.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa y Servicio al Usuario la notificación de la presente resolución a Telefónica del Perú S.A.A. y AT&T Perú S.A.

Regístrese, comuníquese y publíquese,

EDWIN SAN ROMÁN ZUBIZARRETA
Presidente del Consejo Directivo