

Carta Nro. 001-29122020-GG

Lima, 29 de diciembre de 2020

Señor

**Lenin Quiso Córdova**

Gerente de Políticas Regulatorias y Competencia

OSIPTEL

Presente.-

Referencia : Su carta N° 0024-DPRC/2020  
Expediente N° 00001-2020-CD-GPRC/MOV

De nuestra mayor consideración:

Tenemos el agrado de dirigirnos a usted con relación a la carta de la referencia, mediante la cual su Despacho nos corrió traslado del recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Viettel Perú S.A.C. (en adelante, BITEL) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 00162-2020-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato Complementario), mediante la cual se aprobó el Mandato Complementario entre Dolphin Mobile S.A.C. y BITEL; de acuerdo con lo establecido en el Anexo del Informe N° 00009-DPRC/2020 (en adelante, el Informe).

Al respecto, por medio de la presente comunicación, cumplimos con presentar nuestros comentarios a dicha comunicación, los cuales detallamos a continuación:

**1. El Mandato Complementario no ha vulnerado el derecho al debido procedimiento de BITEL**

De acuerdo a lo señalado por BITEL en su recurso de reconsideración, el Mandato Complementario y los informes emitidos por su Despacho habrían transgredido su derecho al debido procedimiento administrativo reconocido constitucional y legalmente, a través de la vulneración al denominado Principio de Congruencia Procesal y al emitir un pronunciamiento ultrapetita.

Así, según lo señalado por BITEL, en la medida que la solicitud presentada por Dolphin Mobile no hizo referencia a los precios de acceso que fueron establecidos por OSIPTEL en el Mandato Complementario, dicho mandato se habría pronunciado sobre una materia que no había sido objeto de controversia, vulnerando con ello el Principio de Congruencia Procesal, entendido como: *“la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto”*.

Al respecto debemos señalar que, como su mismo nombre lo indica, el Principio de Congruencia Procesal (y no simplemente el Principio de Congruencia, como señala BITEL) es una regla propia del Proceso Judicial Penal que vincula dos figuras del Derecho Procesal Penal: la relación que necesariamente debe existir entre la acusación penal y la sentencia emitida por el Juez. Así, considerando sus

---

orígenes y naturaleza, la aplicación de este principio ha sido trasladada al Proceso Judicial Civil e, inclusive al Procedimiento Administrativo; siendo que, debido a que rige necesariamente sobre procedimientos de carácter contencioso, invocar este principio fuera de un procedimiento administrativo trilateral resulta incorrecto.

En efecto, es en el procedimiento administrativo trilateral en donde encontramos la existencia de una pretensión “acusatoria” por parte de un administrado que ostenta la condición de “reclamante” respecto de otro administrado que ostenta la condición de “reclamado” (artículo 229° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – LPAG), a fin de que la autoridad administrativa resuelva la controversia.

Sin embargo, el procedimiento de emisión de mandato de acceso no es un procedimiento administrativo de naturaleza contenciosa y, menos aún un procedimiento administrativo trilateral.

En efecto, el artículo 3 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos, Ley N° 27332, modificada por las Leyes N° 27631, N° 28337 y N° 28964, establece que el OSIPTEL ejerce, entre otras, la función normativa que comprende la facultad de dictar, en el ámbito y en materias de su competencia, 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.

En la misma línea los artículo 23°, 24° y 25° del Reglamento General del OSIPTEL aprobado mediante Decreto Supremo N° 008-2001-PCM señala lo siguiente:

**Artículo 23.- Definición de Función Normativa**

La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios.

Asimismo, comprende la **facultad de dictar mandatos y normas de carácter particular**; referidas a intereses, obligaciones o derechos de las entidades o actividades bajo su competencia, o de sus usuarios.

**Artículo 24.- Órganos Competentes para ejercer la función normativa**

La función normativa se ejerce de manera exclusiva por el Consejo Directivo, a través de la expedición de Resoluciones debidamente sustentadas.

**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.

(...)

- n) **Dictar mandatos de interconexión, los que podrán incluir tarifas, cargos y otros términos y condiciones de la interconexión.**

No cabe duda entonces, que el Mandato de Acceso fue emitido en ejercicio de la Facultad Normativa del OSIPTEL establecida en el ordenamiento legal vigente y no como parte de su Facultad de Solución de Controversias la cual, conforme a lo señalado en el artículo 49° del Reglamento General del OSIPTEL “(..) *autoriza a los órganos funcionales competentes de OSIPTEL a **resolver en la vía administrativa los conflictos y las controversias que**, dentro del ámbito de su competencia, **surjan** tanto, **entre empresas operadoras**, y entre una cualquiera de éstas y el usuario”.*

Siendo ello así, no corresponde hablar de un proceso en el cual existe un reclamante que realiza una “acusación” contra un reclamante para que el OSIPTEL dirima la controversia, sino que se trata de un proceso administrativo orientado a la emisión de un acto administrativo de carácter normativo del OSIPTEL. Es en esta línea que el Principio del Debido Procedimiento recogido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, precisa que: “**La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo**”.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, inclusive en el procedimiento administrativo que se desarrolla para la emisión de actos administrativos en cualquiera de sus modalidades, la administración tiene la facultad de emitir pronunciamientos y actos administrativos en general, que vayan más allá de lo solicitado por el administrado.

Un ejemplo claro de esta facultad establecida en la LPAG está dada por la posibilidad de la autoridad administrativa de anular un acto administrativo aun cuando dicha pretensión no haya sido incorporada en la alegación o en el recurso impugnativo. De esta manera podemos afirmar que, contrariamente a lo que señala BITEL, en el caso de la emisión de los actos administrativos que no responden a la solución de controversias entre administrados, la pretensión de cualquiera de ellos no condiciona el alcance del pronunciamiento de la administración.

Considerando la naturaleza del Mandato de Acceso detallada anteriormente, no resulta correcto señalar como la hecho BITEL, que: “(..) *el Consejo Directivo habría limitado la oportunidad de BITEL de contradecir dichos precios de acceso, lo que a su vez constituye una afectación al derecho de defensa*”.

En efecto, siendo un procedimiento de carácter normativo el Consejo Directivo del OSIPTEL notificó a las partes la Resolución N° 113-2020-CD/OSIPTEL y el Informe N° 00083-GPRC/2020 conteniendo el Proyecto de Mandato Complementario, a efectos de que las mismas hicieran llegar al Regulador sus observaciones y comentarios al mismo dentro del plazo otorgado para tal efecto.

---

En dicho Proyecto de Mandato Complementario OSIPTEL, **lejos de establecer valores fijos aplicables a la relación de acceso entre Dolphin Mobile y BITEL, estableció una metodología para la determinación de los precios de acceso aplicable en el tiempo y un mecanismo de actualización de los mismos** en función de los precios que representan las mejores ofertas del mercado. Al respecto, señaló lo siguiente:

*Bajo este contexto, el **OSIPTEL ha considerado conveniente seleccionar un conjunto de precios que representan las mejores ofertas otorgadas por los OMR a los OMV**, considerando que estas, al ser resultado de procesos de libre renegociación, retribuyen la provisión de los servicios mayoristas, los elementos de red y las facilidades adicionales asociadas con la relación de acceso, incluyendo un margen de utilidad propio por brindar el servicio mayorista.*

*Cabe indicar que aun cuando los precios de acceso se establecieran estrictamente a los costos específicamente atribuidos a la operación de cada OMV con su OMR, el cálculo de dichos cargos requiere de un periodo de evaluación mayor que escapa de los plazos del presente procedimiento de emisión de mandato, sin considerar las altas demandas de información y los recursos que ello originaría. Por tanto, **este Organismo Regulador considera que la metodología empleada en el presente procedimiento resulta la más idónea bajo el criterio de costo-efectividad por cuanto requiere de menor intervención del mercado**, minimiza el riesgo de falla regulatoria y es de fácil implementación y aplicación.*

Siendo ello así, mediante carta N° 02478-2020/DL, recibida el 25 de setiembre de 2020, BITEL remitió al OSIPTEL sus comentarios al Proyecto de Mandato Complementario, en los cuales -inclusive- reclamó que el OSIPTEL haya propuesto una condición de retribución económica distinta a las planteadas por las partes en el proceso de negociación, señalando que ello restaría predictibilidad a su accionar e incrementaría los costos de transacción.

En otras palabras, BITEL ejerció su derecho de comentar y observar aquellos aspectos del Proyecto de Mandato Complementario con los que no estaba de acuerdo, siendo que los mismos fueron recibidos y evaluados por el Consejo Directivo de cara a la emisión del Mandato Complementario. En todo caso, una vez emitido el acto administrativo normativo conforme a lo establecido en el ordenamiento legal vigente, BITEL ha ejercido plenamente su derecho de defensa (que es una de las expresiones del debido procedimiento) al interponer el recurso de reconsideración que nos ocupa.

Finalmente, BITEL indica que como consecuencia de lo señalado anteriormente OSIPTEL se habría pronunciado más allá de lo solicitado por Dolphin Mobile, lo que configura un supuesto de pronunciamiento ultrapetita. Sobre este tema, nos hemos pronunciado ampliamente en el sentido que el procedimiento administrativo de emisión de mandatos de acceso forma parte de las facultades normativas del OSIPTEL, por lo que no existe una “pretensión” de parte que deba ser resuelta por el Regulador, como se presenta en el caso de los procedimientos administrativos trilaterales.

---

Siendo ello así, el Mandato de Acceso no puede ser considerado un pronunciamiento ultrapetita en la medida que no responde en estricto a una pretensión de parte, sino a la necesidad de normar relaciones de acceso de carácter particular en el marco de la emisión de un acto administrativo de índole normativo.

## **2. Comentarios al Informe “Análisis Económico del Mandato Complementario de Acceso entre BITEL y Dolphin”**

A efectos de sustentar su recurso de reconsideración, BITEL presenta el Informe denominado “Análisis Económico del Mandato Complementario de Acceso entre BITEL y Dolphin” elaborado por la empresa MACROCONSULT, cuyo análisis parte de los mismos argumentos señalados anteriormente referidos a la supuesta imposibilidad de dicha empresa de opinar sobre el valor del cargo de acceso establecido en el Mandato Complementario.

En este caso, el Informe de MACROCONSULT señala que el establecimiento de valores diferentes a los establecidos en el Proyecto de Mandato Complementario estaría vulnerando el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima establecido en la LPAG. Recordemos que este principio establece que: *“Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos”*.

Cabe señalar, que en el Mandato Complementario el Consejo Directivo explicó de manera suficiente y razonable las razones por las cuales la opción regulatoria para la fijación de los cargos de acceso a través de Mandatos de Acceso pasaba por *“(…) seleccionar un conjunto de precios que representan las mejores ofertas otorgadas por los OMR a los OMV”*.

Al respecto, reiteramos que ya desde el Proyecto de Mandato Complementario, OSIPTEL dejó en claro que no iba a establecer valores fijos aplicables a la relación de acceso entre Dolphin Mobile y BITEL, sino más bien una metodología para la determinación de los precios de acceso aplicable en el tiempo y un mecanismo de actualización de los mismos considerando los precios que representan las mejores ofertas del mercado.

En tal sentido, nos encontramos ante un razonamiento coherente, razonable y confiable por parte del OSIPTEL con respecto al establecimiento de una metodología de fijación de cargos de acceso, respecto de la cual ya se recibieron y evaluaron los comentarios y observaciones formuladas por ambas partes. Siendo ello así, no corresponde argumentar ausencia de predictibilidad en la decisión del regulador, pues dicha metodología establece claramente el criterio aplicable a la fijación de dichos cargos.

Por otro lado, MACROCONSULT señala que al aplicar la metodología señalada anteriormente OSIPTEL estaría asumiendo que los contratos de acceso no incluyen subsidios cruzados entre servicios, lo cual no reflejaría adecuadamente lo acordado por las partes en dichos contratos. Según lo señalado por MACROCONSULT, el ejemplo de esta situación es la existencia de cargos

---

equivalentes a cero, como es el caso del escenario de SMS entrantes a la red de BITEL.

Este argumento había sido presentado previamente por BITEL en los comentarios al Proyecto de Mandato Complementario y absuelto ampliamente por OSIPTEL como parte el Mandato Complementario. Respecto a lo señalado por BITEL con relación a la existencia de subsidios cruzados, OSIPTEL ha señalado lo siguiente en el Informe N° 009-DPRC-2020:

*Así, por ejemplo, tanto VIRGIN MOBILE (hoy FLASH MOBILE) como GUINEA MOBILE suscribieron contratos de acceso que fueron renegociados en múltiples oportunidades, produciendo significativas reducciones en los cargos de acceso de datos y voz. Es bajo este contexto, que el OSIPTEL considera que la revisión de los contratos libremente suscritos proporciona referencias de mercado (benchmark de precios) que resultan válidas y actualizadas, en la medida que reflejan el resultado de un proceso de negociación continuo que tiene como principal objetivo la constante mejora de las condiciones establecidas en los contratos.*

*Por tal motivo, el OSIPTEL ha seleccionado un conjunto de precios que representan las mejores ofertas por servicio otorgadas por los OMR a los OMV, considerando que estas, al ser resultado de procesos continuos de libre renegociación, proporcionan precios de acceso para cada tipo de tráfico que retribuyen la provisión de los servicios mayoristas, los elementos de red y/o las facilidades adicionales asociadas con la relación de acceso, según lo previsto en el artículo 21, numeral 21.4 de las Normas Complementarias, incluyendo un margen de utilidad propio por brindar el servicio mayorista. De esta manera, si bien existe la posibilidad de que las empresas empleen estructuras particulares que respondan a algún esquema particular de subsidios cruzados, el regulador debe presumir que las negociaciones de los precios de acceso se desarrollan a luz de lo dispuesto por las normas de acceso.*

*Sin perjuicio de ello, debe señalarse que cuatro de los cinco precios de acceso establecidos en el presente Mandato Complementario corresponden a la oferta comercial otorgada por TELEFÓNICA a FLASH MOBILE, de tal modo que el cargo de acceso por el servicio de SMS saliente es el único precio distinto de cero recogido de la relación contractual pactada entre AMÉRICA MÓVIL y GUINEA MOBILE. Al respecto, cabe indicar que el valor establecido en el presente Mandato Complementario por el servicio de SMS saliente es 18% menor al precio pactado por TELEFÓNICA Y FLASH MOBILE, diferencia que no justifica el empleo de promedios en el cálculo de las tarifas de todos los servicios proporcionados por el OMR.*

Como puede apreciarse, OSIPTEL ha manifestado claramente su imposibilidad de presumir estructuras comerciales particulares o de subsidios cruzados que no han sido planteadas en ninguno de los contratos de acceso que han sido tomados como referencia para la fijación de los precios de acceso en el presente procedimiento. No sólo ello, ha dejado establecida una metodología que se

---

condice con el proceso de negociación continuo que los OMV y OMR han mostrado en el mercado peruano, el cual ha tenido siempre por objetivo la mejora de las condiciones económicas establecidas en los contratos de acceso. Este hecho refleja una tendencia constante y sostenida del mercado hacia la reducción de los precios de acceso, como el resultado más eficiente de dichas negociaciones.

Finalmente, MACROCONSULT recoge lo señalado por BITEL con ocasión del Proyecto de Mandato Complementario en el sentido que para el caso del servicio de datos el OSIPTEL habría seleccionado un cargo que es independiente del nivel de tráfico cursado por el OMV, conforme a lo establecido en los contratos de acceso tomados como referencia. Por ello, MACROCONSULT vuelve a mencionar que no se estaría recogiendo íntegramente la menor condición económica del mercado sino únicamente un tramo de ella, la cual solo sería aplicable a transacciones con una elevada cantidad de tráfico.

Tal como señalamos anteriormente, este argumento ya había sido planteado por BITEL y, por ende, analizado y respondido por el OSIPTEL en la emisión del Mandato Complementario, señalando expresamente lo siguiente:

*(...) En la práctica, bajo un contexto de restricciones verticales, el esquema de descuentos propuesto no se orientaría a brindar incentivos a los OMV para que incrementen el volumen de tráfico cursado, dado que las metas propuestas resultarían inalcanzables. En razón de ello, y a la luz de lo expuesto en párrafos anteriores, **el OSIPTEL ha establecido cargos de acceso que representan la mejor oferta por servicio, proporcionada por los OMR a los OMV que se encuentran alojados en sus redes.***

*Además, debe señalarse que con el establecimiento de cargos de acceso únicos este Organismo Regulador no desconoce los posibles resultados eficientes de la discriminación de precios. Por el contrario, considera que **la selección de las mínimas tarifas brinda, en el margen, una aproximación más cercana de los costos eficientes de provisión de acceso de la industria.** En efecto, debe tenerse en cuenta que una de las aproximaciones a **la prestación eficiente del acceso viene dada por los precios ofrecidos en los tramos de operación en los que la empresa alcanza economías de escala, cubriendo los costos de operación, la cual estaría siendo aproximada en el presente procedimiento con la selección del mínimo precio ofrecido por la industria a los OMV.** Así, presumir que el OMV deba afrontar una retribución escalonada conforme demanda tráfico sería omitir que el OMR opera en tramos cuyos costos por tráfico han alcanzado niveles mínimos.*

Como puede apreciarse, la elección del precio mínimo de las relaciones de acceso del mercado por parte del OSIPTEL no resulta ser una decisión arbitraria, en la medida que se encuentra debidamente motivada y responde a criterios de eficiencia que se ratifican en la interacción constante de OMV y OMR en el mercado peruano, independientemente del volumen de tráfico que cursen las mismas. Optar por un esquema de volúmenes de tráfico no resulta coherente con la metodología utilizada por el OSIPTEL y que ha sido explicada anteriormente,



---

la cual está orientada también a la actualización tarifaria con el menor costo para el OMV y el Regulador.

Sin otro particular, quedamos de Usted.

Atentamente

Javier Sánchez Benalcazar  
Gerente General

Telf: +511-7151010 Anexo 110  
Celular: +51-945119964  
email: javier.sanchez@dolphin.pe