

RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 002-2008-CD/OSIPTEL

Lima, 20 de mayo de 2008.

EXPEDIENTE:	N° 00001-2005-CD-GPR/RT
MATERIA:	Revisión de tarifas tope aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL / Recurso Especial
ADMINISTRADO:	Telefónica del Perú S.A.A.

VISTOS:

- (i) El escrito de fecha de recepción 08 de abril de 2008, presentado por la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, Telefónica), mediante el cual interpone recurso especial contra la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, y;
- (ii) El Informe N° 266-GPR/2008 de la Gerencia de Políticas Regulatorias del OSIPTTEL, presentado por la Gerencia General, mediante el cual se sustenta el proyecto de resolución para emitir pronunciamiento sobre la impugnación planteada; y con la conformidad de la Gerencia Legal;

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES**

El artículo 3° de la Ley N° 27332 -Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos-, señala que el OSIPTTEL tiene, entre otras, la Función Reguladora, en cuya virtud tiene la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito.

De conformidad con lo estipulado en la Cláusula 9 de los Contratos de Concesión celebrados entre el Estado Peruano y Telefónica -aprobados mediante Decreto Supremo N° 11-94-TCC- el servicio de arrendamiento de circuitos -servicio portador- prestado por Telefónica, está sujeto a regulación dentro del Régimen Tarifario de Categoría II.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 127-2003-CD/OSIPTTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 25 de diciembre de 2003, se aprobó el "Procedimiento para la Fijación o Revisión de Tarifas Tope" (en adelante, el Procedimiento), en cuyo Artículo 6° se detallan las etapas y reglas a que se sujeta el procedimiento de oficio que inicie OSIPTTEL.

Dentro de este marco, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 022-2005-CD/OSIPTTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de abril de 2005, se dispuso

el inicio del procedimiento de oficio para la revisión de tarifas tope -máximas fijas- aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, provistas por Telefónica.

Posteriormente, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 21 de marzo de 2007, se establecieron las tarifas tope -máximas fijas- aplicables a prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, provistas por Telefónica.

Mediante escrito recibido por el OSIPTEL el 11 de abril de 2007, Telefónica interpuso recurso especial contra la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL.

El mencionado recurso fue resuelto mediante Resolución de Consejo Directivo N° 030-2007-CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 09 de junio de 2007, disponiéndose lo siguiente:

- (i) Declarar parcialmente fundado el recurso especial interpuesto por Telefónica contra la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL, en el extremo referido a la distribución de costos considerada para la determinación de las tarifas tope previstas en su artículo 1°, ratificándose dicha resolución en lo demás que contiene.
- (ii) Como consecuencia de lo anterior, a partir del 21 de marzo de 2007 quedó sin efecto el artículo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL y se suspendieron los efectos de sus artículos 2° al 10°.
- (iii) Disponer que se notifique a Telefónica las propuestas de tarifas tope que estaban previstas en el artículo 1° de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL y que se han derivado de la distribución de costos considerada en la referida resolución, otorgando a dicha empresa el plazo correspondiente para que presente sus comentarios u objeciones en cuanto al extremo referido a dicha distribución de costos.
- (iv) Asimismo, se dispuso que el referido proyecto fuese publicado en el diario oficial El Peruano, efectuándose la correspondiente convocatoria a Audiencia Pública Descentralizada.

Mediante Resolución de Presidencia N° 182-2007-PD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 27 de noviembre de 2007, se dispuso publicar para comentarios la propuesta de tarifas tope -máximas fijas- para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, provistas por Telefónica; asimismo, en la mencionada resolución se precisó que la nueva etapa de comentarios y consulta pública sólo estaría referida a la distribución de costos que ha determinado los valores de las tarifas tope propuestas, en tanto que la estimación de costos de la red de Telefónica para brindar el servicio regulado, así como las disposiciones establecidas en los artículos 2° al 10° de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL, no estarían sujetos a nuevos comentarios por parte de Telefónica ni a nueva consulta pública, de conformidad con el sentido y alcances de lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2007-CD/OSIPTEL.

El día 11 de enero de 2008 se llevaron a cabo las Audiencias Públicas Descentralizadas en las ciudades de Lima, Arequipa y Piura.

Mediante Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 17 de marzo de 2008, se establecieron las tarifas tope -máximas fijas- para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, provistas por Telefónica.

Mediante escrito recibido por el OSIPTEL el 08 de Abril de 2008, dentro del plazo legal, Telefónica interpuso recurso especial contra la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL.

II. PROCEDENCIA, ALCANCES Y FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El Artículo 11º del Procedimiento establece lo siguiente:

“Artículo 11º.- Recursos

Frente a las Resoluciones que establezcan tarifas tope para una empresa en particular, 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 concesionaria involucrada o las organizaciones representativas de usuarios podrán interponer recurso especial ante el Consejo Directivo de OSIPTEL, el cual se regirá por las disposiciones establecidas por la Ley de Procedimiento Administrativo General para el recurso de reconsideración.”

Como se puede apreciar, la norma citada prevé la posibilidad de impugnar las resoluciones del OSIPTEL que fijan tarifas tope aplicables al servicio prestado por una empresa en particular, a través de un recurso especial planteado por dicha empresa.

La resolución impugnada ha establecido las tarifas tope, aplicables en particular a las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, provistas por Telefónica, por lo que es procedente su impugnación a través de un recurso especial.

En su escrito de VISTOS (pág. 3, primer párrafo), Telefónica impugna la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, específicamente, en cuanto a lo dispuesto en el artículo 1º -que fija los valores de las tarifas tope para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL (acceso digital asimétrico por línea telefónica)- y en el artículo 2º -que dispone que Telefónica deberá establecer la capacidad de red que permita que los usuarios que hagan uso del servicio en la hora de mayor carga, puedan en conjunto transmitir y recibir datos a una velocidad promedio del 60% de la velocidad contratada-.

Al respecto, debe indicarse que, de conformidad con el sentido y alcances de lo dispuesto en la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2007-CD/OSIPTEL, la presente etapa de revisión está referida únicamente a la distribución de costos que ha determinado los valores de las tarifas tope establecidas en la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL. Ello, considerando que, tanto la estimación de costos de la red de Telefónica para brindar el servicio regulado como las disposiciones establecidas en los artículos 2º al 10º de la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL ya fueron revisadas en vía administrativa, por lo que constituyen “cosa decidida” al haberse agotado respecto de ellos dicha vía.

En ese sentido, el recurso especial interpuesto por Telefónica debe ser declarado improcedente, en el extremo que impugna lo dispuesto en el artículo 2° de la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, cuyo contenido fue materia del recurso especial interpuesto contra la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL, ratificado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 030-2007-CD/OSIPTEL.

En cuanto al extremo del recurso especial que impugna lo dispuesto en el artículo 1° de la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, este colegiado se pronunciará sobre el fondo del asunto.

Las alegaciones del recurso, en cuanto a aspectos sustantivos, se refieren a:

- i) Supuesta modificación de las características del servicio de acceso ADSL que ofrece Telefónica.
- ii) Supuesta inconsistencia de algunos aspectos del modelo de costos del OSIPTEL, relacionada con la distribución de costos que ha determinado los valores de las tarifas tope establecidas.

Las alegaciones del recurso, en cuanto a aspectos adjetivos o procedimentales, se refieren a:

- i) Cuestionamiento de la competencia de la Presidencia del Consejo Directivo para emitir la resolución tarifaria impugnada.
- ii) Cuestionamiento sobre el cumplimiento del Debido Procedimiento.

III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE TELEFÓNICA

4.1 Sobre la supuesta modificación de las características del servicio de acceso ADSL que ofrece Telefónica.

Telefónica sostiene que el OSIPTEL habría establecido tarifas tope para un servicio diferente al ofrecido por ella. Al respecto, cabe indicar que este mismo argumento fue planteado por Telefónica en el recurso especial interpuesto el 11 de abril de 2007 contra la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL.

Siendo así, considerando que la presente etapa de revisión está referida únicamente a la distribución de costos que ha determinado los valores de las tarifas tope establecidas en la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, no corresponde a este colegiado analizar el argumento planteado por Telefónica respecto de la modificación de las características del servicio que ofrece, en la medida que éste ya fue materia de análisis y pronunciamiento en la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2007-CD/OSIPTEL.

4.2 Sobre la supuesta inconsistencia relacionada con la distribución de costos que ha determinado los valores de las tarifas tope establecidas

Telefónica cuestiona la consistencia del modelo de costos, relacionada con la distribución de los mismos, planteando sus argumentos sobre dos temas:

a. Porcentajes correspondientes a la tarifa variable y fija:

Con relación a este tema, Telefónica argumenta:

- Que en los comentarios presentados al proyecto de resolución que fija las tarifas del acceso ADSL, propuso una metodología que incluye dentro de los costos fijos (puertos) las tarjetas de enlace de los equipos DSLAM, obteniendo un porcentaje equivalente a 63,9%.
- Que al considerar que las tarjetas de enlace de los equipos DSLAM no son costos asociados al acceso, se obtiene la siguiente asignación: (i) Costos variables – Líneas (36,1%); y (ii) Costos fijos – Puertos (63,9%).
- Que en la resolución impugnada no se sustenta qué componentes, de los costos de equipos DSLAM, han sido considerados para el cálculo de las asignaciones: 27,2% y 72,8%.
- Que no se ha explicado en la resolución impugnada, cuales son los conceptos que deberían incluirse dentro de la distribución variable ni tampoco el desglose de los costos de cada uno de los componentes.

b. Factibilidad de ingreso de nuevos operadores

Con relación a este tema Telefónica argumenta:

- Que no se encuentra de acuerdo con la afirmación del Informe N° 110-GPR/2008 que señala que los porcentajes propuestos por Telefónica permiten la retribución a Telefónica pero no hacen factible el ingreso de nuevos operadores.
- Que en la resolución impugnada no se ha demostrado que las tarifas calculadas con las asignaciones explicadas por Telefónica no permitirían el ingreso de nuevos operadores.

Respecto de tales argumentos, es pertinente señalar que en la propuesta que Telefónica presentó al regulador para su evaluación, esta empresa utilizó como porcentajes de distribución de los costos fijos y variables, el valor de 50%, sin presentar sustento alguno al respecto. El OSIPTEL consideró que los porcentajes no podían ser valores arbitrarios como los que la empresa proponía por cuanto no se sustentaban en datos objetivos y las tarifas que se obtenían con tales porcentajes, no permitían promover la competencia entre operadores que brinden el servicio de banda ancha, que era el objetivo que se buscaba con dicha norma. Esto se puso de manifiesto en los comentarios que formuló la empresa Americatel Perú S.A., a la propuesta que fuera publicada por el OSIPTEL mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 064-2006-CD/OSIPTEL, quien manifestó lo siguiente:

“(…) quisiéramos manifestar a OSIPTEL, que en nuestra opinión las tarifas topes (máximas fijas) para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL provistas por Telefónica del Perú S.A.A. no necesariamente incrementará la competencia en el mercado de Banda Ancha mediante acceso ADSL debido a que los precios actuales del servicio no cubren la totalidad de los cargos únicos de instalación^[1], cargos mensuales por acceso ADSL y por el circuito virtual ATM a ser cancelados a

Telefónica del Perú S.A.A., cargos de operación de la empresa prestadora de servicios de Internet (tales como el gasto de venta, gasto en cables internacionales, etc), así como los costos de inversión en el Modem ADSL, y el costo de enlace desde la red ATM de Telefónica del Perú S.A.A. a la empresa prestadora de servicios de Internet.

En este sentido, si consideramos el flujo de caja del negocio, tendremos que la empresa prestadora del servicio de Internet tendría una pérdida de operación por brindar el servicio de Internet ADSL mediante esta modalidad. Cabe indicar que la pérdida de la empresa prestadora del servicio de Internet sería mayor si el número de suscriptores de Internet es mayor, debido a que gran parte de los costos involucrados en el servicio de Internet Banda Ancha bajo esta modalidad son costos variables.

En conclusión, se requiere que se revisen los cargos únicos y mensuales para poder acceder a la transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL de tal forma de viabilizar el ingreso de empresas prestadoras del servicio de Internet de Banda Ancha bajo esta modalidad. Si no se toma en consideración la viabilidad económica y financiera de brindar este servicio desde la perspectiva de la Nueva Empresa Prestadora (entrante), lo más probable es que no ingresen nuevos competidores del servicio de Internet bajo esta modalidad.

(...)"

¹ Cargos de instalación del acceso ADSL, configuración de circuitos virtual ATM para acceso ADSL, y habilitación de puerta ATM y configuración de interfaz UNI a E3 y/o STM-1

En la evaluación realizada por el OSIPTEL se ha tomado en cuenta que la regulación debe incentivar la competencia por el servicio pero a su vez debe permitir que las empresas puedan seguir expandiendo su red (retribución adecuada). En ese sentido, se consideró que la propuesta regulatoria debía ponderar estos dos objetivos con la finalidad de hacer viable el servicio.

Así, con relación a la promoción de la competencia, cuando la empresa establecida administra un recurso esencial y compite al mismo tiempo en el servicio final, existen fuertes incentivos para que dicha empresa adopte comportamientos estratégicos que podrían ser considerados como no competitivos, como por ejemplo, estrategias que se centran en el manejo publicitario, así como en el control de los precios y márgenes de mercado (precios predatorios o esquemas de price squeeze). De otro lado, con relación a la retribución a la empresa establecida por la prestación brindada, es necesario que cada uno de sus componentes de costos sea retribuido con las tarifas que se deriven de los componentes directamente relacionados.

Tal como fue señalado en el Informe N° 008-GPR/2007 que sustentó la Resolución de Consejo Directivo N° 010-2007-CD/OSIPTEL y en el Informe N° 110-GPR/2008 que sustentó la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, en un contexto en donde la prestación del acceso tiene un elevado componente de costo fijo (con un costo medio decreciente), la implementación de un esquema de tarifas en dos partes, en comparación con un esquema de precios uniforme, contribuiría a la generación de ganancias en términos de eficiencia. Un esquema de tarifas de dos componentes hace viable una tarifa por usuario -en su componente variable- menor al que existiría en el caso de un esquema de tarifas basado en un solo componente. Es decir, un esquema de tarifas de dos componentes -tarifa por puerta y tarifa por conexión virtual o usuario- permite que el componente variable de la tarifa por usuario sea menor al costo medio y se aproxime más al costo marginal del servicio. Esta menor tarifa por usuario -en su componente variable- implica que la

empresa operadora no recupere el total de los costos fijos; por lo que el componente fijo de los accesos virtuales contribuye a recuperar dichos costos totales.

Complementariamente en tales informes se señaló, en relación con el fomento de la competencia, una ventaja adicional de la tarifa en dos componentes es que el componente fijo se diluye más fácilmente conforme el entrante va creciendo en su escala de negocio. De esta manera, desde el punto de vista de un entrante, dado el precio de referencia fijado por la empresa establecida en el mercado final (tarifa final por usuario), el establecimiento de una menor tarifa mayorista por usuario podría hacer viable la entrada (sin estrechamiento del margen). La empresa entrante tendría además fuertes incentivos para crecer en su escala de negocio y reducir con ello el costo medio por las puertas de acceso ATM.

Teniendo en cuenta lo anterior, y tal como fuera señalado en nuestros Informes N° 008-GPR/2007 y N° 110-GPR/2008 antes referidos, de acuerdo a la información de la red proporcionada por Telefónica, los costos de los elementos directamente atribuibles a la red de acceso representan el 27,2% del costo total de la red (fundamentalmente costos variables), mientras que los costos de los elementos directamente relacionados con la red ATM representan el 72,8% (fundamentalmente costos fijos). Considerando las opciones que se tienen respecto de la fijación de precios, se vio por conveniente estimar una tarifa en dos partes sobre la base de dicha distribución, de tal forma que el 27,2% del total del costo de la red sea retribuido por las tarifas correspondientes a los circuitos de los usuarios (acceso ADSL + circuito virtual ATM), y el 72,8% del total del costo de la red sea retribuido por las tarifas correspondientes a las interfaces de operadores o puertos ATM.

La variación en los porcentajes antes señalados respecto de los considerados por Telefónica en su propuesta (50% y 50%) obedece a que con los valores propuestos por el OSIPTEL: (i) se promueven las ganancias en términos de eficiencia; (ii) se generan incentivos para la expansión del servicio del lado de los entrantes; y, (iii) se está realizando una asignación del costo total de la red a los dos componentes tarifarios (circuitos virtuales e interfaces de operadores), en función a los porcentajes que corresponden a los costos reales de la red de acceso y la red ATM. Esta distribución permite una mejor posición para los entrantes, sin perjudicar al proveedor del servicio quien seguirá recuperando el total de su costo considerando su margen de utilidad.

Tal y como fuera señalado en el Informe N° 008-GPR/2007 que sustentó la Resolución N° 010-2007-CD/OSIPTEL, en el Informe N° 303-GPR/2007 que sustentó la Resolución de Presidencia N° 182-2007-PD/OSIPTEL y en el Informe N° 110-GPR/2008 que sustentó la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL, con la finalidad de determinar en forma objetiva los valores porcentuales de distribución de costos, se tomó en consideración la información que Telefónica presentó en su propuesta tarifaria, respecto de la configuración de red, procesos de dimensionamiento, cálculo de la inversión y los costos anuales de la red.

En nuestro Informe N° 110-GPR/2008 se señaló claramente que, en lo que se refiere a la información utilizada por el OSIPTEL para determinar los porcentajes de

distribución, mediante comunicación GGR-107-A-668/IN-05 del 20 de diciembre de 2005 Telefónica adjuntó un documento elaborado por Telefónica Investigación y Desarrollo (en adelante “Telefónica I+D”), en donde describe su modelo de costos del servicio de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL. En dicho documento, Telefónica I+D presentó la arquitectura de la red a nivel nacional, incluyendo la configuración de la red de conmutación y transmisión, las características de los nodos DSLAM y ATM, el dimensionamiento de los equipos requeridos en dichos nodos, la descripción de las redes de transmisión intradepartamental e interdepartamental, así como de las consideraciones de dimensionamiento de dichas redes, tomando en cuenta los diferentes tráficos (voz y datos) que hacen uso de las mismas. Básicamente expuso sobre los siguientes cuatro componentes de la red bajo análisis: DSLAM, ATM, Transmisión Intradepartamental y Transmisión Interdepartamental.

A continuación, Telefónica I+D realiza el dimensionado de todos los enlaces de transmisión, tanto en lo referente a equipos de transmisión como a planta externa, y calcula la inversión necesaria empleándose para ello los precarios correspondientes a equipos de transmisión, planta externa y cable de fibra. Telefónica I+D señala que en el caso de la transmisión intradepartamental, se obtienen inversiones desagregadas por departamento, mientras que para la transmisión interdepartamental se obtiene un único valor a nivel nacional.

Asimismo, con los precios de cada uno de los componentes de los nodos ATM y DSLAM considerados, Telefónica I+D obtiene la inversión necesaria en cada uno de los nodos. A partir de la inversión en infraestructura antes determinada se calcula el costo anual asociado y luego se realiza la imputación de costos a los servicios correspondientes.

Tal como fuera señalado en los informes antes referidos, **la configuración de red, los procesos de dimensionamiento, el cálculo de la inversión y los costos anuales de la red que fueron propuestos por Telefónica, se utilizaron para la determinación de los porcentajes de distribución y atribución de costos entre las tarifas por usuario (acceso ADSL más circuito virtual ATM) y las tarifas por puerto ATM.**

Al respecto, en nuestro Informe N° 110-GPR/2008, se señaló claramente que la metodología seguida por el OSIPTEL recoge la misma información y los procedimientos propuestos por Telefónica, correspondientes al dimensionamiento, cálculo de las inversiones necesarias, determinación de los costos anuales, imputación de los costos correspondientes a la regulación en evaluación. Siguiendo tales procedimientos y, como fuera mencionado en los informes sustentatorios antes aludidos, se determinaron los costos anuales atribuibles al servicio ADSL-ATM, sobre la base de los cuales se calcularon los porcentajes de distribución, tomando en cuenta los costos de la red de acceso y la red ATM.

Es más, con la finalidad de mostrar a Telefónica que la metodología de cálculo y la información utilizada fueron los propuestos por la empresa, en nuestro Informe N° 110-GPR/2008 se presentaron las instrucciones finales de la metodología seguida para determinar los porcentajes de distribución, en donde Telefónica podía verificar que se ha utilizado la misma metodología que dicha empresa sugirió en su propuesta de tarifas, respecto de la configuración de red, los procesos de

dimensionamiento, el cálculo de la inversión y los costos anuales de la red, recogiéndose incluso las instrucciones de programación propuestas por la empresa. Así, en la metodología publicada se muestran todas las instrucciones que permitieron determinar los cálculos previos de dimensionamiento, cálculo de inversión y costeo, los que finalmente sirvieron para determinar los porcentajes de distribución, cuyas instrucciones mostradas son las siguientes:

PRINT["CALCULO DEL PORCENTAJE DE ASIGNACION A PUERTOS"];

```
Print["CTDSLAM"];
InvDSLAM={Plus@@InversionDSLAM,Plus@@InversionEnergiaDSLAM,Plus@@InversionDSLAM*CosteActivs[[1,2]]};
FactAnualDSLAM={FactAnualizCxDSLAM,FactAnualizPtaSecENERGIA,FactAnualizPtaSecINMOB};
CTDSLAM=FullSimplify[InvDSLAM.FactAnualDSLAM];
Print[CTDSLAM];
(*Costo anual en DSLAM*)
```

```
Print["CTATM"];
InvATM={Plus@@InversionATM,Plus@@InversionEnergiaATM,Plus@@InversionATM*CosteActivs[[1,2]]};
FactAnualATM={FactAnualizCxNodoATM,FactAnualizPtaSecENERGIA,FactAnualizPtaSecINMOB};
CTATM=FullSimplify[InvATM.FactAnualATM];
Print[CTATM];
(*Costo anual en ATM*)
```

```
Print["CTTxadsl"];
Print[CTTxadsl];
(*Costo anual en Transmisión Intradepartamental*)
```

```
Print["costeLDadsl"];
Print[costeLDadsl];
(*Costo anual en Transmisión Interdepartamental*)
```

```
Print["Repartición"];
CTRepartATM=Round[ReplaceAll[CTATM/(CTDSLAM+CTATM+CTTxadsl+costeLDadsl),{X1->0,X2->0}]*100,0.1];
Print["ATM: ",CTRepartATM,"%"];
CTRepartTxLoc=Round[ReplaceAll[CTTxadsl/(CTDSLAM+CTATM+CTTxadsl+costeLDadsl),{X1->0,X2->0}]*100,0.1];
Print["TxLoc: ",CTRepartTxLoc,"%"];
CTRepartTxLD=Round[ReplaceAll[costeLDadsl/(CTDSLAM+CTATM+CTTxadsl+costeLDadsl),{X1->0,X2->0}]*100,0.1];
Print["TxLD: ",CTRepartTxLD,"%"];
(*Se calcula la repartición de cada elemento *)
```

```
CTRepart=CTRepartTxLD+CTRepartTxLoc+CTRepartATM;
Print["Total: ",CTRepart,"%"];
```

Los resultados de las instrucciones anteriores fueron:

```
CTDSLAM
5.91117*10^7-0.0499125 X1-0.0499125 X2
CTATM
```

$1.54794 * 10^6 - 0.0419875 X1 - 0.0419875 X2$
CTTxadsl
 $1.01787 * 10^8 - 0.098806 X1 - 0.098806 X2$
costeLDadsl
 $5.54324 * 10^7 - 0.0994572 X1 - 0.0994572 X2$
Repartición
ATM: 0.7%
TxLoc: 46.7%
TxLD: 25.4%
Total: 72.8%

Asimismo, tal como fue señalado en el Informe N° 110-GPR/2008, el OSIPTEL publicó en su página web la metodología completa seguida por el OSIPTEL^[1], en donde Telefónica ha podido verificar que se ha seguido la forma de cálculo que ella misma, a través de su consultora Telefónica I+D, sugirió cuando presentó su propuesta tarifaria.

Cabe señalar que en los comentarios que Telefónica presentó al nuevo proyecto de resolución tarifaria, publicado mediante Resolución N° 182-2007-PD/OSIPTEL, el 27 de noviembre de 2007, Telefónica NO sustentó su propuesta inicial de porcentajes de distribución (50% y 50%), sino por el contrario señala que los valores de distribución deben ser: 36,1% y 63,9%, **sin detallar la metodología o cálculos realizados para determinar los costos que le permitieron obtener los nuevos porcentajes**, señalando únicamente que “(...)los costes obtenidos del modelo por componentes se muestran en la tabla siguiente: (...)”, en base a cuyos valores y a una forma de asignación de costos que plantea en sus comentarios, obtiene los valores 36,1% y 63,9%.

Por el contrario, el OSIPTEL ha detallado las instrucciones que han llevado a los resultados utilizados en el modelo, así por ejemplo, en las instrucciones mostradas en el informe (recogidas nuevamente líneas arriba en este informe) y en la metodología completa publicada en la página web del OSIPTEL se puede apreciar que el valor 72,8% es el resultado de sumar los valores de las variables *ATM* (0,7%), *TxLoc* (46,7%) y *TxLD* (25,4%), las cuales utilizan las siguientes expresiones:

- Variable “*ATM*”:

$CTRepartATM = Round[ReplaceAll[CTATM / (CTDSLAM + CTATM + CTTxadsl + costeLDadsl), \{X1 \rightarrow 0, X2 \rightarrow 0\}] * 100, 0.1];$

- Variable “*TxLoc*”:

$CTRepartTxLoc = Round[ReplaceAll[CTTxadsl / (CTDSLAM + CTATM + CTTxadsl + costeLDadsl), \{X1 \rightarrow 0, X2 \rightarrow 0\}] * 100, 0.1];$

- Variable “*TxLD*”:

$CTRepartTxLD = Round[ReplaceAll[costeLDadsl / (CTDSLAM + CTATM + CTTxadsl + costeLDadsl), \{X1 \rightarrow 0, X2 \rightarrow 0\}] * 100, 0.1];$

1

<http://www.osiptel.gob.pe/Index.ASP?T=T&IDBase=2733&P=%2FOsiptelDocs%2FGCC%2FEL%5FSECTOR%2FNORMAS%5FOSIPTEL%2F2008%2F%2E%2E%2FFILES%2Fres%5FDPD%2F2008%2FRes0392008PDOSIPTEL%5FModelo%5FReparticion%2Epdf>

Y cuyos valores son obtenidos de los cálculos previos que se muestran en las instrucciones de la metodología publicada en la página web del OSIPTEL. La diferencia, 27,2%, corresponde al concepto que Telefónica denomina como “DSLAM”.

En consecuencia, el OSIPTEL sí ha justificado los porcentajes utilizados en sus cálculos y ha expuesto detalladamente la metodología de cálculo utilizada. Por tanto, consideramos que la opinión de Telefónica es imprecisa al afirmar que el OSIPTEL no ha sustentado sus cálculos y conceptos involucrados en los mismos.

Cabe agregar que, los porcentajes propuestos por el OSIPTEL originan tarifas que permiten la retribución a la empresa establecida, pues le permiten recuperar sus costos.

Finalmente, tal como fuera planteado por la empresa Americatel Perú S.A. en sus comentarios al proyecto de tarifas publicada mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 064-2006-CD/OSIPTEL, el OSIPTEL realizó un análisis de los flujos de caja de los operadores, tal como fuera realizado por la empresa antes aludida y como seguramente han hecho otros operadores del sector, encontrándose que las tarifas que propone el regulador, sí permiten viabilizar económica y financieramente, el ingreso de otros operadores, sin generarles pérdidas.

4.3 Sobre la competencia de la Presidencia del Consejo Directivo para emitir la resolución tarifaria impugnada.

Telefónica señala que la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL no cuenta con los requisitos de validez con los que debe contar un acto administrativo, alegando que dicha resolución no es una medida de emergencia por lo que la decisión correspondería al Consejo Directivo.

Al respecto, este colegiado hace suyos los fundamentos que específicamente sobre la competencia de la Presidencia del Consejo Directivo se señalaron en la Resolución de Presidencia N° 048-2008-PD/OSIPTEL, los cuales se transcriben a continuación^[2]:

“(…) la resolución impugnada fue emitida por la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL invocando y fundamentando la aplicación de las funciones atribuidas legalmente a este órgano, conforme a lo establecido en el inciso j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 86°.- Funciones

Corresponde al Presidente del OSIPTEL:

(…)

j) En el caso que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, adoptar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponda conocer al Consejo Directivo, dando a conocer de la adopción de dichas medidas en la sesión más próxima del Consejo Directivo. (…)”.

² La Resolución de Presidencia N° 048-2008-PD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano el 11 de abril de 2008, se pronunció sobre el recurso especial interpuesto por Telefónica contra la Resolución de Presidencia N° 008-2008-PD/OSIPTEL, que estableció la regulación de tarifas tope para el servicio de llamadas locales y de larga distancia nacional terminadas en las redes del servicio de telefonía móvil, servicio de comunicaciones personales y servicio troncalizado (TUP-Móvil), prestado por Telefónica.

Sin embargo, la recurrente señala que, según su interpretación, no existiría sustento de la necesidad de una medida de emergencia que requiera la intervención de la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL.

En ese sentido, la función reguladora, cuya competencia está atribuida originariamente al Consejo Directivo, puede ser legalmente ejercida por la Presidencia del Consejo Directivo, cuando se presenten los siguientes supuestos: (i) que no sea posible reunir al Consejo Directivo para sesionar válidamente, y (ii) que se trate de una medida de emergencia.

Debe señalarse que la existencia de un supuesto de medida de emergencia no debe ser analizada aisladamente, sino que se debe considerar el contexto y las circunstancias que rodean su configuración. Al respecto, como es de conocimiento público, hasta la fecha no ha sido posible efectuar reuniones del Consejo Directivo del OSIPTEL para sesionar válidamente, por lo que su Presidente, a partir de la última sesión de Consejo Directivo llevada a cabo el 25 de julio de 2007, ha venido emitiendo una serie de resoluciones sobre materias que son esenciales para el normal desenvolvimiento del sector y cuya atención por parte del OSIPTEL es imprescindible para el cumplimiento de los objetivos para los cuales fue creado este organismo regulador.

Es en este contexto que el Presidente del Consejo Directivo del OSIPTEL emitió la Resolución de Presidencia Nº 008-2008-PD/OSIPTEL, que ahora es objeto del recurso de VISTOS.

El análisis sobre la validez de la emisión de dicha resolución como medida de emergencia, debe tener en cuenta que los fundamentos esenciales que sustentan la creación y existencia del OSIPTEL están declarados expresamente en el Artículo 76° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, que establece que este organismo *“se encargará de regular el comportamiento de las empresas operadoras así como las relaciones de dichas empresas entre sí, de garantizar la calidad y eficiencias del servicio brindado al usuario y de regular el equilibrio de las tarifas”*.

Asimismo, el Artículo 8° de la Ley Nº 26285 –Ley que dispone la Desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia- declaró expresamente que el OSIPTEL tiene entre sus funciones fundamentales *“Fijar los sistemas de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, creando condiciones tarifarias que sean compatibles con la existencia de competencia”*.

La citada Ley Nº 26285 también tuvo por objeto otorgar carácter de contrato-ley a los contratos de concesión que luego fueron aprobados por Decreto Supremo Nº 11-94-TCC y de los que ahora es titular TELEFÓNICA, contratos en cuya parte introductoria se ha incluido la siguiente declaración (subrayado agregado):

“III. Que las Partes en este Contrato comparten y persiguen las siguientes metas comunes:

-Lograr el acceso de la población peruana al Servicio Público de Telecomunicaciones;

(...)

-Rebalancear las Tarifas de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones con el objeto de lograr orientación de costos; (...)”.

El sentido y alcances efectivos de este marco legal y contractual en el cual se desarrolla la prestación del servicio público de telecomunicaciones de llamadas TUP-Móvil prestado por TELEFÓNICA, que es objeto de la regulación establecida por la resolución impugnada, ha sido clara y concretamente declarado por el Tribunal Constitucional Peruano en su Sentencia emitida en el Expediente Nº 005-2003-AI/TC ⁽²⁾, en los términos siguientes (subrayado agregado):

§10. La Supervisión y Fiscalización del Mercado de los Servicios Públicos

41. El servicio público es la prestación que efectúa la administración del Estado en forma directa e indirecta. Esta última se realiza a través de concesiones, y tiene el objeto de satisfacer necesidades de interés general. (...).

La concesión se desarrolla según el régimen legal vigente y el contrato acordado, cuyo objeto fundamental es asegurar la eficiente en la prestación del servicio. La supervisión del cumplimiento de los fines de la concesión está a cargo de órganos autónomos creados por ley, como OSIPTEL o INDECOPI. Estos órganos están obligados a tutelar el derecho de los usuarios, así como el interés público, y para ello deben controlar que la prestación del servicio se realice en óptimas condiciones y a un costo razonable; ello porque si bien la concesión, como a la que se ha hecho referencia en el Fundamento Nº 1, es un contrato que puede tener un blindaje jurídico, el objeto fundamental no es el lucro, sino el servicio, el cual debe otorgarse con calidad, eficiencia y continuidad, y siempre protegiendo la seguridad, la salud pública y el medio ambiente. (...)

Por tanto, una interpretación excesivamente restrictiva como la que plantea TELEFÓNICA respecto de las facultades legales con que cuenta la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL para emitir resoluciones tarifarias como la resolución impugnada, implicaría el total desconocimiento del objeto fundamental para el cual fue creado el OSIPTEL y de los fines para los cuales fueron otorgados los contratos de concesión de los que es titular TELEFÓNICA, llevando a una absurda e injustificada paralización e inoperancia de este organismo regulador frente a situaciones, en las que, como en el presente caso, las empresas concesionarias que prestan los servicios públicos de telecomunicaciones están aplicando a los usuarios tarifas que evidentemente incumplen los criterios de eficiencia a que deben sujetarse, no están orientadas a costos, e implican el establecimiento de condiciones tarifarias que no son compatibles con la existencia de competencia.

En el caso de las tarifas TUP-Móvil que han sido objeto de la regulación tarifaria establecida por la resolución impugnada, luego del debido procedimiento en el que se efectuaron los respectivos estudios económicos y técnicos, el OSIPTEL evidenció que las tarifas que se venían aplicando a los usuarios se encontraban significativamente por encima de sus correspondientes costos eficientes y razonables.

Bajo este marco, se precisan las siguientes consideraciones adicionales que definen ampliamente la posición del OSIPTEL frente a las alegaciones específicas formuladas por TELEFÓNICA sobre este asunto –teniendo en cuenta que en su escrito de VISTOS ha extendido sus cuestionamientos a la intervención de esta Presidencia no sólo en materia tarifaria sino también en materia de interconexión y de fiscalización–:

- Respecto de los supuestos a que se contrae el literal j) del Artículo 86° del Reglamento General del OSIPTEL, podrían presentarse las siguientes alternativas:
 - (i) Que, existiendo el número de miembros de Consejo Directivo necesario para sesionar, por diversas razones ⁽³⁾ este órgano colegiado no pueda reunirse; o,
 - (ii) Que no exista el número de miembros hábiles de Consejo Directivo necesario para sesionar válidamente.

Al respecto, cabe señalar que una regla jurídica fundamental de interpretación es no distinguir donde la Ley (o la norma pertinente) no distingue. En consecuencia, habría que concluir que ambas alternativas son perfectamente comprensibles por el supuesto a que se contrae el literal j) del Artículo 86° del Reglamento citado.

- Ahora bien, en cuanto a los parámetros para interpretar el término Medidas “de emergencia” al que se refiere el literal j) del citado artículo, se considera adecuado acudir a lo señalado en la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (2001) que a la letra dice:

“Emergencia.

*(Del lat. **emergens**, -entis, **emergente**).(...)*

de ~.

1. loc. adj. Que se lleva a cabo o sirve para salir de una situación de apuro o peligro.”

Es así que el término “de emergencia” alude a una medida o acción que sirve para enfrentar o salir de una situación de urgencia (apuro) o de riesgo (peligro), evitando o previniendo daños.

- En este estado del análisis, cabe recordar lo señalado en el Artículo 18º del Reglamento citado, que a la letra dice (subrayado agregado):

Artículo 18.- Objetivo general del OSIPTEL

El OSIPTEL tiene por objetivo general, regular, normar, supervisar y fiscalizar, dentro del ámbito de su competencia, el desenvolvimiento del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones y el comportamiento de las empresas operadoras, las relaciones de dichas empresas entre sí, y las de éstas con los usuarios; garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario, regulando el equilibrio de las tarifas y facilitando al mercado una explotación y uso eficiente de los servicios públicos de telecomunicaciones.

- En este orden de ideas, se considera que la adopción de una medida de emergencia por esta Presidencia del Consejo Directivo, en el marco del referido literal j) del Artículo 86º del Reglamento, tendría que contemplar los siguientes aspectos:

1. Se trata de una medida excepcional, que debe adoptarse cuando concurren todos los elementos que la configuran, ya que de ordinario las funciones normativa y reguladora, en las que interviene también el Presidente, son atribuidas al Consejo Directivo.

Al respecto, según el Artículo 24º del Reglamento citado, la función normativa la ejerce de manera exclusiva el Consejo Directivo, la cual también es indelegable, salvo para el dictado de medidas de emergencia antes mencionado, según lo dispone el Artículo 26º del mismo Reglamento (⁴). A su vez, debe tenerse presente que según lo dispone el Artículo 2º del Reglamento de la Ley Nº 27332 –Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos–, las funciones reguladora y normativa general serán ejercidas exclusivamente por el Consejo Directivo del organismo regulador.

Ambas normas se complementan, en el sentido que si bien las funciones normativa y reguladora son de competencia exclusiva del Consejo Directivo, por excepción, el Presidente puede ejercer tales funciones para emitir medidas que considere de emergencia, más aún cuando la función reguladora se formaliza también a través de resoluciones.

2. La medida tendría que tomarse para enfrentar o salir de una situación que requiere de una acción urgente del regulador, que no admite dilación o demora. En este supuesto, se considera que la ratio legis de esta norma no está referida a la adopción de medidas para prevenir o atender hechos fortuitos o de la naturaleza (es decir, catástrofes naturales tales como terremotos, inundaciones, etc.), ya que ello no está dentro de las competencias del OSIPTEL. Por el contrario, dichas medidas extraordinarias deben estar vinculadas al ejercicio de competencias que las normas legales atribuyen al OSIPTEL.
3. A su vez, la medida deberá buscar evitar o prevenir un peligro, o que cese un daño, ya que sin su intervención continuaría produciéndose.

De este modo, las medidas de emergencia tendrían que adoptarse, por ejemplo, para evitar que ciertos actos o conductas afecten el normal desenvolvimiento del mercado de telecomunicaciones o los derechos de los usuarios. Así, las medidas que se adopten deben evitar daños a dicho mercado que podrían afectar la libre competencia, así como garantizar la calidad y eficiencia del servicio brindado a los usuarios, por lo cual resulta imprescindible el ejercicio de las funciones atribuidas al Consejo Directivo.

De forma enunciativa, se citan los siguientes casos que ameritarían la adopción de una medida de emergencia por parte de la Presidencia del Consejo Directivo:

- (i) Si no se regula la tarifa de un servicio “X” –vía fijación, revisión o ajuste de tarifas tope y luego del procedimiento regulatorio respectivo- a efectos de generar mayor bienestar a los usuarios, de acuerdo a criterios de eficiencia económica; o,
- (ii) Si no se regulan los cargos de interconexión a efectos de asegurar las condiciones adecuadas que promuevan una mayor competencia entre las empresas operadoras que genere mayores beneficios para los usuarios en términos de más opciones, mejores servicios y menores tarifas; o,
- (iii) Si, de ser el caso, no se confirma la sanción a una empresa operadora que viene cobrando tarifas superiores a las vigentes, o que viene cortando el servicio telefónico sin que se presenten los supuestos habilitantes para ello o sin seguir los procedimientos establecidos, entre otras conductas que afectan el normal desenvolvimiento del mercado.

Resulta evidente que en supuestos como los descritos en el numeral anterior, concurren situaciones que habilitan a la Presidencia del Consejo Directivo a hacer uso de la facultad que le atribuye el literal j) del Artículo 86° del Reglamento.

- En consecuencia, por lo anteriormente señalado, por emergencia debe entenderse toda situación que ponga en situación de riesgo real o potencial el normal funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones o la marcha normal de la institución –pues ello también afecta el funcionamiento del mercado de las telecomunicaciones-, lo que habilita la actuación de esta Presidencia, al amparo de lo establecido en el literal j) del Artículo 86° del Reglamento.
- Asimismo, debe precisarse que el término “dar a conocer de las medidas adoptadas” constituye una comunicación al Consejo Directivo de las medidas de emergencia adoptadas, siendo que la resolución emitida, tal como fue adoptada por el Presidente, surtió plenos efectos y su vigencia y validez no se sujetó a pendencia alguna ni a mayor condición que a la que está sujeto cualquier otro acto reglamentario o administrativo que sea emitido por el propio Consejo Directivo.

Ello no impide que las resoluciones emitidas por el Presidente como “Medidas de Emergencia” puedan ser objeto de revisión o modificación por el Consejo Directivo, siguiendo los procedimientos que correspondan.

Finalmente, es pertinente agregar que, en otras oportunidades TELEFÓNICA ha mostrado una conducta objetivamente contradictoria con la pretensión que ahora plantea:

- TELEFÓNICA consintió la Resolución de Presidencia N° 063-96-PD/OSIPTEL de fecha 29 de Noviembre de 1996, mediante la cual se estableció el Régimen de Tarifas Máximas Fijas que se aplica al Servicio de Arrendamiento de Circuitos prestado por dicha empresa, no habiendo planteado cuestionamiento alguno en la vía administrativa, judicial o arbitral respecto de la validez de dicha resolución tarifaria por haber sido emitida por la Presidencia del Consejo Directivo.
- Igual comportamiento tuvo TELEFÓNICA frente a la Resolución de Presidencia N° 040-96-PD/OSIPTEL de fecha 19 de Agosto de 1996, que estableció el Régimen de Tarifas Máximas Fijas que se aplica a las Facilidades de Red Inteligente prestadas por dicha empresa,

respecto de la cual tampoco formuló algún cuestionamiento referido a que tal resolución tarifaria hubiera sido emitida por órgano incompetente.

- Más recientemente, el OSIPTEL emitió la Resolución de Presidencia N° 185-2007-PD/OSIPTEL de fecha 28 de Noviembre de 2007, mediante la cual se modificó la regulación de Tarifas Tope -Máximas Fijas- que se aplica al Servicio de Arrendamiento de Circuitos prestado por dicha empresa.

Frente a esta resolución, si bien TELEFÓNICA interpuso Recurso Especial mediante su escrito de fecha 2 de enero de 2008, en ningún extremo de su recurso cuestionó la validez de esta resolución tarifaria por haber sido emitida por la Presidencia del Consejo Directivo, y más aún, en su propio escrito se dirige a este mismo órgano del OSIPTEL para que acoja sus pretensiones y efectúe los ajustes de costos que planteaba en su impugnación.

- En materia de regulación de cargos de interconexión –siendo que en su escrito de VISTOS, la recurrente extiende su cuestionamiento también a esta materia- se puede citar, entre otras, la Resolución de Presidencia N° 112-2007-PD/OSIPTEL de fecha 03 de Agosto de 2007, mediante la cual se declaró parcialmente fundado el Recurso Especial interpuesto por TELEFÓNICA contra la Resolución de Consejo Directivo N° 026-2007-CD/OSIPTEL que estableció el cargo de interconexión tope por transporte conmutado de larga distancia nacional, estableciéndose un nuevo valor para dicho cargo de interconexión tope, superior al inicialmente establecido.

No obstante haber sido emitida también por esta Presidencia del Consejo Directivo, dicha decisión tampoco ha sido cuestionada en modo alguno por TELEFÓNICA, e incluso viene siendo aplicada por esta empresa en los contratos de interconexión que ha suscrito con otras empresas y que ha presentado al OSIPTEL para su aprobación, conforme se aprecia en el Contrato de Interconexión suscrito el 14 de setiembre de 2007 con la empresa concesionaria Netline Perú S.A.

Este comportamiento contradictorio de TELEFÓNICA –además de haberse demostrado que son insostenibles jurídicamente sus cuestionamientos sobre la validez de las resoluciones tarifarias emitidas por la Presidencia del Consejo Directivo con carácter de medidas de emergencia-, implicaría también una falta de coherencia por parte de la recurrente con la “doctrina o teoría de los actos propios” (*venire contra factum proprium non valet*) que impide a las personas contrariar sus conductas pasadas, siendo una teoría que esta misma empresa ha defendido en otras oportunidades, tal como lo hizo al presentar sus comentarios al proyecto de resolución para el establecimiento del Factor de Productividad ⁽⁵⁾, donde precisó –en una cita al jurista LUDWIG ENNECCERUS- que “*a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe*”. (...)”

² Sentencia del 3 de octubre de 2003, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad de la citada Ley N° 26285 y del contrato-ley de concesión de que es titular TELEFÓNICA.

³ Como por ejemplo serían los casos de hecho fortuito o fuerza mayor (los que a su vez pueden incluir contingencias muy diversas), enfermedad o licencia de varios de sus miembros, etc.

⁴ “Artículo 26.- Carácter Indelegable de la Función Normativa.

La función normativa del Consejo Directivo es indelegable, salvo por lo previsto en el inciso j) del Artículo 86° de este Reglamento.”

⁵ Páginas 16 al 18 del documento emitido por el Doctor Jorge Santistevan De Noriega, el cual fue presentado por TELEFÓNICA como parte de sus comentarios al mencionado proyecto.

Conforme a lo expuesto, los cuestionamientos de Telefónica respecto a la supuesta carencia de los requisitos de validez de la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL resultan absolutamente insubsistentes y, en consecuencia, el Consejo Directivo considera que, dada su naturaleza y fines, tal resolución constituyó una medida de emergencia que debió ser adoptada por la Presidencia del Consejo Directivo, teniendo en cuenta que su aprobación era urgente y necesaria para

garantizar la eficiencia económica de los servicios brindados a los usuarios y el acceso a los servicios de telecomunicaciones con tarifas razonables, que en el presente caso implica establecer mejores condiciones de acceso mayorista a proveedores de servicios de banda ancha y reducir las tarifas finales y, por ende, mayor bienestar para los usuarios como resultado de una mayor competencia en el mercado de banda ancha vía ADSL; ello de conformidad con las funciones y objetivos del OSIPTEL establecidos en el artículo 76° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, así como en el artículo 18° y el inciso f) del artículo 19° del Reglamento General de este organismo.

4.4 Sobre el cumplimiento del debido procedimiento.

Telefónica argumenta que no se ha respetado el debido proceso dado que (i) la resolución impugnada no es una medida de emergencia por lo que debió ser emitida por el Consejo Directivo y (ii) no conoce los componentes de los costos de los equipos DSLAM que se han considerado para el cálculo de la distribución de costos, ni por qué se considera que la distribución de costos propuesta por Telefónica no permite el ingreso de nuevos operadores.

En lo concerniente al argumento referido a que la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL no habría constituido una medida de emergencia, el numeral 4.3 de la presente resolución expone ampliamente los fundamentos por los cuales se consideró que la emisión de dicha resolución por la Presidencia del Consejo Directivo constituyó una medida de emergencia; siendo así, la resolución impugnada fue emitida conforme al marco normativo aplicable al presente procedimiento, respetándose el principio del debido procedimiento administrativo consagrado en el artículo IV de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG).

Con relación al argumento referido a que la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL no habría sido motivada, debe indicarse que -tal como lo dispone el artículo IV de la LPAG- el contenido del principio del debido procedimiento administrativo comprende, entre otros, el derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho.

Sobre el particular, es pertinente señalar que la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL y el Informe N° 110-GPR/2008, que formó parte de la motivación de dicha resolución, exponen de manera detallada los fundamentos por los cuales los costos de los elementos directamente atribuibles a la red de acceso representan el 27,2% del costo total de la red (fundamentalmente costos variables), mientras que los costos de los elementos directamente relacionados con la red ATM representan el 72,8% (fundamentalmente costos fijos). Estos porcentajes han sido determinados a partir de la información presentada por Telefónica, como se puede verificar en el modelo de costos que fue notificado a dicha empresa el 14 de marzo de 2008 y publicado en la página web del OSIPTEL, conforme a lo dispuesto en la Primera Disposición Final de la resolución impugnada.

Así, tal como se ha señalado en el numeral 4.2 de la presente resolución, en el Informe N° 110-GPR/2008 se presentaron las instrucciones finales de la metodología de cálculo seguida para determinar los porcentajes de distribución, en

donde Telefónica podía verificar que se ha utilizado la misma metodología que dicha empresa sugirió, recogiendo incluso las instrucciones de programación propuestas por la empresa.

De otro lado, para evaluar el ingreso de nuevos operadores con la propuesta de distribución de costos presentada por Telefónica, se realizó un análisis de los flujos de caja de los operadores, encontrándose que las tarifas resultantes de la distribución establecida por el OSIPTEL, sí permiten viabilizar económica y financieramente su ingreso al mercado, sin generarles pérdidas. Cabe agregar que este argumento no determinó los valores de los porcentajes que sustentan las tarifas establecidas en la resolución impugnada, sino que ellos fueron resultado de una metodología que objetivamente los diferenciaba.

En ese sentido, la distribución de los costos efectuada por el OSIPTEL no obedece “a puntos de vista” o “aseveraciones sin mayor sustento técnico” como refiere Telefónica, sino que es el resultado de una metodología de cálculo que ha sido notificada a dicha empresa, conjuntamente con la decisión emitida por este organismo.

Siendo así, la resolución impugnada se encuentra debidamente motivada en proporción a su contenido, en estricto cumplimiento de lo establecido en el artículo 3° inciso 4 de la LPAG, y en concordancia con lo dispuesto por el artículo 6° de la misma norma, teniendo en cuenta que: (i) expone en detalle las razones por las cuales la distribución de costos fijos y variables -sobre la base de los cuales se establecen las tarifas tope- debe promover la entrada de nuevos operadores, (ii) el porcentaje de los costos fijos y el porcentaje de los costos variables es el resultado de una metodología de cálculo que ha sido notificada a Telefónica.

Conforme a los fundamentos expuestos, esta instancia considera que la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD /OSIPTEL, que estableció las tarifas tope -máximas fijas- para las prestaciones de transmisión de datos mediante circuitos virtuales ATM con acceso ADSL, provistas por Telefónica, debe ser confirmada en su integridad; y en consecuencia, se debe declarar infundado el recurso especial interpuesto en el extremo que impugna lo dispuesto en el artículo 1°, e improcedente en el extremo que impugna lo dispuesto en el artículo 2°.

En ejercicio de las funciones establecidas 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° 309;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar infundado el recurso especial interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A., en el extremo que impugna el artículo 1° de la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 2.- Declarar improcedente el recurso especial interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A., en el extremo que impugna el artículo 2° de la Resolución de Presidencia N° 039-2008-PD/OSIPTEL; de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución.

Artículo 3º.- Disponer la notificación de la presente resolución a la empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A., así como su publicación en el diario oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo