

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 131 -2011-CD/OSIPTEL**

Lima, 06 de octubre de 2011

EXPEDIENTE N°	:	00001-2011-CD-GPRC/TT
MATERIA	:	Recurso de Apelación contra la carta C.606-GG.GPRC/2011
ADMINISTRADO	:	América Móvil Perú S.A.C.

VISTOS:

- (i) El Recurso de Apelación presentado por América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) el 31 de agosto de 2011, contra la carta C.606-GG.GPRC/2011,
- (ii) El Informe N° 001-VA/2011 del 30 de setiembre de 2011, de la asesora de la Alta Dirección, que contiene el análisis del recurso de apelación interpuesto, y adjunta el proyecto de resolución del Consejo Directivo que resuelve dicha impugnación; y,
- (iii) El Expediente N° 00001-2011-CD-GPRC/TT;

CONSIDERANDO:**I. ANTECEDENTES:**

A través de la Resolución N° 044-2011-CD/OSIPTEL del 14 de abril de 2011 ⁽¹⁾, el Consejo Directivo dispuso aprobar el Sistema de Tarifas para Llamadas Locales desde Teléfonos Fijos de Abonado a Redes de Telefonía Móvil, de Comunicaciones Personales y Troncalizado; disponiendo que su entrada en vigencia se produzca en la misma fecha en que entren en vigencia las tarifas tope que fijará el OSIPTEL para las llamadas Fijo-Móvil.

Mediante Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL del 14 de abril de 2011 ⁽²⁾, el Consejo Directivo dispuso el inicio del procedimiento de oficio para la fijación de Tarifas Tope para las Llamadas Locales desde Teléfonos Fijos de Abonado de Telefónica del Perú S.A.A. a través de telefonía móvil, de comunicaciones personales (en adelante, el Procedimiento Regulatorio). Dicho procedimiento se viene tramitando con el Expediente N° 00001-2011-CD-GPRC/TT.

El 3 de mayo de 2011, la empresa Compañía Telefónica Andina S.A. interpuso un recurso de apelación contra la Resolución N° 044-2011-CD/OSIPTEL. El 16 de mayo de 2011, la empresa Telefónica Móviles S.A. solicitó su incorporación al Procedimiento Regulatorio en calidad de tercero administrado e interpuso un recurso de reconsideración contra la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL. Esa misma fecha, la empresa Americatel Perú S.A. solicitó ser constituida como parte en el Procedimiento Regulatorio y, asimismo, presentó un recurso de reconsideración solicitando se deje sin efecto la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL.

¹ Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de abril de 2011.

² Publicada en el diario oficial El Peruano el 20 de abril de 2011.

Mediante Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL del 13 de junio de 2011 ⁽³⁾, el Consejo Directivo resolvió declarar improcedentes los recursos administrativos interpuestos contra las Resoluciones N° 044-2011-CD/OSIPTEL y N° 045-2011-CD/OSIPTEL. Respecto a las solicitudes de apersonamiento de Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., se estableció que no es legalmente viable que el OSIPTEL habilite a dichas empresas más derechos de aquéllos pre-establecidos en el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, aprobado con Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL; sin embargo, se dispuso que todas las resoluciones que se emitan en el Procedimiento Regulatorio sean puestas en conocimiento de las referidas empresas.

El 6 de julio de 2011, AMÉRICA MÓVIL solicitó a la Gerencia General ser considerada como parte del Procedimiento Regulatorio, al poseer un interés legítimo en la tarifa tope que se fijará.

A través de la carta C.606-GG.GPRC/2011 de fecha 9 de agosto de 2011 ⁽⁴⁾, la Gerencia General comunicó a AMÉRICA MÓVIL que debía sujetarse a lo resuelto por el OSIPTEL en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, respecto a las solicitudes de apersonamiento de Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A.

El 31 de agosto de 2011, AMÉRICA MÓVIL interpuso un recurso de apelación contra la carta C.606-GG.GPRC/2011.

II. VERIFICACION DE REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA:

De conformidad con lo establecido en los artículos 206° y 209° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), corresponde admitir y dar trámite al recurso de apelación presentado por AMÉRICA MÓVIL, al cumplirse los requisitos previstos en las disposiciones citadas.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN:

Los principales fundamentos de la impugnación son los siguientes:

- La Gerencia General no se encuentra facultada para expedir actos administrativos en el Procedimiento Regulatorio. En consecuencia, la carta C.606-GG.GPRC/2011 constituye un acto administrativo nulo, al haber sido emitido por un órgano incompetente.
- La carta C.606-GG.GPRC/2011 contiene un vicio que acarrea su nulidad, en tanto ha sido emitida vulnerando el derecho a la igualdad y la no discriminación recogido en la Constitución, así como el Principio de No Discriminación previsto en el Reglamento General de OSIPTEL.

³ Publicada en el diario oficial El Peruano el 18 de junio de 2011.

⁴ Notificada el 10 de agosto de 2011.

- AMÉRICA MÓVIL debe constituirse como parte del Procedimiento Regulatorio, en tanto posee un interés legítimo en la fijación de la tarifa tope. Añade que dicha decisión afectará la dinámica de la oferta y demanda en el mercado de los servicios de telecomunicaciones fijo-móvil y, por tanto, también los intereses económicos de la recurrente.
- Las apreciaciones contenidas en la carta C.606-GG.GPRC/2011 son incorrectas. Así, el artículo 11° del Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope no limita sólo a la empresa regulada el derecho de impugnar las resoluciones que en dichos procedimientos se emitan.
- El apersonamiento a procedimientos tarifarios supone una práctica habitual para otros organismos reguladores, como el OSINERGMIN, que se ha pronunciado sobre las impugnaciones presentadas por cualquier sujeto que reúna las características establecidas en la LPAG, para ser considerado como parte del procedimiento administrativo.
- El pronunciamiento que emita el Consejo Directivo respecto del recurso de apelación interpuesto, debe ser publicado en el diario oficial El Peruano.

IV. ANÁLISIS:

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

- 4.1 De acuerdo con el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, corresponde al Consejo Directivo, en todo procedimiento de dicha índole, el ejercicio de la función reguladora, la cual, acorde con el Reglamento General del OSIPTEL - aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM-, se materializa a través de la emisión de las disposiciones que fijan tarifas, establecen sistemas tarifarios y aquéllas que sean necesarias para tal efecto.

Sin embargo, ello no impide que en el desarrollo de un procedimiento tarifario, la Gerencia General pueda emitir actos de trámite no relacionados con el ejercicio de la función reguladora, pero destinados a hacer cumplir las decisiones del Consejo Directivo, en tanto ello constituye una de sus funciones, con arreglo a lo establecido en el literal e) del artículo 89° del aludido Reglamento General del OSIPTEL.

Al respecto, en virtud de las solicitudes de apersonamiento al Procedimiento Regulatorio presentadas por Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., el Consejo Directivo determinó en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, cuál es la situación de aquellas empresas concesionarias distintas a la empresa cuya tarifa sería regulada (es decir, Telefónica del Perú S.A.A.), con relación a su participación en el citado procedimiento.

Por tanto, toda vez que la solicitud de apersonamiento presentada por AMÉRICA MÓVIL, dirigida a la Gerencia General, contiene similares argumentos a aquéllos formulados por las referidas empresas, resultaba admisible que esa unidad orgánica, atendiendo a lo resuelto por el Consejo Directivo en la Resolución N° 083-2011-

CD/OSIPTEL, comunique a dicha empresa que debía sujetarse a lo establecido en dicho acto administrativo. En consecuencia, la comunicación C.606-GG.GPRC/2011 no se encuentra incurso en causal de nulidad.

- 4.2 No se ha vulnerado el derecho a la igualdad y la no discriminación de AMÉRICA MÓVIL, ni el Principio a la No Discriminación recogido en el Reglamento General del OSIPTEL, porque el hecho que la solicitud de apersonamiento haya sido absuelta por la Gerencia General y no por el Consejo Directivo, obedece al motivo señalado en el numeral que precede. Por el contrario, dichos preceptos han sido respetados por el OSIPTEL, en la medida que la carta C.606-GG.GPRC/2011 establece que la empresa recurrente queda comprendida en los alcances del artículo 3° de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL.

Es decir, a AMÉRICA MÓVIL, al igual que a Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., se le notificarán todas las resoluciones que se emitan en el Procedimiento Regulatorio.

- 4.3 Aun cuando las medidas regulatorias adoptadas por el OSIPTEL pueden incidir sobre los intereses de empresas concesionarias distintas a la que será objeto de la regulación tarifaria, es de indicar que la situación de todos aquéllos que intervienen (o interesados en intervenir) en un procedimiento tarifario en el sector de las telecomunicaciones, se encuentra prevista en el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”.

De dicha norma se desprende, tal como se estableció en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL y en la carta C.606-GG.GPRC/2011, que en el trámite de un procedimiento tarifario cualquier empresa operadora del sector que no sea aquella cuya tarifa será regulada, tiene plenamente garantizado el derecho a acceder en cualquier momento a toda la información pública que sea presentada o generada en el marco de dicho trámite, y el derecho a formular análisis, críticas y cuestionamientos a las decisiones del OSIPTEL, en la etapa de consulta pública y, de ser el caso, también en la etapa recursiva -para los legitimados interesados-.

En consecuencia, si bien en un procedimiento tarifario las prerrogativas que posee la empresa que será objeto de regulación pueden ser diferentes respecto del resto de concesionarias que operan en el mercado, se reitera que este escenario ha sido contemplado en una norma especial de carácter reglamentario, aprobada por el Consejo Directivo en ejercicio de su función normativa; expedida, además, en cumplimiento del artículo 3° de la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, Ley N° 27838.

- 4.4 Este colegiado, a través de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, ha ratificado que sólo la empresa cuya tarifa será regulada es aquella habilitada para interponer el recurso especial, dirigido a cuestionar la resolución tarifaria expedida por el Consejo Directivo, con arreglo al artículo 11° del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”.

Asimismo, es pertinente indicar que el precitado artículo 11° debe concordarse con lo estipulado en el numeral 5) del artículo 3° de la mencionada Ley de Tarifas, que

obliga a los organismos reguladores a publicar en su página web el recurso especial interpuesto por la empresa regulada, con el fin que los legitimados interesados puedan expresar lo que consideren pertinente en el plazo que se establezca para tal efecto. De este modo, se garantiza que terceros con interés en el resultado de un procedimiento tarifario (entre ellos empresas operadoras como AMÉRICA MÓVIL), puedan expresar lo conveniente con motivo de la impugnación presentada por la empresa regulada; constituyendo ésta una vía adicional de participación en dicho trámite.

- 4.5 No constituye objeto de evaluación en el “Procedimiento Regulatorio”, la evaluación de la conveniencia en el sector de las telecomunicaciones, del apersonamiento de otras empresas operadoras a los procedimientos tarifarios, además de la empresa cuya tarifa se somete a regulación.

Por tanto, de cara al desarrollo del indicado procedimiento, resulta irrelevante si en el sector energía el organismo regulador admite el apersonamiento de terceros e, incluso, la interposición de recursos administrativos.

- 4.6 El artículo 4° de la Ley N° 27838 establece que la resolución que fija tarifas reguladas, su exposición de motivos, así como toda resolución que pudiera tener implicancia en dicho proceso, debe ser publicada en el diario oficial El Peruano, bajo sanción de nulidad.

Al respecto, aun cuando el pronunciamiento sobre el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL no tiene incidencia sobre la resolución tarifaria final que emitirá el Consejo Directivo en el Procedimiento Regulatorio, en tanto la posición del organismo regulador sobre la intervención de terceras empresas operadoras fue establecida en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL (debidamente publicada en el diario oficial El Peruano), este colegiado considera que, por transparencia, dicha decisión sea igualmente publicada.

Asimismo, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos que anteceden, este Consejo Directivo hace suyos los fundamentos y conclusiones expuestos en el Informe N° 001-VA/2011 del 30 de setiembre de 2011, emitido por la asesora de la Alta Dirección, el cual –de conformidad con el artículo 6°, numeral 6.2 de la LPAG- constituye parte integrante de la presente resolución y, por tanto, de su motivación.

Conforme a lo expuesto en los considerandos anteriores, corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL.

En aplicación de las funciones previstas en el literal b) del artículo 75° del Reglamento General del OSIPTEL y estando a lo acordado por el Consejo Directivo del OSIPTEL en su Sesión N° 435, de conformidad con el Informe N° 001-VA/2011;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Declarar **INFUNDADO** el Recurso de Apelación presentado por la empresa AMÉRICA MÓVIL PERÚ S.A.C. el 31 de agosto de 2011, de conformidad con los fundamentos expuestos en la parte considerativa de la presente resolución y, en consecuencia, reiterar que dicha empresa queda sujeta a lo resuelto mediante Resolución

N° 083-2011-CD/OSIPTEL, acorde con lo expuesto en la Sección 3.5 de su parte considerativa.

Artículo 2°.- Encargar a la Gerencia de Comunicación Corporativa la notificación a la empresa impugnante de la presente resolución y del Informe N° 001-VA/2011, que constituye parte integrante de la misma, así como su publicación en el Diario Oficial El Peruano.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

GUILLERMO THORBERRY VILLARÁN
Presidente del Consejo Directivo