

INFORME N° 001-VA /2011

A : **MARIO GALLO GALLO**
Gerente General

DE : **VIVECA AMOROS KOHN**
ASESORA ALTA DIRECCION

ASUNTO : **Recurso de Apelación presentado por la empresa América Móvil Perú S.A.C. contra la carta C.606-GG.GPRC/2011**

REF. : **Expediente N° 00001-2011-CD-GPRC/TT**

FECHA : 30 de setiembre de 2011

I. RESUMEN:

En este informe se analiza el Recurso de Apelación presentado por la empresa América Móvil Perú S.A.C. (en adelante, AMÉRICA MÓVIL) contra la carta C.606-GG.GPRC/2011 que, en el procedimiento regulatorio iniciado para la fijación de la tarifa Fijo-Móvil, establece que dicha empresa se sujete a lo resuelto por el OSIPTEL en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL.

Sobre la base de los argumentos que a continuación se exponen, se recomienda declarar infundada la impugnación.

II. 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

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.

en el Procedimiento Regulatorio y, asimismo, presentó un recurso de reconsideración solicitando se deje sin efecto la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTTEL.

- Mediante Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTTEL del 13 de junio de 2011 ⁽³⁾, el Consejo Directivo resolvió declarar improcedentes los recursos administrativos interpuestos contra las Resoluciones N° 044-2011-CD/OSIPTTEL y N° 045-2011-CD/OSIPTTEL. 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 OSIPTTEL 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/OSIPTTEL; 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 presentó un escrito solicitando ser considerado 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 dispuso que AMÉRICA MÓVIL se sujete a lo resuelto por el OSIPTTEL en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTTEL, 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.

III. VERIFICACION DE REQUISITOS DE PROCEDENCIA Y ADMISIBILIDAD:

De conformidad con el numeral 206.1 del artículo 206° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (en adelante, LPAG), frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos que prevé dicha norma.

Asimismo, el numeral 206.2 del aludido artículo 206° establece que sólo son impugnables los actos definitivos que ponen fin a la instancia y los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión.

Al respecto, AMÉRICA MÓVIL cuestiona la carta C.606-GG.GPRC/2011 que, atendiendo a la solicitud de apersonamiento formulada por dicha empresa en el Procedimiento Regulatorio, a través de la cual peticiona que se la considere como parte al poseer un interés legítimo en la tarifa tope que fijaría el OSIPTTEL, señala que AMÉRICA MÓVIL debe sujetarse a lo resuelto por el Consejo Directivo del OSIPTTEL en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTTEL (de conformidad con lo expuesto en la Sección 3.5 de su parte considerativa). La carta C.606-GG.GPRC/2011 reconoce, además, que desde el 9 de agosto de 2011 (su fecha de emisión), AMÉRICA MÓVIL queda comprendida en los alcances de lo dispuesto en el artículo 3° de la citada resolución.

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

⁴ Notificada el 10 de agosto de 2011.

Sobre el particular, el artículo 3° de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL dispuso que todas las resoluciones que se expidan en el Procedimiento Regulatorio sean puestas en conocimiento de las concesionarias Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., las que, en forma similar a AMÉRICA MÓVIL, solicitaron su incorporación al precitado procedimiento en condición de administrados.

A criterio de esta Gerencia, el pedido formulado por AMÉRICA MÓVIL constituye, con arreglo a los artículos 106° y 107° de la LPAG, una solicitud en interés particular de la mencionada empresa formulada en ejercicio de su derecho de petición administrativa, a través de la cual persigue le sean reconocidos los derechos que, en calidad de administrado, considera le asistirían en el Procedimiento Regulatorio. En consecuencia, la manifestación contenida en la carta C.606-GG.GPRC/2011, al pronunciarse sobre dicha solicitud, genera efectos jurídicos sobre los intereses de AMÉRICA MÓVIL, motivo por el cual constituye un acto administrativo.

Por otro lado, al establecerse mediante la carta C.606-GG.GPRC/2011 que la empresa apelante debe acogerse a lo dispuesto en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, la Gerencia General, acorde con lo resuelto por el Consejo Directivo ante las similares peticiones formuladas por Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., implícitamente comunica a AMÉRICA MÓVIL que no será incorporada como “parte” en el Procedimiento Regulatorio, conforme a lo normado en el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”.

Sin perjuicio de la legalidad de dicha respuesta –que será analizada posteriormente-, lo cierto es que en virtud de lo señalado en la carta C.606-GG.GPRC/2011, queda establecido que AMÉRICA MÓVIL no contará con las prerrogativas que, por ejemplo, sí tiene Telefónica del Perú S.A.A. dentro del Procedimiento Regulatorio, en su condición de empresa concesionaria cuya tarifa será regulada. Es así que, según los argumentos vertidos en el recurso de apelación, la carta C.606-GG.GPRC/2011 constituiría un acto administrativo de trámite capaz de producir indefensión a AMÉRICA MÓVIL.

Al respecto, MORÓN URBINA cita como ejemplo de actos de trámite que producen indefensión, el rechazo a un tercero del ingreso al procedimiento que la afecte ⁽⁵⁾. En consecuencia, se concluye que la carta C.606-GG.GPRC/2011 constituye un acto administrativo susceptible de ser impugnado.

De otro lado, acorde con el artículo 209° de la LPAG, el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, debiendo dirigirse a la misma autoridad que expidió el acto que se impugna para que eleve lo actuado al superior jerárquico. Por su parte, el artículo 207° del mencionado cuerpo legal prevé que el plazo para la interposición de los recursos administrativos es de quince (15) días perentorios.

Sobre el particular, AMÉRICA MÓVIL alega, entre otras razones, que al expedirse la carta C.606-GG.GPRC/2011 se ha incurrido en vicios que acarrear su nulidad de pleno derecho. Asimismo, la impugnación ha sido dirigida a la Gerencia General con la finalidad que sea elevada a su superior jerárquico, que en el caso del OSIPTEL es el Consejo Directivo. Finalmente, la carta C.606-GG.GPRC/2011 fue notificada el 10 de agosto de 2011, mientras que el recurso de apelación fue

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Gaceta Jurídica. 2° Edición. Lima, 2001. Pg. 445.

presentado el 31 de agosto de 2011, es decir, dentro del plazo previsto en la norma.

Como efecto de lo señalado, deviene admisible y procedente en cuanto a su tramitación el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL.

IV. 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.
- 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.

V. ANÁLISIS:

Seguidamente se analizarán los argumentos formulados por AMÉRICA MÓVIL.

5.1 Sobre la competencia de la Gerencia General para pronunciarse sobre la solicitud de apersonamiento de AMÉRICA MÓVIL.-

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que, de conformidad con el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, sólo el Consejo Directivo tiene competencia para emitir actos administrativos dentro de dicho procedimiento, mientras que la Gerencia General, al igual que la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia, sólo desempeñan un rol consultivo y técnico respecto a la fijación de tarifas tope.

Indica también la firma recurrente, que el Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, específicamente en sus artículos 29° y 30°, establece que es el Consejo Directivo el órgano que ejerce la función reguladora a través de actos administrativos, lo cual no sólo involucra la fijación de tarifas y sistemas tarifarios, sino también dictar todas aquellas disposiciones que sean necesarias en el procedimiento de fijación de tarifas.

Finaliza AMÉRICA MÓVIL señalando que, en vista que fue la Gerencia General el órgano que se pronunció sobre su solicitud de apersonamiento -y no el Consejo Directivo-, la carta C.606-GG.GPRC/2011 debe ser declarada nula de conformidad con el numeral 1) del artículo 10° de la LPAG, en tanto fue emitida por un órgano incompetente.

Sobre lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL, es de indicar que el artículo 3° de la Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas, Ley N° 27838 (en adelante, Ley de Tarifas), atribuye a cada organismo regulador de servicios públicos la responsabilidad de fijar el procedimiento de regulación de tarifas, a través de una norma del más alto rango de la entidad. Este procedimiento, entre otros aspectos, debe prever las unidades orgánicas que en aquél intervienen, sus atribuciones, así como el plazo perentorio para que dichas unidades se pronuncien sobre las materias que son de su competencia (6).

Fue en ese contexto que el Consejo Directivo del OSIPTEL, en cumplimiento de la Ley de Tarifas y en ejercicio de su función normativa (7), aprobó el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, a través de la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL. Precisamente, el artículo 3° de esta última norma establece cuáles son las unidades orgánicas con competencia en materia de fijación y revisión de tarifas tope, refiriéndose al Consejo Directivo, la Gerencia General y la Gerencia de Políticas Regulatorias (hoy Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia).

Con relación al Consejo Directivo, el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” establece que dicho órgano ejerce la función reguladora de tarifas a través de resoluciones. Esto coincide con lo estipulado en el artículo 29° del Reglamento General del OSIPTEL. Respecto a cómo se ejercita la función reguladora, el artículo 30° del citado reglamento precisa que aquélla se desarrolla mediante la fijación de tarifas, el establecimiento de sistemas tarifarios en sus diferentes modalidades, y la emisión de disposiciones que sean necesarias para tal efecto.

Ahora bien, el hecho que la normativa citada estipule que el Consejo Directivo es competente para emitir las disposiciones que resulten necesarias para el ejercicio de la función reguladora, no quiere decir que toda decisión emitida durante un procedimiento tarifario deba ser expedida por dicho colegiado. En efecto, existen disposiciones que son, en estricto, distintas a la fijación de tarifas y el establecimiento de sistemas tarifarios pero que, necesariamente, deben aprobadas por el Consejo Directivo.

Así ocurre, por ejemplo, con lo previsto en el numeral 4) del artículo 6° del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” que, en lo concerniente al procedimiento de oficio, establece que corresponde al Consejo Directivo aprobar

⁶ Al respecto, véase los numerales 1), 2) y 3) del artículo 3° de la Ley de Tarifas.

⁷ La función normativa del OSIPTEL se encuentra prevista en el artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, y en los artículos 22° y siguientes del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado con Decreto Supremo N° 008-2001-PCM.

la resolución que dispone la publicación del proyecto de resolución tarifaria, así como convocar a la Audiencia Pública Descentralizada. Igualmente, cabe citar que, de acuerdo al numeral 5) del artículo 3° de la Ley de Tarifas y el artículo 11° del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, compete al Consejo Directivo pronunciarse sobre las impugnaciones presentadas contra las resoluciones tarifarias.

Lo mismo sucede con aquellas peticiones formuladas dentro de un procedimiento tarifario que, aun cuando su respuesta no merecerá la emisión de una resolución tarifaria, requieren un pronunciamiento de la máxima instancia administrativa del OSIPTEL al referirse a materias no contempladas expresamente en el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, o –en todo caso– aclarando las dudas que de dicha norma se pueden derivar.

Esto último fue lo que sucedió al emitirse la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL en el Procedimiento Regulatorio, puesto que en dicho acto administrativo el Consejo Directivo del OSIPTEL, en virtud de los escritos presentados por Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., definió con sujeción al “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” la situación de aquellas empresas operadoras que desean intervenir en un procedimiento tarifario, que son ajenas a la empresa concesionaria involucrada cuya tarifa será regulada.

Por otro lado, como se ha referido con anterioridad, la Gerencia General también constituye unidad orgánica con competencia en materia de fijación y revisión de tarifas tope. En efecto, acorde con el artículo 3° del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, la Gerencia General es el órgano de revisión y coordinación de las propuestas emitidas por la Gerencia de Políticas Regulatorias y Competencia.

Ahora bien, aun cuando la citada norma no establece en forma expresa que la Gerencia General puede emitir resoluciones en un procedimiento tarifario, resulta incorrecto asumir la posición que sostiene AMÉRICA MÓVIL, acerca que dicha gerencia no tiene competencia para emitir actos administrativos dentro de aquél.

Así, de una lectura sistemática de la normativa que rige el funcionamiento del OSIPTEL, se advierte que la Gerencia General tiene suficiente autoridad para emitir actos administrativos en diversos procedimientos que se siguen ante la entidad (por ejemplo, el ejercicio de la función supervisora y sancionadora, la aprobación de contratos de interconexión, etc.). Incluso en materia tarifaria, el Reglamento General de Tarifas, aprobado con Resolución N° 060-2000-CD/OSIPTEL, establece que la Gerencia General se encuentra en capacidad de observar las condiciones previstas por las empresas operadoras para la aplicación de sus tarifas, ofertas, descuentos y promociones, y, de ser el caso, aplicar las medidas correctivas que resulten pertinentes.

Por tanto, en un procedimiento tarifario, cuando no se trate de materias que involucran la fijación de tarifas, el establecimiento de sistemas tarifarios, o disposiciones que sean necesarias para tal efecto –cuya competencia resolutoria es exclusiva del Consejo Directivo–, será admisible que la Gerencia General se pronuncie sobre determinados aspectos que son puestos en su conocimiento, sin que ello signifique que tal decisión se encuentre viciada de nulidad.

En el caso que se analiza, se considera que la carta C.606-GG.GPRC/2011 no se halla incurso en causal de nulidad, en la medida que la Gerencia General no se pronunció sobre una materia cuya competencia corresponde al Consejo Directivo.

En efecto, si bien AMÉRICA MÓVIL solicitó su apersonamiento al Procedimiento Regulatorio, lo cierto es que dicha petición fue presentada el 6 de julio de 2011, es decir, en forma posterior a la emisión de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTTEL (inclusive a su publicación en el diario oficial El Peruano) que, como se ha referido, se pronunció sobre las solicitudes de apersonamiento de Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A.

Entonces, siendo que el Consejo Directivo había definido con anterioridad la situación de aquellas empresas operadoras con intención de intervenir en un procedimiento tarifario, pero que no constituyen la empresa concesionaria involucrada cuya tarifa será regulada; carecía de objeto que el Consejo Directivo sesionara nuevamente para reiterar su decisión al respecto, en virtud de la solicitud de AMÉRICA MÓVIL.

En efecto, de acuerdo al Reglamento General del OSIPTTEL, uno de los principios que rige las acciones y decisiones que adopta este organismo regulador mediante cualquiera de sus órganos, es el Principio de Celeridad, según el cual la actuación administrativa del OSIPTTEL debe orientarse a resolver los temas que son de su competencia, de manera oportuna y en el menor tiempo posible. Más todavía, la LPAG, respecto del mismo principio, establece que deben evitarse aquellas actuaciones que dificulten el desenvolvimiento del procedimiento o constituyan meros formalismos, con el fin de alcanzar una decisión en tiempo razonable, sin que ello releve a las autoridades del respeto al debido procedimiento o vulnere el ordenamiento (cosa que no ha ocurrido con la emisión de la carta C.606-GG.GPRC/2011).

Asimismo, respecto al Principio de Eficacia, la LPAG obliga a que quienes intervienen en determinado procedimiento hagan prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto, sobre aquellos formalismos cuya realización no incida en su validez, no determinen aspectos importantes en la decisión final, no disminuyan las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

Cabe preguntarse entonces, si existiendo un pronunciamiento expreso del Consejo Directivo respecto a la participación de terceros en el Procedimiento Regulatorio, resultaba razonable convocar nuevamente al Consejo Directivo para que se pronuncie en el mismo sentido, dilatando así el desenvolvimiento del procedimiento tarifario en trámite. La respuesta, evidentemente, es negativa. Caso contrario se habría transgredido el Principio de Celeridad.

Fue por ese motivo que la Gerencia General expidió la carta C.606-GG.GPRC/2011, que constituyó un acto de trámite que absolvió el incidente constituido por la solicitud presentada por AMÉRICA MÓVIL, y que en nada se apartó del criterio establecido por el Consejo Directivo en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTTEL. Por tanto, la emisión de dicho documento no disminuyó las garantías del Procedimiento Regulatorio ni causó indefensión a AMÉRICA MÓVIL, porque aún en el caso que el Consejo Directivo se haya pronunciado sobre la solicitud de apersonamiento de la citada empresa, el sentido de la respuesta habría sido el mismo.

Es más, llama la atención que AMÉRICA MÓVIL cuestione que haya sido la Gerencia General quien se pronunció sobre su solicitud de apersonamiento, cuando su escrito fue dirigido precisamente a dicho órgano y no al Consejo Directivo.

Por último, pareciera que AMÉRICA MÓVIL olvida que, de acuerdo al literal e) del artículo 89° del Reglamento General del OSIPTEL, corresponde al Gerente General cumplir y hacer cumplir los acuerdos del Consejo Directivo. En efecto, en la sesión de fecha 13 de junio de 2011, dicho colegiado adoptó el Acuerdo N° 425/1689/11 que aprobó, entre otros temas, la resolución que estableció el criterio sobre las solicitudes de apersonamiento presentadas por aquellas empresas operadoras distintas a la concesionaria regulada (es decir, la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL).

En consecuencia, la emisión de la carta C.606-GG.GPRC/2011 constituyó un acto administrativo emitido por la Gerencia General en cumplimiento de lo acordado por el Consejo Directivo, como se ha referido previamente.

Por lo expuesto, se concluye que la carta C.606-GG.GPRC/2011 no constituye un acto administrativo inválido, toda vez que la Gerencia General sí tenía competencia para pronunciarse frente a la solicitud de apersonamiento cursada por AMÉRICA MÓVIL.

5.2 Acerca de la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación.-

AMÉRICA MÓVIL considera que se ha violado su derecho constitucional a la igualdad y no discriminación, recogido en la Constitución, así como el Principio de No Discriminación previsto en el Reglamento General del OSIPTEL, en vista que su solicitud de apersonamiento fue resuelta por la Gerencia General –sin que exista algún sustento normativo que lo permita- y no por el Consejo Directivo; como sí sucedió con las similares solicitudes presentadas por Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A.

Por ello, la empresa recurrente estima que la carta C.606-GG.GPRC/2011 ha sido emitida contraviniendo la Constitución y normas reglamentarias, razón por la cual corresponde que sea declarada nula, de conformidad con el numeral 2) del artículo 10° de la LPAG.

Al respecto, se considera que al emitirse la carta 606-GG.GPRC/2011 no se han vulnerado los derechos y principio que refiere AMÉRICA MÓVIL, puesto que el hecho que su solicitud de apersonamiento haya sido atendida por la Gerencia General y no por el Consejo Directivo del OSIPTEL, obedece a las razones objetivas señaladas en el acápite que antecede.

Por el contrario, el Principio de No Discriminación ha sido respetado cabalmente por el OSIPTEL, en la medida que los derechos que se reconocen a AMÉRICA MÓVIL en la carta 606-GG.GPRC/2011, son los mismos que el Consejo Directivo reconoció a Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A. en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL.

En efecto, la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL considera lo siguiente:

“3.5 Respetto de las solicitudes de apersonamiento

En otro extremo de sus recursos, las empresas TMÓVILES y AMERICATEL han solicitado expresamente ser incorporadas como terceros administrados en el procedimiento regulatorio iniciado por la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL, reconociéndoles los mismos derechos y obligaciones de los participantes en dicho procedimiento.

Al respecto, tal como ha sido señalado anteriormente, debe reiterarse que el procedimiento iniciado de oficio para la fijación de tarifas tope aplicables a las llamadas Fijo-Móvil se rige por la correspondiente norma de procedimiento especial establecida mediante Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, a la cual deben sujetarse tanto el OSIPTEL como las empresas concesionarias y otros interesados que participen en este procedimiento regulatorio.

Por tanto, no resulta legalmente viable que, atendiendo a la solicitud de empresas operadoras, el OSIPTEL pueda habilitarles más derechos que los pre-establecidos en la referida norma procedimental.

No obstante, tal como ha ocurrido en otros casos similares, sí se considera adecuado que, adicionalmente a los mecanismos de publicidad y difusión de las decisiones que se emitan durante el procedimiento regulatorio, el OSIPTEL las ponga en conocimiento de las empresas solicitantes mediante comunicación escrita directa; por lo que se actuará en consecuencia con ello.

(...)

SE RESUELVE:

(...)

Artículo 3°.- *Disponer que, además de los mecanismos de publicidad y difusión previstos en la norma procedimental establecida por la Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, todas las resoluciones que se emitan en el procedimiento regulatorio iniciado por Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL (Expediente N° 00001-2011-CD-GPRC/TT) sean puestas en conocimiento de las empresas Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A., mediante comunicación escrita.”*

Mientras que la carta 606-GG.GPRC/2011 establece lo que seguidamente se expone:

“(…)

Al respecto, siendo que su solicitud tiene el mismo contenido que las solicitudes presentadas anteriormente por otras empresas concesionarias en el mismo procedimiento regulatorio, debe estarse a lo resuelto por este organismo mediante Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL (⁸), de conformidad con lo expuesto en la Sección 3.5 de su parte considerativa; y en consecuencia, mediante la presente se reconoce que, a partir de la fecha, la empresa CLARO queda comprendida en los alcances de lo dispuesto por el Art. 3° de la citada resolución.

(...)

En ese sentido, dado el interés público involucrado en los procedimientos regulatorios, debe entenderse que, conforme a la citada Ley N° 27838, la cual se aplica en conjunto con la norma procedimental aprobada por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, cualquier empresa operadora del sector, así como cualquier ciudadano, tienen plenamente garantizados los siguientes derechos:

- (i) Derecho a acceder en cualquier momento a toda la información pública que sea presentada o generada en el marco de los procedimientos regulatorios que ejecuta el OSIPTEL, y*
- (ii) 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-, mereciendo en todos estos casos el debido análisis y respuesta por parte de este organismo.*

En consecuencia, la carta C.606-GG.GPRC/2011 no se encuentra viciada de nulidad, en tanto ha sido emitida en estricta sujeción al ordenamiento jurídico vigente.

5.3 Respeto a la condición de AMÉRICA MÓVIL en el Procedimiento Regulatorio.-

AMÉRICA MÓVIL manifiesta que posee un interés legítimo en la fijación de la tarifa tope en el Procedimiento Regulatorio, toda vez que la decisión del Consejo Directivo afectará la dinámica de la oferta y demanda en el mercado de los servicios de telecomunicaciones fijo-móvil, y con ello los intereses económicos de dicha empresa. Al respecto, señala que el valor de la tarifa incidirá en el volumen de llamadas que los usuarios realicen a su red de telefonía móvil y, por ende, en el monto total que AMÉRICA MÓVIL cobraría por los cargos de interconexión que corresponden al escenario de llamadas cuya tarifa se viene regulando, en su calidad de concesionario del servicio de telefonía móvil.

Añade la firma apelante, que su interés para constituirse en parte no proviene de la configuración de un daño fáctico con motivo del desarrollo del Procedimiento Regulatorio, sino de la posibilidad que dicho daño se genere; más aún si se ha producido una modificación de la situación jurídica de AMÉRICA MÓVIL, en virtud del nuevo sistema tarifario establecido con la Resolución N° 044-2011-CD/OSIPTEL. Agrega la empresa, que al tener también la condición de concesionaria del servicio de telefonía fija, concurre una justificación adicional para intervenir como parte en el Procedimiento Regulatorio.

Siendo así, AMÉRICA MÓVIL considera que debe gozar de todos los derechos que le corresponden como administrado, con arreglo a lo establecido en los numerales 3) y 11) del artículo 55° de la LPAG.

Al respecto, es de señalar que los efectos que se producirán sobre el mercado de las telecomunicaciones como consecuencia del sistema tarifario aprobado con la Resolución N° 044-2011-CD/OSIPTEL, y del inicio del Procedimiento Regulatorio, han sido debidamente analizados por el OSIPTEL, tal como consta en la documentación que constituye el sustento de ambas decisiones.

En consecuencia, aun cuando las medidas regulatorias adoptadas por este organismo regulador pueden incidir sobre los intereses de empresas concesionarias distintas a la que será objeto de la regulación tarifaria, cabe recordar a AMÉRICA MÓVIL 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 una norma que, como se ha indicado previamente, se emitió con sujeción a lo establecido en el artículo 3° de la Ley de Tarifas.

En efecto, el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, tal como se estableció en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL y en la carta C.606-GG.GPRC/2011, reconoce 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 -lo cual se justificaría por la restricción a la que quedaría sometida de aprobarse una tarifa tope-, se reitera que este

escenario ha sido contemplado en una norma de carácter reglamentario, aprobada por el Consejo Directivo del OSIPTEL en ejercicio de la función normativa que tiene atribuida por ley.

De este modo, las disposiciones previstas en la LPAG respecto a quiénes pueden ser considerados como administrados o terceros administrados dentro de un procedimiento administrativo, ceden por su generalidad frente a lo regulado por una norma de carácter especial, como es el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”.

En efecto, la Tercera Disposición Complementaria y Final de la LPAG, estipula que dicha norma es supletoria a las leyes, reglamentos y otras normas de procedimiento existentes, en cuanto no la contradigan o se opongan, en cuyo caso prevalecen las disposiciones especiales. Por tanto, en la medida que el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” constituye una norma reglamentaria de carácter especial aplicable al sector de las telecomunicaciones, sus disposiciones prevalecen sobre lo regulado por la LPAG.

Al respecto, MORÓN URBINA señala que a través de la disposición normativa mencionada, la LPAG ⁽⁸⁾: *“(...) reconoce que las normas generales no son aplicables directamente a todos los procedimientos desarrollados en los órganos comprendidos dentro de su alcance organizativo, ya que si hay leyes propias que contemplan procedimientos especiales, atendiendo a la singularidad de la materia, serán de aplicación preferente tales disposiciones en las materias que constituyan la especialidad, (...)’*

No obstante lo anterior, es oportuno incidir en que el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, pese a su carácter especial, no niega la posibilidad a aquellos interesados distintos a la empresa regulada a participar en el trámite de dicho procedimiento, en vista que, como se ha señalado previamente, estos tienen la posibilidad de ejercer los derechos que refiere la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL (precisados, además, en la carta C.606-GG.GPRC/2011).

Dentro de dichos derechos, se encuentran justamente los que AMÉRICA MÓVIL pretende se le reconozcan, según expone en su recurso de apelación. En efecto, tal como se mencionó en la carta C.606-GG.GPRC/2011, dicha empresa tiene el derecho de:

- Acceder en cualquier momento a toda la información pública que sea presentada o generada en el marco de los procedimientos regulatorios que ejecuta el OSIPTEL (directamente relacionado con lo previsto en el numeral 3) del artículo 55° de la LPAG).
- 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-, mereciendo en todos estos casos el debido análisis y respuesta por parte de este organismo regulador (directamente relacionado con lo previsto en el numeral 11) del artículo 55° de la LPAG).

Por consiguiente, corresponde que el Consejo Directivo ratifique, respecto a AMÉRICA MÓVIL, el criterio establecido en la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL.

⁸ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Op. Cit. Pg. 563 y 564.

5.4 Sobre las disposiciones del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”.-

AMÉRICA MÓVIL sostiene que el artículo 11° del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” no limita el derecho de impugnar las resoluciones que establezcan tarifas tope, o desestimen su fijación o revisión, sólo a la empresa regulada, como establece la carta C.606-GG.GPRC/2011. De acuerdo al razonamiento de la citada empresa, el referido artículo 11° alude a todas aquellas empresas involucradas en un procedimiento tarifario, al ostentar la condición de administrados en ese trámite, motivo por el cual lo dispuesto por la Gerencia General constituye una limitación injustificada a los derechos contenidos en la LPAG.

Asimismo, refiriéndose a la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, AMÉRICA MÓVIL señala que el hecho que el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” no reconozca expresamente determinados derechos, no elimina la obligación del OSIPTEL de respetar los derechos de los administrados previstos en la LPAG. Afirma, además, que dicha norma no impide que se apersonen a los procedimientos tarifarios aquellos administrados que posean un interés legítimo y sustentado, como sucede con la concesionaria apelante. Por último, indica AMÉRICA MÓVIL que la limitación establecida en el numeral 3.5 de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL contraviene la LPAG, cuyo rango normativo es superior a la norma aprobada por el Consejo Directivo del OSIPTEL.

Sobre lo manifestado por AMÉRICA MÓVIL, cabe señalar que el Consejo Directivo, a través de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, se refirió sobre la habilitación que el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” prevé para la impugnación de la resolución tarifaria. Dicho colegiado consideró lo siguiente:

“3.2 Procedibilidad del recurso contra la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL

a) Marco legal para el ejercicio de la función reguladora de tarifas

Conforme a lo establecido en el inciso 5 del Artículo 77° del TUO de la Ley de Telecomunicaciones -aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC- y en el literal b), numeral 3.1 del Artículo 3° de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos –Ley N° 27332-, el OSIPTEL tiene, entre otras, la función reguladora, que comprende la facultad de fijar las tarifas de los servicios bajo su ámbito y establecer las reglas para su aplicación.

Dentro del marco de dichas funciones, y de acuerdo a la Ley N° 27838 –Ley de Transparencia y Simplificación de los Procedimientos Regulatorios de Tarifas- el OSIPTEL ha diseñado un procedimiento especial que establece las etapas y los plazos aplicables, incluyendo las etapas de consulta pública de los correspondientes proyectos de resolución tarifaria, así como las instancias que intervienen en la fijación de las tarifas tope, entre otras reglas procedimentales.

Dicho procedimiento regulatorio, aprobado por Resolución N° 127-2003-CD/OSIPTEL, incluye una etapa de apertura en la que se otorga a las empresas involucradas la oportunidad de presentar y sustentar sus correspondientes propuestas tarifarias y asimismo se procura acopiar la información sobre cuya base se emitirá el pronunciamiento respecto de la fijación de las tarifas tope.

Es importante resaltar que el referido procedimiento especial ha sido instituido en atención a la visión garantista de los derechos de las empresas a las que se impondrán las tarifas tope, reservando y habilitando excepcionalmente a estas empresas la facultad de cuestionar la resolución tarifaria, únicamente cuando dicha resolución sea aplicable a una empresa en particular.

(subrayado agregado)

Siendo que de conformidad con el artículo 35° del Reglamento General del OSIPTEL, es el Consejo Directivo el órgano llamado, en última instancia, a absolver las dudas o discrepancias que puedan surgir de la interpretación de una disposición normativa emitida por este organismo regulador, es claro que dicho colegiado, mediante la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, ha ratificado que sólo la empresa cuya tarifa será regulada es aquélla 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, no se trata de una limitación injustificada a los derechos del resto de empresas operadoras porque, como se ha referido en el acápite anterior, la emisión de la regulación especial contenida en el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, se justifica en lo prescrito en el artículo 3° de la Ley de Tarifas. Del mismo modo, la lectura del artículo 11° del aludido procedimiento 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 otro lado, se reitera que las particularidades de los procedimientos tarifarios traen consigo que algunas disposiciones del procedimiento administrativo general no resulten aplicables. Sin embargo, como se ha visto, eso no impide que los interesados, como podría ser AMÉRICA MÓVIL, accedan a la información producida en un procedimiento tarifario o emitan opiniones sobre el mismo. Así, por ejemplo, la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL deja sentado que la opinión vertida por los interesados (distintos a la empresa regulada) en el Procedimiento Regulatorio, viene siendo (y será) valorada por el Consejo Directivo al momento de expedir la resolución tarifaria final. En efecto, dicho administrativo sostuvo lo siguiente:

“3.2 Procedibilidad del recurso contra la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL

a) Naturaleza de la Resolución N° 045-2011-CD/OSIPTEL

(...)

Por tanto, resulta evidente que con esta resolución no se está produciendo afectación alguna a la esfera jurídica de las empresas recurrentes, toda vez que aún el OSIPTEL no ha fijado la correspondiente tarifa tope, siendo que esta decisión sólo se podrá adoptar luego del procedimiento regulatorio iniciado, cuyos resultados dependerán de diferentes factores, entre ellos la información y las consideraciones que la propia empresa involucrada en este procedimiento regulatorio y los otros interesados podrán presentar al OSIPTEL, especialmente en la etapa de consulta pública del correspondiente proyecto de resolución tarifaria.”

Finalmente, se advierte que el cuestionamiento formulado por AMÉRICA MÓVIL respecto a la contravención de la LPAG por la presunta limitación establecida en el numeral 3.5 de la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, acerca de la participación y los derechos de otras empresas operadoras ajenas a la concesionaria regulada, Telefónica del Perú S.A.A., se dirige implícitamente contra el “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope”, porque fue esa disposición normativa la que sustentó dicho extremo del pronunciamiento del Consejo Directivo.

Al respecto, aun cuando el citado procedimiento fue aprobado en mérito de la Ley de Tarifas, corresponde señalar una impugnación en la vía administrativa no

constituye la herramienta que el ordenamiento jurídico prevé para el control de la legalidad de las normas.

5.5 Acerca del desarrollo de los procedimientos tarifarios en otros sectores.-

AMÉRICA MÓVIL señala que el apersonamiento a procedimientos tarifarios constituye una práctica habitual en otros sectores regulados, como ocurre en el sector energía. Así, señala que el OSINERGMIN ha emitido varias resoluciones que evidencian la evaluación de los recursos de reconsideración presentados, incluso, por personas naturales que consideran lesionados sus derechos, así como por las empresas usuarias del servicio cuya tarifa se está fijando en el procedimiento respectivo.

Para sustentar este extremo de su recurso de apelación, AMÉRICA MÓVIL acompaña diversas resoluciones expedidas por el OSINERGMIN.

Al respecto, la evaluación en el sector de las telecomunicaciones de la conveniencia del apersonamiento de otras empresas operadoras a los procedimientos tarifarios, además de la empresa cuya tarifa se somete a regulación, no constituye objeto de evaluación en el Procedimiento Regulatorio.

En consecuencia, en tanto el contenido del “Procedimiento para la fijación y/o revisión de tarifas tope” no varíe, la aplicación de sus disposiciones resulta obligatoria.

Por tanto, de cara al desarrollo del Procedimiento Regulatorio, resulta irrelevante si en el sector energía el organismo regulador admite el apersonamiento de terceros e, incluso, la interposición de recursos administrativos. Siendo así, carece de objeto revisar las copias de las resoluciones emitidas por el Consejo Directivo de OSINERGMIN, que AMÉRICA MÓVIL adjuntó a su recurso de apelación.

5.6 Sobre la publicación de la resolución que se pronuncie sobre el recurso de apelación de AMÉRICA MÓVIL.-

AMÉRICA MÓVIL solicita que, con arreglo al artículo 4° de la Ley de Tarifas, se disponga la publicación de la resolución que se pronuncie sobre su recurso de apelación, en el diario oficial El Peruano, de la misma forma en que se publicó la Resolución N° 083-2011-CD/OSIPTEL, que se pronunció sobre las solicitudes de apersonamiento de Telefónica Móviles S.A. y Americatel Perú S.A.

Solicita también que se publique en la página en Internet del OSIPTEL, en la sección referida al Procedimiento Regulatorio, su solicitud de apersonamiento y el recurso de apelación interpuesto.

Sobre el particular, el artículo 4° de la Ley de Tarifas 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 incidiría sobre la resolución 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), es recomendable que, por transparencia, dicha decisión sea igualmente publicada.

Respecto a la publicación en la página en Internet de los escritos presentados por AMERICA MÓVIL, cabe señalar que no existe disposición normativa que obligue al OSIPTEL a realizar dicha práctica. En cualquier caso, conforme se ha señalado en el acápite 5.3 de este informe, cualquier interesado puede tener acceso a la documentación remitida al OSIPTEL durante el desarrollo del Procedimiento Regulatorio (siempre que no sea reservada), dentro de la cual se encuentra aquella presentada por AMÉRICA MÓVIL.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES:

Por lo expuesto, se recomienda declarar INFUNDADO el recurso de apelación interpuesto por AMÉRICA MÓVIL contra la comunicación C.606-GG.GPRC/2011, así como publicar en el diario oficial El Peruano la resolución que emita el Consejo Directivo al respecto.

Atentamente,

VIVECA AMOROS KOHN
Asesora Alta Dirección