

	DOCUMENTO	N° 084-GPRC/2014 Página 1 de 7
	INFORME	

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	Recursos administrativos presentados por América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica Móviles S.A. contra la Resolución N° 161-2013-CD/OSIPTEL
FECHA	:	03 de febrero de 2014

	DOCUMENTO	Nº 084-GPRC/2014 Página 2 de 7
	INFORME	

I. OBJETO

Emitir pronunciamiento sobre los recursos administrativos interpuestos por las empresas operadoras América Móvil Perú S.A.C. (AMOV) y Telefónica Móviles S.A. (TMÓVILES) contra la Resolución de Consejo Directivo N° 161-2013-CD/OSIPTEL, la cual calificó como prioritario al Mercado N° 33: "Acceso Mayorista al Servicio de Comunicaciones desde Terminales Móviles" (excluyendo al mercado mayorista asociado a la provisión del servicio de internet móvil a nivel final) y dispuso que el análisis de dicho mercado quede incluido en el procedimiento de oficio para la determinación de proveedores importantes que se viene tramitando en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/PI.

II. ANTECEDENTES

El Artículo 19° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, señala que son objetivos específicos del OSIPTEL, entre otros, promover la existencia de condiciones de competencia en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y facilitar el desarrollo, modernización y explotación eficiente de dichos servicios.

En concordancia con dichos objetivos, el OSIPTEL desarrolló el marco legal para la determinación de los Proveedores Importantes a quienes les serán exigibles las obligaciones especiales que la normativa del sector establece para este tipo de proveedores (¹).

Así, mediante Resolución de Consejo Directivo N° 023-2009-CD/OSIPTEL se aprobó la "Metodología y Procedimiento para Determinar a los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones sujetos a obligaciones establecidas en el Decreto Legislativo N° 1019", y mediante Resolución de Consejo Directivo N° 099-2011-CD/OSIPTEL se aprobó el "Documento Marco para la Determinación de los Proveedores Importantes en los Mercados de Telecomunicaciones" (en adelante, "Documento Marco").

Posteriormente, el OSIPTEL emite la Resolución de Consejo Directivo N° 161-2013-CD/OSIPTEL, mediante la cual se calificó como prioritario al Mercado N° 33: "Acceso Mayorista al Servicio de Comunicaciones desde Terminales Móviles" (excluyendo al mercado mayorista asociado a la provisión del servicio de internet móvil a nivel final) y se dispuso que el análisis de dicho mercado quede incluido en el procedimiento de oficio para la determinación de proveedores importantes que se viene tramitando en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/PI (en adelante, la Resolución161). Esta resolución fue publicada en el Diario Oficial El Peruano de fecha 11 de diciembre de 2013 y debidamente notificada a las empresas concesionarias Nextel del Perú S.A., TMÓVILES y AMOV, que están involucradas en el referido expediente.

¹ Actualmente, tales obligaciones especiales se encuentran establecidas en la siguiente normativa del sector:

- Ley de Acceso a la Infraestructura de los Proveedores Importantes de Servicios Públicos de Telecomunicaciones (Decreto Legislativo N° 1019) y las Disposiciones Complementarias a dicha Ley (Resolución de Consejo Directivo N° 020-2008-CD/OSIPTEL);
- Artículo 6° de los Lineamientos para Desarrollar y Consolidar la Competencia y la Expansión de los Servicios de Telecomunicaciones en el Perú (Decreto Supremo N° 003-2007-MTC) y Artículo 138° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, modificado por Decreto Supremo N° 002-2009-MTC).

	DOCUMENTO	Nº 084-GPRC/2014 Página 3 de 7
	INFORME	

La Resolución161 es ahora objeto de los recursos impugnativos interpuestos por AMOV (06 de enero de 2014) y TMÓVILES (07 de enero de 2014), en los que se cuestiona el hecho de que dicha resolución fue emitida sin previa consulta pública, lo cual, según las empresas recurrentes, habría vulnerado su derecho de defensa así como los principios de transparencia y debida motivación.

Sobre la base de los referidos cuestionamientos, AMOV plantea como pretensión de su recurso que se declare la nulidad de la resolución impugnada y, por su parte, TMÓVILES plantea en su recurso la pretensión que dicha resolución se deje sin efecto. Asimismo, ambas empresas plantean adicionalmente su pretensión de que el OSIPTEL suspenda los efectos de la resolución impugnada y que, al declararse fundados sus recursos, se disponga la realización de un proceso de consulta pública, antes de calificar como prioritario al Mercado N° 33.

En tal sentido, habida cuenta que se trata de recursos administrativos sobre la misma materia, se considera pertinente emitir el pronunciamiento correspondiente mediante una misma resolución.

III. ANÁLISIS

3.1. Cuestión Previa: Procedibilidad de los recursos administrativos

Tal como ha sido enfatizado en la Matriz de Comentarios que sustenta el Documento Marco aprobado por Resolución N° 099-2011-CD/OSIPTEL ⁽²⁾, la decisión de calificar a un mercado como prioritario tiene una finalidad esencialmente de impulso procedimental y no genera ningún otro efecto jurídico para las empresas operadoras (subrayado agregado):

“En primer término, debe reiterarse que, tal como se señala en el Proyecto, la finalidad de la selección de los Mercados Prioritarios es constituir aquellos mercados en los cuales el OSIPTEL iniciará de oficio la determinación de Proveedores Importantes. Con ello no se excluye a ninguna empresa operadora o mercado de servicio público de telecomunicaciones del análisis a realizarse.

(...)

En tal sentido, el hecho de no haber sido seleccionado como “Mercado Prioritario” no excluye a priori a ninguno de los otros mercados de partida del análisis de determinación de Proveedores Importantes.”

Por tanto, al emitir la Resolución161 que califica como prioritario al Mercado N° 33, el OSIPTEL únicamente ha formalizado su decisión de iniciar el proceso a través del cual este organismo ejercerá su función normativa de determinación de Proveedores Importantes, respecto de todas las empresas comprendidas en dicho Mercado de Partida que fue pre-establecido en el Documento Marco.

² Cfr.: Página 13 de la Matriz de Comentarios publicada en el Portal Electrónico del OSIPTEL (sección “Resoluciones de Consejo Directivo” de la página web institucional: www.osiptel.gob.pe).

	DOCUMENTO	N° 084-GPRC/2014 Página 4 de 7
	INFORME	

Resulta evidente entonces que con dicha resolución –que además, conforme a los Principios de Celeridad, Eficiencia y Efectividad ⁽³⁾, dispone que el análisis de dicho Mercado N° 33 sea incluido en el procedimiento de oficio para la determinación de proveedores importantes que se viene tramitando en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/PI-, no se está produciendo afectación alguna a la esfera jurídica de las empresas recurrentes.

Debe entenderse pues que, al emitir la Resolución 161, el OSIPTEL no está calificando a ninguna empresa operadora como Proveedor Importante ni establece obligaciones normativas para ellas, siendo que tal calificación y tales efectos normativos sólo se podrán adoptar y generar cuando se finalice el procedimiento correspondiente, cuyos resultados dependerán de diferentes factores, entre ellos la información y las consideraciones que las propias empresas involucradas y los otros interesados podrán presentar al OSIPTEL, especialmente en la etapa de consulta pública del correspondiente proyecto.

En este contexto, es de aplicación el Artículo 206.2° de la Ley del Procedimiento Administrativo General –Ley N° 27444- (LPAG), que establece los alcances y limitaciones del derecho de contradicción administrativa:

“Artículo 206°.- Facultad de contradicción

(...)

206.2 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. La contradicción a los restantes actos de trámite deberá alegarse por los interesados para su consideración en el acto que ponga fin al procedimiento y podrán impugnarse con el recurso administrativo que, en su caso, se interponga contra el acto definitivo.

(...)”

En efecto, tal como lo explica DANÓS ⁽⁴⁾, “a diferencia del proceso civil, los actos de trámite no pueden impugnarse independientemente porque en todo caso los posibles vicios que puedan haberse cometido se impugnarán mediante el recurso que se presente contra la resolución final.”

Bajo este marco legal, y siguiendo a MORÓN ⁽⁵⁾, se entiende que los actos de trámite son aquellos acuerdos o resoluciones que se dirigen al interior de la administración, mediante los cuales las autoridades administrativas dan origen al

³ **“Artículo 14°.- Principio de Eficiencia y Efectividad**

La actuación de OSIPTEL se guiará por la búsqueda de eficiencia en la asignación de recursos y el logro de los objetivos al menor costo posible para la sociedad en su conjunto.”

Artículo 15°.- Principio de Celeridad

La actuación administrativa de OSIPTEL deberá orientarse a resolver los temas y controversias que se susciten de manera oportuna y en el menor tiempo posible.”

⁴ DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. Comentarios a la nueva Ley del Procedimiento Administrativo General. En: “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General”; Danós, Vidal, Morón y otros. ARA Editores, 1era edición, Lima, 2001. pág. 75.

⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. “Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General” Octava Edición. Gaceta Jurídica, Perú, 2009, pág. 375.

	DOCUMENTO	Nº 084-GPRC/2014 Página 5 de 7
	INFORME	

procedimiento de oficio para activar sus competencias propias. Por tanto, *“por su propia naturaleza no son actos dirigidos a los particulares pues no le producen efectos directos ni perjuicios a los administrados, por lo que no constituyen actos impugnables autónomamente, salvo que, por ejemplo, como medida accesoría conlleven alguna medida cautelar que sí pueda ser cuestionada o materia de oposición independiente”*.

El mismo autor precisa que el hecho que el acto de inicio se notifique a los administrados determinados cuyos intereses o derechos protegidos puedan ser afectados por los actos a ejecutar, constituye sólo una medida previsoras y de advertencia para que, con posterioridad, no puedan ser sorprendidos sin haber podido expresar sus argumentaciones en torno a los hechos, pero ello no implica la posibilidad de habilitársele a impugnar la decisión administrativa por el mero hecho de haberse dictado, ya que, como queda dicho, por si sola no genera perjuicio.

Por otro lado, contrariamente a lo que pretenden sostener las empresas recurrentes en los recursos presentados, de ninguna manera puede identificarse a la Resolución161 como un “acto de gravamen”, pues, según lo precisa MORÓN ⁽⁶⁾ (p.297), sólo pueden ser considerados como tales aquellos actos administrativos que *“imponen cargas, obligaciones, limitan derechos, o contienen declaraciones perjudiciales a los administrados”*, siendo así que dicha resolución impugnada no genera ninguno de dichos efectos. Resulte evidente pues, que dicha resolución no tiene las características que distinguen a los actos de gravamen.

Bajo dichas consideraciones jurídicas, debe concluirse que la Resolución161 constituye meramente un acto de trámite que no está comprendido dentro del ámbito de procedibilidad de los recursos administrativos establecido por el Artículo 206.2° de la LPAG, siendo evidente además que este acto no determina la imposibilidad de continuar el procedimiento ni produce indefensión alguna; y en consecuencia, corresponde declarar IMPROCEDENTES los recursos administrativos planteados contra dicha resolución.

3.2. Respetto de los argumentos de fondo expresados en los recursos

En los recursos administrativos que son objeto del presente pronunciamiento, AMOV y TMÓVILES han expresado algunos argumentos para tratar de sostener que la Resolución161 debía haber sido sometida previamente a consulta pública.

Al respecto, habiéndose determinado la improcedencia legal de los recursos interpuestos, no se considera necesario que en la presente resolución se emita un pronunciamiento específico sobre los argumentos de fondo expresados en dichos recursos.

⁶ MORÓN URBINA, Juan Carlos. Ob. cit., pág.128.

En la misma línea, resulta evidente que la Resolución161 no tiene las características que distinguen a los actos de gravamen. Así, el mismo autor precisa que *“(...) son ejemplos de actos administrativos de gravamen: las ordenes, los actos extintivos de derechos (revocación, nulidad, confiscación, decomiso, etc.), las sanciones y en general, todos los actos administrativos que imponen cargas, obligaciones, limita derechos, o contiene declaraciones perjudiciales a los administrados”*.

	DOCUMENTO	N° 084-GPRC/2014 Página 6 de 7
	INFORME	

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar lo siguiente:

- La Resolución 161 fue debidamente emitida en aplicación de lo expresamente establecido en el párrafo final de la Sección IV del Documento Marco, donde ha quedado previsto que el OSIPTEL puede modificar la lista de mercados prioritarios y/o incluir otros mercados en dicha lista, incluso dentro del marco de un procedimiento de análisis ya iniciado, sin haberse previsto en ningún extremo la necesidad de una previa consulta pública de este tipo de decisiones, dada su naturaleza y efectos meramente procedimentales:

“IV. Mercados Prioritarios a ser analizados de oficio por el OSIPTEL

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el Informe Sustentatorio del presente Documento Marco, se ha determinado que los siguientes mercados serán considerados como “prioritarios” y serán analizados en este orden:

(...)

El OSIPTEL puede modificar este orden de análisis y/o incluir más mercados de la lista del conjunto de mercados de partida para los procedimientos de oficio. Dichas modificaciones serán oportunamente justificadas e informadas mediante las Resoluciones de Consejo Directivo del OSIPTEL que se emitan dentro del marco de los procesos de análisis de dichos mercados.”

- La decisión de calificar al Mercado N° 33 como prioritario fue debidamente motivada y sustentada en los criterios de priorización pre-establecidos en el Informe Sustentatorio del Documento Marco, habiéndose expuesto amplia y detalladamente la fundamentación económica y legal de dicha decisión, tal como se puede evidenciar de la lectura de las páginas 8 al 11 del Informe N° 846-GPRC/2013 que sustentó la Resolución 161.
- Como se ha indicado antes, la determinación de Proveedores Importantes en el Mercado N° 33 sólo podrá ocurrir luego del análisis y consulta pública respectivas, siendo factible incluso que, en su decisión final, el OSIPTEL concluya que no existen Proveedores Importantes en dicho mercado.

Por tanto, en el supuesto negado que fuera sustentable el cuestionamiento de las empresas recurrentes, en el sentido que no era pertinente que el Mercado N° 33 sea objeto de análisis en el presente procedimiento de oficio para la determinación de proveedores importantes que se viene tramitando en el Expediente N° 00001-2013-CD-GPRC/PI, ello podrá ser eventualmente acreditado con los resultados del correspondiente procedimiento.

3.3. Respetto de la solicitud de suspensión de efectos de la resolución impugnada

En los recursos administrativos presentados, las dos empresas recurrentes han solicitado que se disponga la suspensión de los efectos de la Resolución 161.

Al respecto, debe reiterarse que en este caso la resolución impugnada únicamente tiene como finalidad y efecto iniciar el proceso a través del cual este organismo ejercerá su función normativa de determinación de Proveedores Importantes respecto de todas las empresas comprendidas en el Mercado de Partida N° 33.

	DOCUMENTO	N° 084-GPRC/2014 Página 7 de 7
	INFORME	

En este contexto, conforme a lo precisado por el Artículo 216° de la LPAG, debe entenderse que, por regla general, la interposición de cualquier recurso no suspende automáticamente la ejecución del acto impugnado, siendo así que la suspensión de efectos constituye una decisión de carácter excepcional que puede adoptar la autoridad y que está sujeta a la verificación objetiva de los requisitos señalados en el inciso 216.2 y además requiere una ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata del acto recurrido, conforme a lo dispuesto por el inciso 216.3.

Este tratamiento excepcional de la suspensión de efectos resulta consistente con el Artículo 108° del Reglamento General del OSIPTEL, que establece el Principio de Ejecutabilidad de las Resoluciones y Decisiones del OSIPTEL, dada su vinculación especial con la protección del interés público:

“Artículo 108°.- Ejecutabilidad de las resoluciones y decisiones del OSIPTEL y suspensión de procedimientos

Las decisiones y resoluciones emitidas por los órganos del OSIPTEL se ejecutarán inmediatamente, sin perjuicio de que el interesado interponga los recursos impugnativos que la ley le otorga. Únicamente se suspenderá la ejecución de lo resuelto por un órgano funcional cuando el superior jerárquico de dicho órgano o el Poder Judicial de ser el caso, dispusieran expresamente la suspensión de los efectos de la resolución o decisión impugnada.

Los órganos del OSIPTEL suspenderán la tramitación de los procedimientos administrativos que ante ellos se siguen sólo en caso que se haya iniciado un proceso judicial que verse sobre la misma materia, o cuando surja una cuestión contenciosa que requiera de un pronunciamiento previo del Poder Judicial.”

Bajo este marco legal, de la lectura de los recursos presentados por AMOV y TMÓVILES se puede advertir que dichas empresas no han sustentado debidamente su solicitud en orden a los requisitos exigidos por el Artículo 216° de la LPAG; por tanto, siendo que no existen razones para considerar que el acto de trámite emitido mediante la Resolución 161 pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación para alguna de las empresas recurrentes, y habida cuenta de la improcedencia manifiesta de los recursos impugnatorios interpuestos, corresponde denegar las solicitudes de suspensión de efectos de dicha resolución.

IV. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De acuerdo a los fundamentos expuestos en el presente Informe, esta Gerencia plantea las siguientes conclusiones y recomendaciones:

- (i). Declarar IMPROCEDENTES los recursos administrativos planteados por las empresas América Móvil Perú S.A.C. y Telefónica Móviles S.A. contra la Resolución de Consejo Directivo N° 161-2013-CD/OSIPTEL.
- (ii). Denegar la solicitud de las empresas recurrentes para que se suspendan los efectos de la Resolución N° 161-2013-CD/OSIPTEL.