

	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 1 de 30

A	:	GERENCIA GENERAL
ASUNTO	:	RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. CONTRA EL MANDATO DE INTERCONEXIÓN EMITIDO MEDIANTE LA RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 131-2017-CD/OSIPTEL.
REFERENCIA	:	EXPEDIENTE N° 00001-2017-CD-GPRC/MI
FECHA	:	03 DE ENERO DE 2018

	CARGO	NOMBRE
ELABORADO POR:	APOYO PROFESIONAL EN TEMAS NORMATIVOS	HAYINE GUSUKUMA LOZANO
	COORDINADOR DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	JOSE LUIS ROMERO ALCALDE
	ESPECIALISTA EN POLÍTICAS REGULATORIAS	VLADIMIR SOLIS SALAZAR
REVISADO POR:	SUBGERENTE DE GESTIÓN Y NORMATIVIDAD	TATIANA PICCINI ANTÓN
APROBADO POR:	GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS Y COMPETENCIA (E)	LENNIN QUISO CÓRDOVA

	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 2 de 30

1. OBJETO.

El objeto del presente informe es analizar el recurso de reconsideración interpuesto por la empresa Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), contra el Mandato de Interconexión solicitado por la empresa Winner Systems S.A.C. (en adelante, WINNER SYSTEMS) emitido mediante Resolución de Consejo Directivo N° 131-2017-CD/OSIPTEL (en adelante, el Mandato de Interconexión), que modifica aspectos específicos del Mandato de Interconexión aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL¹, a efectos de incorporar escenarios de comunicación no contemplados en este pronunciamiento.

2. ANTECEDENTES.

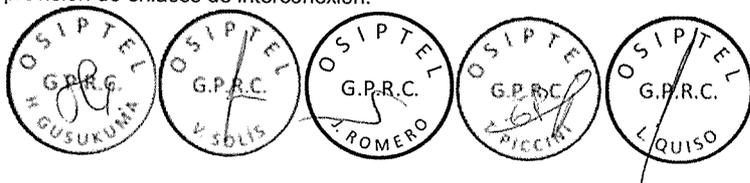
2.1. Relación de interconexión vigente entre WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA.

Mediante Resolución de Gerencia General N° 264-2010-GG/OSIPTEL de fecha 22 de julio de 2010, se aprobó el Contrato de Interconexión suscrito el 02 de julio de 2010, a través del cual se establece la interconexión entre la red del servicio de telefonía fija local y la red del servicio portador de larga distancia de TELEFÓNICA con la red del servicio portador de larga distancia de WINNER SYSTEMS, y el denominado “*Contrato de Arrendamiento de Infraestructura*” suscrito el 16 de julio de 2010, a través del cual TELEFÓNICA arrienda a WINNER SYSTEMS la infraestructura necesaria para permitir la coubicación, en el local de su propiedad, de los equipos de telecomunicaciones de propiedad de WINNER SYSTEMS.

Mediante Resolución de Gerencia General N° 285-2010-GG/OSIPTEL de fecha 06 de agosto de 2010, se aprobó el “*Primer Addendum al Contrato de Interconexión*” suscrito el 04 de mayo de 2010 entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS, el cual tiene por objeto incorporar al Contrato Principal las facilidades que permitan interconectar los equipos de WINNER SYSTEMS instalados en los locales de TELEFÓNICA, con los puntos de interconexión de TELEFÓNICA mediante el uso de infraestructura para la instalación de enlaces de interconexión vía cable coaxial.

Mediante Resolución de Gerencia General N° 173-2011-GG/OSIPTEL de fecha 09 de mayo de 2011, se aprobó: (i) el denominado “*Contrato para Acceso al Servicio de Larga Distancia Mediante uso de Tarjetas de Pago*” de fecha 08 de marzo del 2011, suscrito entre TELEFÓNICA Y WINNER SYSTEMS, el cual tiene por objeto facilitar el acceso al servicio de larga distancia de WINNER SYSTEMS a través de tarjetas de pago que se usen desde teléfonos de abonados de TELEFÓNICA; y (ii) el denominado “*Acuerdo Comercial para el Uso de Teléfonos Públicos*”, de fecha 08 de marzo del 2011, suscrito entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS, para que desde los teléfonos públicos de TELEFÓNICA los usuarios puedan acceder al servicio de larga distancia de WINNER SYSTEMS, a través del uso de tarjetas de pago.

¹ Mandato de Interconexión entre Winner Systems S.A.C. y Telefónica del Perú S.A.A. que modifica su Acuerdo de Interconexión aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 325-2011-GG/OSIPTEL a fin de incorporar las condiciones correspondientes a escenarios de llamadas adicionales, así como los costos de adecuación de red y de provisión de enlaces de interconexión.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 3 de 30

Mediante Resolución de Gerencia General N° 207-2011-GG/OSIPTEL de fecha 17 de mayo de 2011, se aprobó el “Acuerdo Complementario para el Tráfico entre la Red de Telefonía fija de TELEFÓNICA y el Servicio 0800 (Cobro Revertido Automático) de WINNER SYSTEMS”, suscrito el 28 de enero de 2011, el cual tiene por objeto habilitar el acceso de los teléfonos fijos locales de TELEFÓNICA (modalidad de abonados y teléfonos públicos) al servicio 0-800 (cobro revertido automático) de WINNER SYSTEMS a nivel nacional.

Mediante Resolución de Gerencia General N° 325-2011-GG/OSIPTEL de fecha 25 de julio de 2011, se aprobó el contrato de interconexión de fecha 05 de julio de 2011, el cual tiene por objeto establecer la interconexión entre las redes del servicio de telefonía fija local y portador de larga distancia nacional e internacional de TELEFÓNICA con la red del servicio de telefonía fija local de WINNER SYSTEMS, y el denominado “Primer Addendum al Contrato de Arrendamiento de Infraestructura” suscrito el 19 de junio de 2011, a través del cual TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS acuerdan modificar el Contrato de Arrendamiento de Infraestructura suscrito el 16 de julio de 2010, a fin de incluir las condiciones aplicables a la infraestructura arrendada en el departamento de Piura.

Mediante Resolución de Gerencia General N° 502-2011-GG/OSIPTEL de fecha 21 de octubre de 2011, se aprobó el “Primer Addendum al Contrato de Interconexión” suscrito el 19 de setiembre del 2011, entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS, el cual tiene por objeto establecer las condiciones económicas aplicables para la interconexión indirecta, con liquidación indirecta entre: (i) la red del servicio de telefonía fija local (urbana y rural) de WINNER SYSTEMS con las redes de otros operadores de telefonía fija local (urbana y rural) y las redes de operadores de telefonía móvil, utilizando los servicios de transporte conmutado local y/o transporte conmutado de larga distancia de TELEFÓNICA y; (ii) las redes de telefonía fija (urbana y rural) y las redes de operadores de telefonía móvil de terceros operadores con las redes de telefonía fija (urbana y rural) de WINNER SYSTEMS utilizando los servicios de transporte conmutado local y/o transporte conmutado de larga distancia de TELEFÓNICA.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL, de fecha 21 de agosto de 2012, el OSIPTEL emitió un Mandato de Interconexión entre WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA que modifica el Acuerdo de Interconexión aprobado mediante Resolución de Gerencia General N° 325-2011-GG/OSIPTEL, a fin de incorporar las condiciones correspondientes a escenarios de llamadas adicionales, así como los costos de adecuación de red y de provisión de enlaces de interconexión.

2.2 Antecedentes del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA contra el Mandato de Interconexión.

Mediante carta WS-GER-0103-2017 recibida el 19 de abril de 2017, WINNER SYSTEMS solicitó a TELEFÓNICA revisar e incluir nuevos escenarios de interconexión entre las redes fijas y móviles de ambas partes, para lo cual adjuntó un Proyecto de Acuerdo Complementario; no obstante, las partes no arribaron a un acuerdo luego del período de negociación respectivo.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 4 de 30

Mediante carta WS-GER-0175-2017 recibida el 06 de julio de 2017, WINNER SYSTEMS solicitó al OSIPTEL la emisión de un mandato de interconexión con TELEFÓNICA, que modifique el Mandato de Interconexión aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL, a efectos de incorporar escenarios de comunicación no contemplados en el pronunciamiento antes mencionado.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 097-2017-CD/OSIPTEL de fecha 21 de agosto de 2017, se amplió en treinta (30) días calendario el plazo para la emisión del mandato de interconexión solicitado.

Mediante Resolución de Consejo Directivo N° 131-2017-CD/OSIPTEL de fecha 02 de noviembre de 2017, el Consejo Directivo del OSIPTEL aprobó el Mandato de Interconexión entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS, correspondiente al presente procedimiento.

Mediante comunicaciones C.00513-GCC/2017 y C.00514-GCC/2017 recibidas el 06 de noviembre de 2017, se notificó a WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA, respectivamente, la precitada Resolución de Consejo Directivo N° 131-2017-CD/OSIPTEL.

Mediante escrito recibido el 28 de noviembre de 2017, TELEFÓNICA interpuso recurso de reconsideración contra el Mandato de Interconexión emitido mediante Resolución de N° 131-2017-CD/OSIPTEL, solicitando al Consejo Directivo del OSIPTEL que lo modifique aprobando un sistema de cargos de interconexión por transporte conmutado de LDN de carácter recíproco entre WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA.

Mediante comunicación C.00672-GPRC/2017 recibida el 11 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a WINNER SYSTEMS del recurso de reconsideración interpuesto por TELEFÓNICA, a fin que manifieste lo que considere pertinente en un plazo máximo de siete (7) días hábiles.

Mediante carta WS-GER-0326-2017 recibida el 19 de diciembre de 2017, WINNER SYSTEMS alcanzó los comentarios solicitados en la comunicación C.00672-GPRC/2017.

Mediante comunicación C.00695-GPRC/2017 recibida el 27 de diciembre de 2017, el OSIPTEL corrió traslado a TELEFÓNICA de los comentarios alcanzados por WINNER SYSTEMS a través de su carta WS-GER-0326-2017, para su conocimiento y los fines que estime pertinentes.

3. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN.

TELEFÓNICA ha interpuesto recurso de reconsideración el 28 de noviembre de 2017, esto es, dentro del plazo de quince (15) días hábiles contado desde el día siguiente de recibida la notificación de la Resolución de Consejo Directivo N° 131-2017-CD/OSIPTEL, que aprobó el Mandato de Interconexión. En efecto, la referida notificación se produjo el 06 de noviembre de 2017, según se ha señalado en la sección precedente del presente informe.

En ese sentido, TELEFÓNICA ha cumplido con el requisito exigido a efectos que el OSIPTEL pueda dar trámite al recurso de reconsideración en mención, de conformidad



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 5 de 30

con lo dispuesto para el procedimiento respectivo en el Texto Único de Procedimientos Administrativos de la entidad, aprobado por Decreto Supremo N° 017-2009-PCM. Consecuentemente, corresponde evaluar las consideraciones expuestas por TELEFÓNICA en dicho recurso.

4. EVALUACIÓN DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA.

4.1. Argumentos expuestos por TELEFÓNICA.

Los argumentos en los cuales TELEFÓNICA sostiene su recurso de reconsideración contra del Mandato de Interconexión, son los siguientes:

A. El OSIPTEL debe respetar las reglas y principios contenidos en el contrato de concesión aprobado por Decreto Supremo N° 11-94-TCC.

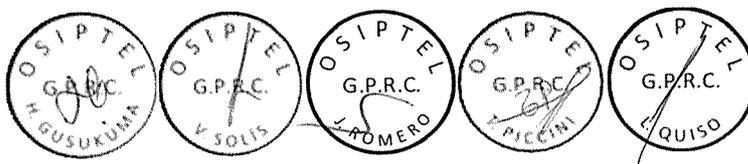
A.1 EL OSIPTEL debe respetar las reglas de interconexión de todos los contratos de concesión de TELEFÓNICA.

- (i) Señala TELEFÓNICA que el servicio de transporte conmutado LDN, materia del Mandato de Interconexión, es brindado mediante: (a) el contrato de concesión aprobado por Decreto Supremo N° 11-94-TCC (en adelante, Contrato-Ley); (b) el contrato de concesión celebrado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la empresa Tele 2000 S.A., suscrito el 4 de febrero de 1999 aprobado por Resolución Ministerial N°. 021-99- MTC/15.03; y (c) el contrato de concesión celebrado entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones con la empresa Telefónica Móviles S.A.C., suscrito el 6 de febrero de 2002, aprobado por Resolución Ministerial N°. 582-2001-MTC/15.03.
- (ii) Refiere TELEFÓNICA que estos dos últimos contratos de concesión, que permitían la prestación del servicio de transporte conmutado de LDN en localidades distintas a Lima y Callao, fueron transferidos por Telefónica Móviles S.A. a TELEFÓNICA, siendo autorizada dicha transferencia mediante la Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03 (en adelante, Resolución 461). Ello significó que, a partir de la emisión de la citada resolución, las relaciones de interconexión de TELEFÓNICA pasaran a encontrarse reguladas por tres contratos distintos.
- (iii) Señala que dicha situación en modo alguno significó la aplicación de reglas o condiciones distintas respecto al servicio de transporte conmutado de LDN, precisamente como consecuencia de lo dispuesto en la Resolución 461. Indica TELEFÓNICA que esta resolución estableció en el literal a) del numeral 6 de su artículo 2, lo siguiente:

“Artículo 2.- Las transferencias aprobadas en el artículo precedente [las transferencias de concesiones de titularidad de Telefónica Móviles S.A., y la transferencia de las asignaciones de espectro radioeléctrico asociado a dichas concesiones] se sujetan al cumplimiento de los siguientes condicionamientos:

(...)

6. Delimitación de las Reglas Aplicables a los Servicios Transferidos



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 6 de 30

a) *Regulación tarifaria*

Los servicios de telefonía fija y portador de larga distancia nacional e internacional que presta Telefónica Móviles S.A. y que serán transferidos a Telefónica del Perú S.A.A., se regirán por los contratos de concesión aprobados por Decreto Supremo No. 11-94- TCC (en adelante, contratos de concesión de 1994). En consecuencia, será de aplicación el régimen de fórmula de tarifa tope. Para efectos de la incorporación de estos servicios, Telefónica del Perú S.A.A. se regirá por las reglas que sobre el particular establezca el OSIPTEL en ejercicio de sus facultades.

Los servicios de telefonía móvil y comunicaciones personales permanecerán en el régimen tarifario supervisado; sin perjuicio de ello, estos servicios podrán pasar al régimen tarifario de tarifas máximas fijas en el caso que OSIPTEL, en ejercicio de sus facultades, determine la necesidad de la aplicación de este régimen.”

- (iv) Menciona TELEFÓNICA que la publicación de la Resolución 461 significó la aplicación de las reglas y condiciones previstas en el Contrato-Ley a las relaciones de interconexión surgidas en el marco de los contratos de concesión transferidos. Ello, según indica, significa que la prestación del servicio de transporte conmutado de LDN se encuentra sujeta a los principios regulados en el Contrato-Ley.
- (v) Esta regla legal contemplada en la Resolución 461 es desestimada por el Mandato de Interconexión, donde se indica que *“ello no es exacto, toda vez que la disposición citada se encuentra referida únicamente a la regulación tarifaria, que es una materia distinta de la interconexión y que no forma parte del objeto del presente mandato”²*. Por ello, señala el Mandato de Interconexión que:

“(…) las reglas de interconexión derivadas de las concesiones de las que es titular TELEFONICA y a las que se encuentra sujeta en la provisión del transporte LDN, son en conjunto las reglas consideradas en los contratos de concesión aprobados por el Decreto Supremo No. 11-94-TCC (en adelante, Concesión de 1994) y por las Resoluciones Ministeriales N° 021-99-MTC/15.03 y N° 582-2001-MTC/15.03”.

- (vi) Señala TELEFÓNICA que de estimarse como válida la regla planteada en el Mandato de Interconexión y en consecuencia tenga que entenderse que el servicio de transporte conmutado de LDN brindado por TELEFÓNICA se encuentra sujeto a las reglas de interconexión contenidas en el Contrato-Ley y además en los contratos de concesión, resulta evidente que la regulación aplicable a dicho servicio deberá observar las reglas de interconexión establecidas en todos esos contratos al mismo tiempo.

A.2 En el supuesto que el OSIPTEL no pueda emitir una norma específica para cada contrato de concesión, la norma a emitir debe respetar los derechos reconocidos en cada contrato.

- (i) TELEFÓNICA refiere que la conclusión a la que arriba el Mandato de Interconexión, resulta incongruente con lo señalado en el propio Mandato de Interconexión, según el cual es incorrecto que TELEFÓNICA *“pretenda dar al Decreto Supremo N° 11-94-TCC y a la Concesión de 1994”³* un alcance mayor *“del que corresponde conforme a*

² Página 45 del Informe No. 00189-GPRC/2017.

³ Página 47 del Informe No. 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 7 de 30

su literalidad y a la literalidad de la ley que dio el marco para su emisión, esto es, de la Ley No. 26285⁴. En efecto, según TELEFÓNICA:

- Si corresponde la aplicación de las reglas de interconexión establecidas en cada uno de los contratos de concesión de los que hoy es titular TELEFÓNICA (los que provienen de Telefónica Móviles S.A. y el Contrato-Ley) entonces el OSIPTEL tendría que diferenciar las reglas impuestas según a qué concesión pertenezca el específico servicio de LDN que es objeto del Mandato de Interconexión.
 - Si el OSIPTEL no puede realizar una diferenciación de las reglas contenidas en cada concesión a cada uno de los servicios objeto del Mandato de Interconexión y debe aplicar una regla uniforme, entonces debe aplicar una regla que respete los tres contratos y no que respete solo dos de ellos (los que provinieron de Telefónica Móviles S.A.) en detrimento del Contrato-Ley.
- (ii) Indica TELEFÓNICA que el hecho que el OSIPTEL acepte que el régimen contractual aplicable se encuentra comprendido también por el Contrato-Ley, pero de otro lado rechace su aplicación, constituye una conducta contraria a sus propios actos y al Contrato-Ley. Señala que lo primero se encuentra prohibido bajo el Principio de Predictibilidad o de Confianza Legítima recogido por la LPAG⁵ y lo segundo por el propio Contrato-Ley.
- (vii) Señala TELEFÓNICA que no pretende en este procedimiento, que *“todas las relaciones de interconexión de TELEFÓNICA, incluyendo las vinculadas a servicios distintos de los concedidos por la Concesión de 1994, se sujeten a derechos que se derivan de esta concesión”*⁶. Indica que solamente busca que no se desconozcan los derechos que le asisten en el marco del Contrato-Ley, respecto de las relaciones de interconexión que se regulen por este instrumento jurídico y que son parte importante de aquellos servicios regulados por el Mandato de Interconexión.
- (viii) Por tanto, manifiesta que resultarán aplicables a la relación de interconexión existente con WINNER SYSTEMS los principios y reglas de interconexión contenidos en las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley, tales como no discriminación e igualdad de acceso, cuya estricta observancia, según refiere, impide al Regulador la aplicación de cargos asimétricos ante situaciones equivalentes.

⁴ Página 47 del Informe No. 00189-GPRC/2017.

⁵ TELEFÓNICA señala que según el Artículo IV, numeral 1.15 de la LPAG: “Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.”

⁶ Página 47 del Informe No. 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 8 de 30

B. Las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley exigen la aplicación de cargos recíprocos antes prestaciones equivalentes.

B.1 El Contrato-Ley debe ser respetado en relación al servicio de transporte de LDN brindado bajo el mismo.

- (i) Señala TELEFÓNICA que la redacción de las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley⁷ - que son aplicables al Mandato de Interconexión en tanto OSIPTEL debe emitir una decisión que respete todos los distintos contratos de TELEFÓNICA- contempla diferentes aspectos que deben ser observados por el OSIPTEL en el presente caso, incluyendo los principios de interconexión comentados previamente.
- (ii) Indica TELEFÓNICA que para la aprobación de contratos de interconexión o la emisión de mandatos de interconexión esas Cláusulas establecen, de un lado, la obligación del OSIPTEL de respetar los principios de interconexión, mientras que, del otro, la obligación, también del OSIPTEL, de dar cumplimiento a los reglamentos que apruebe. Señala TELEFÓNICA que el cumplimiento de estas cláusulas contractuales aparentemente estaría generando una situación controvertida en lo que respecta al Mandato de Interconexión, que el OSIPTEL, según refiere TELEFÓNICA, resuelve mediante la vulneración de su derecho a contar con los mismos términos y condiciones en sus relaciones de interconexión.
- (iii) Manifiesta TELEFÓNICA que según el Mandato de Interconexión, de acuerdo con el literal b) de la Sección 10.01 de la Cláusula 10 antes indicada, el OSIPTEL se encuentra obligado a aplicar los valores de cargos topes vigentes para cada una de las redes que son materia de regulación, en tanto así se encuentra previsto en la Sexta Disposición Complementaria del Procedimiento de Fijación de Cargos Tope, aprobado por Resolución No. 123-2003-CD/OSIPTEL⁸. Además, señala que el OSIPTEL ha señalado que TELEFÓNICA pretendería que dicha regla sea convenientemente desatendida, lo que implicaría una vulneración al Contrato-Ley y a su facultad para establecer y aplicar cargos "tope"⁹.

⁷ "CLAUSULA 10

INTERCONEXIÓN Y NUMERACIÓN

Sección 10.01: Obligación de la EMPRESA CONCESIONARIA de interconectarse con Prestadores de SERVICIOS PORTADORES Y SERVICIOS FINALES

(...) (b) Contratos de Interconexión. Todos los contratos de interconexión ente la EMPRESA CONCESIONARIA y otros prestadores de SERVICIOS PORTADORES Y SERVICIOS FINALES aplicables, serán por escrito de acuerdo con:(i) la LEY DE TELECOMUNICACIONES y otros reglamentos promulgados de acuerdo a dicha Ley; (ii) los reglamentos emitidos por OSIPTEL; y (iii) los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones. Los cargos de interconexión serán establecidos de acuerdo con cada tipo de SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES y deberán incluir el costo de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del SERVICIO LOCAL y un margen de utilidad razonable.

"CLAUSULA 12

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO

Sección 12.05: Leal y Libre Competencia

El MINISTERIO se compromete a no otorgar concesiones que resulten en una situación de competencia desleal en contra de la EMPRESA CONCESIONARIA.

Por su parte OSIPTEL cautelará que el mercado de servicios de telecomunicaciones no se vea afectado por prácticas que atenten contra la libre y leal competencia. Asimismo, cautelará que los prestadores de SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES desarrollen sus actividades en concordancia con los principios de igualdad, no discriminación y equidad".

⁸ Página 48 del Informe No. 00189-GPRC/2017.

⁹ Página 49 del Informe No. 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 9 de 30

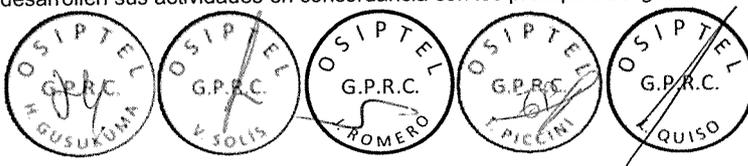
- (iv) TELEFÓNICA indica que lo señalado en el Mandato de Interconexión no se encuentra sustentado en ninguno de los argumentos planteados. Por el contrario, refiere TELEFÓNICA que respeta tanto el marco normativo vigente relativo a la regulación de cargos tope de interconexión como las facultades del OSIPTEL para imponer o aplicar dichos cargos, incluso para establecer o aplicar el cargo de interconexión tope aprobado para la red portadora de LDN de WINNER SYSTEMS.
- (v) Señala TELEFÓNICA que precisamente exige que se respeten y apliquen los términos y condiciones previstos en el Contrato-Ley, al menos para los servicios de LDN prestados bajo el Contrato-Ley y que son objeto del Mandato de Interconexión, que son de observancia obligatoria para el OSIPTEL conforme a la Cláusula 12 del citado contrato¹⁰ y la regulación vigente. Además, manifiesta TELEFÓNICA que esto es posible a partir de una interpretación sistemática y de buena fe de las cláusulas contractuales, que procure su aplicación conjunta y no la exclusión de alguna de sus disposiciones.

B.2 Ningún contrato autoriza al OSIPTEL la imposición de un cargo de interconexión expropiatorio.

- (i) Manifiesta TELEFÓNICA que de acuerdo con el Contrato-Ley, la actuación del OSIPTEL debe garantizar un régimen de no discriminación en sus relaciones de interconexión con los diferentes operadores de servicios de telecomunicaciones. En este sentido, indica TELEFÓNICA que los contratos de interconexión y mandatos que apruebe deben estar orientados a cautelar que las obligaciones relacionadas a los cargos de interconexión sean impuestas en igual medida y plazo a todos los operadores, verificándose así iguales términos y condiciones. Esta regla implica, según TELEFÓNICA, tanto (a) la aplicación de un mismo cargo de interconexión, como (b) la imposición de las mismas condiciones regulatorias a los distintos operadores.
- (ii) Refiere TELEFÓNICA que la aplicación de un mismo cargo de interconexión para ambos operadores como retribución por el mismo servicio, es una interpretación que según el OSIPTEL transgrediría lo dispuesto en el literal b) de la Sección 10.01 de la Cláusula 10, en lo que se refiere a que los cargos de interconexión deben retribuir costos de interconexión y otros conceptos.
- (iii) Para TELEFÓNICA el argumento planteado por el OSIPTEL para desvirtuar la observancia de los principios contemplados en el Contrato-Ley, tampoco ha sido seguido en el propio Mandato de Interconexión, por cuanto:

¹⁰ Contrato-Ley:
CLAUSULA 12
OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDADES DEL MINISTERIO
SECCIÓN 12.04
(...)

Por su parte, OSIPTEL cautelaré que el mercado de servicios de telecomunicaciones no se vea afectado por prácticas que atenten contra la libre y leal competencia. Asimismo, cautelaré que los prestadores de servicios de telecomunicaciones desarrollen sus actividades en concordancia con los principios de igualdad, no discriminación y equidad."



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 10 de 30

- El cargo que el OSIPTEL ha establecido por el concepto de transporte conmutado de LDN y que TELEFÓNICA debe pagar a WINNER SYSTEMS corresponde al máximo valor establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2000-CD/OSIPTEL, la misma que tiene a la fecha 17 años desde que fue expedida y, por lo tanto, no refleja los costos de ese servicio.
 - Como el monto consignado como cargo tope por transporte conmutado de LDN se encuentra indudablemente desfasado, su imposición resultaría expropiatoria respecto del operador que debe asumir su pago. Sin embargo, señala que a pesar de haber advertido en reiteradas oportunidades, el OSIPTEL ha dispuesto que debe ser aplicado en el Mandato de Interconexión.
- (iv) TELEFÓNICA advierte que el cargo de interconexión aprobado en el Mandato de Interconexión transgrede el literal b) de la Sección 10.01 de la Cláusula 10 del Contrato-Ley generando ventajas económicas indebidas a favor de WINNER SYSTEMS y en perjuicio de TELEFÓNICA, lo que constituye también una contravención a los principios de no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones que el Estado Peruano *-representado en este caso por el OSIPTEL-* se encuentra obligado a respetar ya no bajo el Contrato-Ley (en la hipótesis que aplique solo a los servicios que son objeto del mismo) sino bajo las leyes aplicables.
- (v) Señala TELEFÓNICA que el OSIPTEL no puede justificar la aplicación de un cargo desfasado y contrario al Contrato-Ley y a la ley, a partir del hecho que TELEFÓNICA no haya cuestionado en 2012 -hace cinco años- la aplicación del mismo valor de cargo por transporte conmutado de LDN con motivo de la Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL, refiriendo lo siguiente:
- El hecho que TELEFÓNICA no haya objetado su imposición no significa, tanto antes como ahora, que el mismo no sea contrario al Contrato-Ley ni que entonces se hayan respetado los criterios de costos para su determinación, los mismos que ahora el OSIPTEL plantea, pero tampoco no observa.
 - Si el OSIPTEL notó que el cargo que iba a imponer estaba desfasado y no cumplía ni con los contratos ni con la ley, debió optar por observar las normas vigentes y aplicar un sistema de cargos recíprocos como el propuesto por TELEFÓNICA¹¹, de modo que se respetaran los derechos de ambos operadores y no solo los de WINNER SYSTEMS.
 - El principio de iguales términos y condiciones exige que el OSIPTEL aplique las mismas condiciones regulatorias a todos los operadores en situaciones equivalentes, lo que significa que el regulador debe aplicar sus reglamentos de manera uniforme, sin apartarse de forma inmotivada de las actuaciones que hubiere realizado con anterioridad.

¹¹ Refiere TELEFÓNICA a su propuesta hecha al amparo del inciso 1 del artículo 30 del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 124-2012-CD/OSIPTEL.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 11 de 30

C. Las condiciones económicas del Mandato de Interconexión deben observar la regla de interconexión regulada en el artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión.

C.1 El artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión no exige equivalencia de costos entre las redes como condición para su aplicación.

- (i) Manifiesta TELEFÓNICA que conforme lo ha señalado el OSIPTEL, con motivo de la aprobación de contratos de interconexión y mandatos, el Contrato-Ley -y el Principio de Legalidad previsto en la LPAG¹²- le exigen observar los reglamentos que hubiera emitido. Uno de estos reglamentos viene dado por el TUO de Interconexión, cuya aplicación al Mandato de Interconexión fue oportunamente solicitada por TELEFÓNICA con el objeto de que le sea aplicable el sistema de cargos recíprocos pactados anteriormente entre WINNER SYSTEMS y Compañía Telefónica Andina S.A. (en adelante, TELEANDINA).
- (ii) Señala TELEFÓNICA que específicamente dicha solicitud se sustentó en el inciso 1 del artículo 30 de la norma comentada¹³ que regula la obligación de replicar con terceros operadores aquellas condiciones económicas más favorables que se hubieran pactado previamente, respecto de servicios de interconexión similares.
- (iii) Refiere TELEFÓNICA que la aplicación de dicho artículo solicitada por TELEFÓNICA, en modo alguno vulnera lo dispuesto en el literal b) de la Sección 10.01 de la Cláusula 10 del Contrato-Ley respecto a la forma de determinación de los cargos ni la obligación del OSIPTEL de respetar la Sexta Disposición Complementaria del Procedimiento de Fijación de Cargos Tope mediante el cargo tope aprobado para la red de transporte de LDN de WINNER SYSTEMS. Según TELEFÓNICA, el OSIPTEL conoce que:
- El cargo tope puede ser modificado libremente por las partes siempre que tal acuerdo no implique un valor mayor al cargo fijado por el OSIPTEL, encontrándose expuestos a que dichas condiciones económicas puedan ser replicadas en otra relación de interconexión.
 - Si el operador a quien se le ha fijado un cargo tope (WINNER SYSTEMS) decide aplicar un sistema de determinación de cargos (cargos recíprocos) y otro operador (TELEFÓNICA) considera luego que dicho mecanismo constituye una condición favorable tiene derecho a su aplicación, aún en sustitución del cargo.
 - En el momento en que un operador (WINNER SYSTEMS) pacta una condición que puede resultar más favorable por otro operador, asume el riesgo de tener

¹² TELEFÓNICA indica que según el Artículo IV, numeral 1.1 de la LPAG, "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

¹³ "[e]n virtud de los principios a que se refiere el Artículo 7 [que incluyen el principio de no discriminación y de igualdad de acceso, desarrollados previamente], los contratos y los mandatos de interconexión incluirán una cláusula que garantice que los cargos de interconexión y/o las condiciones económicas en general, se adecuarán cuando una de las partes, en una relación de interconexión con una tercera empresa operadora establecida, vía contrato o mandato de interconexión, aplique cargos de interconexión y/o condiciones económicas más favorables a las establecidas en su relación de interconexión."



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 12 de 30

que replicarla en otras relaciones de interconexión¹⁴, sin que le corresponda al regulador indicar en la racionalidad que esa condición comercial tuvo en su día para ser acordada.

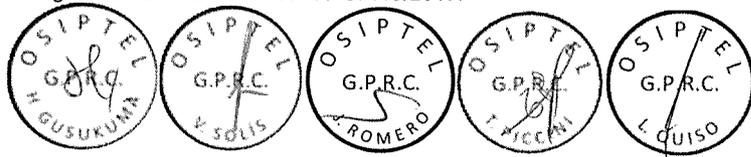
- (iv) Manifiesta TELEFÓNICA que el OSIPTEL descarta la aplicación del artículo 30 al Mandato de Interconexión a partir de argumentos tales como¹⁵: (i) que el valor de cargo tope difiere el cargo tope que aplica TELEANDINA en su relación de interconexión con WINNER SYSTEMS; (ii) que los principios de igualdad de acceso y no discriminación deben ser evaluados considerando valores concretos; (iii) y la racionalidad que estuvo atrás del acuerdo celebrado entre WINNER SYSTEMS y TELEANDINA.
- (v) TELEFÓNICA refiere que el OSIPTEL no considera que el hecho que el valor del cargo tope sea distinto de aquel aplicado por TELEANDINA no constituye un obstáculo para que la condición económica acordada con WINNER SYSTEMS (cargos recíprocos) pueda ser replicada en el Mandato de Interconexión. Indica TELEFÓNICA que la “equivalencia de costos” no es una exigencia que determine la aplicación del artículo 30 del TUO de Interconexión, ni ha sido así interpretado por el OSIPTEL en oportunidades previas. Ninguna red tiene el mismo tamaño y la equivalencia que pide el OSIPTEL nunca aplicaría¹⁶.
- (vi) Refiere TELEFÓNICA que precisamente que en este caso se trata de replicar una condición económica y no un cargo de interconexión, según lo permite expresamente el artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión. Este es por ejemplo el caso de la aplicación de un menor plazo forzoso o un esquema de liquidación determinado, tal como según refiere TELEFÓNICA, se explicó durante el procedimiento de emisión del Mandato de Interconexión. El punto indica TELEFÓNICA no es la posibilidad de renegociar los acuerdos adoptados como propone el OSIPTEL¹⁷, sino definir si es que la aplicación del citado artículo 30 exige una equivalencia de redes o de costos para su aplicación.
- (vii) Respecto a la necesidad de evaluar los principios de interconexión sobre la base de valores concretos (valores de cargos de interconexión), TELEFÓNICA señala que el propio artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión extiende su alcance a la aplicación de condiciones económicas más favorables. Una de estas consiste, ciertamente, en la aplicación de cargos de interconexión recíprocos; condición cuya aplicación ha sido solicitada por TELEFÓNICA a WINNER SYSTEMS por ser similar a aquella acordada previamente entre esta empresa y TELEANDINA en el Contrato de Interconexión aprobado por Resolución de Gerencia General N° 060-2008-

¹⁴ Refiere TELEFÓNICA que en el numeral 57 de la Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL recaída en el procedimiento seguido por BellSouth Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. en el Expediente No. 010-2002-CCO-ST/IX, el OSIPTEL señaló que “basta que una operadora otorgue una determinada condición económica, técnica o jurídica a una empresa para que en virtud al Principio de Igualdad de Acceso se encuentre obligada a otorgársela a todas las demás empresas de la misma naturaleza que se lo soliciten.”

¹⁵ Páginas 56 y siguientes del Informe N° 00189-GPRC/2017.

¹⁶ TELEFÓNICA señala que como consta en el este procedimiento y como le consta a OSIPTEL, existen acuerdos entre TELEFÓNICA y otros operadores en los que se establece un esquema de cargos recíprocos para prestaciones iguales. Indica que ello no significa, como resulta evidente (dado que son empresas de telecomunicaciones de alcance reducido como Winner Systems) que los costos de interconexión y las contribuciones a los costos totales de dichos operadores y TELEFÓNICA sean iguales.

¹⁷ Página 55 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 13 de 30

GG/OSIPTEL para la determinación del cargo por transporte conmutado de LDN que sería pagado por cada una de estas empresas, el cual se encuentra vigente a la fecha.

C.2 El artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión no exige que la relación de interconexión refleje el sentido del acuerdo existente cuyas reglas se solicitan aplicar.

- (i) Manifiesta TELEFÓNICA respecto al argumento relativo a la necesidad de observar la racionalidad que estuvo atrás del acuerdo celebrado entre WINNER SYSTEMS y TELEANDINA como condición para aplicar el artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión al Mandato de Interconexión, que ello tampoco constituye un requisito previsto en la norma como condición para su procedencia:
- La racionalidad de una condición económica muy difícilmente será la misma para todas las demás relaciones de interconexión por cuanto todos los operadores responden a realidades y costos de interconexión distintos.
 - La característica de “favorable” de la condición económica cuya aplicación se solicita sólo debe ser evaluada por el solicitante, por lo cual carece de objeto la racionalidad que el “solicitado” pueda haber contemplado con su adopción inicial.
- (ii) Refiere que el OSIPTEL, al rechazar la aplicación del artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión, porque la relación de interconexión regulada en el Mandato de Interconexión “no reflejaría el sentido del acuerdo existente entre WINNER SYSTEMS y TELEANDINA”, ha incorporado un requisito no previsto en la norma comentada y distinguido donde la ley no lo hacía. Señala que el regulador no puede violar de esa manera las garantías básicas que tiene un administrado en la aplicación de la ley.
- (iii) Manifiesta TELEFÓNICA que la negativa del OSIPTEL a aplicar en el Mandato de Interconexión un sistema de cargos recíprocos ante prestaciones constituye también una vulneración a los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones contemplados en la Cláusula 10 del Contrato-Ley, los cuales suponen la imposibilidad de aplicar a TELEFÓNICA un sistema de cargos asimétricos ante prestaciones equivalentes. Indica TELEFÓNICA que ello supone una vulneración de la autoridad de cosa juzgada del laudo emitido en el Caso Arbitral N° 1430-062-2008-CCL (el adelante, Laudo Arbitral).

D. El Laudo Arbitral es aplicable al Mandato de Interconexión e impide la aplicación de condiciones asimétricas a TELEFÓNICA, ya que de lo contrario se afectaría el derecho constitucional a la cosa juzgada.

D.1 La autoridad de la cosa juzgada y su efecto positivo.

- (i) TELEFÓNICA indica que de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 139 de la Constitución, los Tribunales Arbitrales ejercen jurisdicción, esto es,



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 14 de 30

solucionan conflictos intersubjetivos de interés con relevancia jurídica¹⁸. Ello ha sido corroborado por el Tribunal Constitucional peruano, que establece al respecto que “(...) el artículo 139°, inciso 1 de nuestro ordenamiento constitucional consagra la naturaleza excepcional de la jurisdicción arbitral, lo que determina que, en el actual contexto, el justiciable tenga la facultad de recurrir ante el órgano jurisdiccional del Estado para demandar justicia, pero también ante una jurisdicción privada”¹⁹.

- (ii) Respecto a la importancia de que los Tribunales Arbitrales tengan jurisdicción, TELEFÓNICA señala que radica en el hecho que las decisiones finales contenidas en los laudos arbitrales son consideradas cosa juzgada. En efecto, conforme lo dispone el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071, los laudos arbitrales tienen dicha calidad. Indica TELEFÓNICA que la Constitución también ha previsto el carácter inmutable de la cosa juzgada, señalando que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada²⁰. Agrega TELEFÓNICA que un modo en que se deja sin efecto la autoridad de la cosa juzgada es volver a decidir sobre lo mismo, pero otro es decidir sobre otro asunto conexo sin respetar la decisión previa.
- (iii) Refiere TELEFÓNICA que ese segundo efecto -decidir un asunto conexo respetando la decisión previa- es lo que se conoce como el efecto positivo. Es decir, el efecto positivo de la cosa juzgada consistiría en primer lugar en hacer que la decisión que ha alcanzado esa calidad se cumpla. TELEFÓNICA cita a Liebman²¹, para quien la función positiva de la cosa juzgada “construye al juez a reconocer la existencia de la cosa juzgada en todos sus pronunciamientos.”; así también, a Fairén²² quien señala que el efecto “(...) positivo o de influencia de una sentencia firme sobre un segundo proceso, imponiendo al segundo tribunal condicionar a la primera sentencia, la suya propia.”
- (iv) Señala TELEFÓNICA que de acuerdo con el efecto positivo de la cosa juzgada, el juez o árbitro que debe resolver un conflicto de intereses que tiene conexidad con otro que haya sido resuelto mediante un laudo firme, no solo está prohibido de contradecir dicho laudo, sino que debe condicionar su decisión al laudo previo. En ese sentido, el efecto positivo de la cosa juzgada complementa el efecto negativo de la misma, toda vez que, a su carácter inimpugnabile e inmodificabile, le agrega otra característica: que lo resuelto debe ser considerado como una “verdad jurídica” que jueces y árbitros sucesivos deban observar.
- (v) TELEFÓNICA manifiesta que la aprobación del Mandato de Interconexión por parte del OSIPTEL afecta el principio de cosa juzgada, toda vez que desconoce los alcances del Laudo Arbitral en donde se determinan los alcances de la obligación

¹⁸ TELEFÓNICA cita a Monroy Galvez, Juan. Introducción al proceso civil. Temis - de Belaúnde-Monroy. Bogotá 1996. p. 228.

¹⁹ Expediente. No. 6167-2005-PHC/TC.

²⁰ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia.

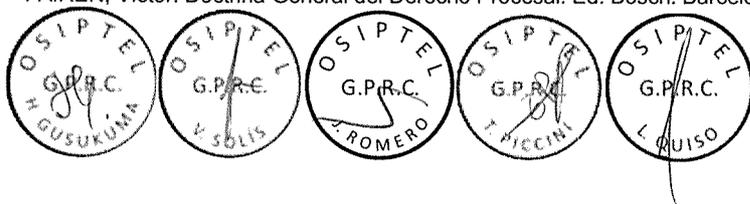
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada [...]

²¹ LIEBMAN, Tulio. Eficacia y Autoridad de la Sentencia. EDIAR. Bs. As. 1946. p. 72.

²² FAIREN, Víctor. Doctrina General del Derecho Procesal. Ed. Bosch. Barcelona 1990. p. 518.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 15 de 30

contractual establecida en el Cláusula 10.01 del Contrato-Ley, que establece los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones. Estos principios, interpretados en el Laudo Arbitral, impiden aplicar a TELEFÓNICA un sistema de cargos asimétricos ante prestaciones equivalentes.

D.2 Lo expresado por el Laudo Arbitral.

(i) Señala TELEFÓNICA que específicamente el Laudo Arbitral resuelve lo siguiente:

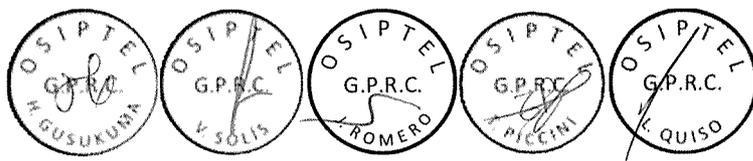
Cuarto: Declarar que OSIPTEL se encuentra impedido de imponer a Telefónica la aplicación de un régimen de interconexión asimétrico en el cual (i) sólo Telefónica se encuentre obligada a brindar un servicio de interconexión de terminación de llamadas a la red de telefónica fija local a través de cargos por capacidad y/o (ii) sólo Telefónica se encuentre obligada a brindar el servicio de interconexión a través de un sistema mixto de cargos por capacidad y cargos por minuto, por cuanto dicho regímenes de interconexión violan el literal b) de la sección 10.1 de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión, que consagra el principio de iguales términos y condiciones, y la cláusula 12.05 de los Contratos de Concesión, que prevé los principios de igualdad, no discriminación y equidad; y en consecuencia, FUNDADA la Pretensión Principal N°3 de Telefónica de Perú, S.A.A. [Pretensión Principal 3: está prohibido de fijar un sistema asimétrico de cargos de interconexión para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local. [Énfasis agregado por TELEFÓNICA].

(ii) TELEFÓNICA refiere que el razonamiento seguido por el Laudo Arbitral y recogido en la parte resolutive del mismo, en un pronunciamiento solamente declarativo determina un supuesto de interpretación contractual relacionado a la Cláusula 10 del Contrato-Ley, cuyos alcances el OSIPTEL no puede desconocer en el presente caso. En efecto, de la parte resolutive del Laudo Arbitral se desprende que los 'iguales términos y condiciones' a que se refieren la Cláusula 10.01 (b) del Contrato-Ley garantizan que los contratos de interconexión suscritos entre TELEFÓNICA y los otros operadores están sujetos a términos contractuales dispares y asimétricos (sic), garantizándose así que TELEFÓNICA reciba condiciones recíprocas en cada uno de los contratos que celebre.

(iii) Manifiesta TELEFÓNICA que se encuentra claro que si la interconexión es un servicio recíproco y los Contratos de Concesión sujetan los contratos respectivos - entre TELEFÓNICA y sus respectivas contrapartes- a los 'mismos términos y condiciones', entonces un cargo asimétrico resultaba sin más violatorio del texto y del espíritu de los Contratos de Concesión.

(iv) TELEFÓNICA señala que reforzando el punto anterior, el OSIPTEL debe recordar que el Laudo Arbitral entre sus considerandos señala expresamente cómo debe entenderse la Cláusula 10.01 en cuanto a "igualdad de términos y condiciones" se refiere. En ese sentido desarrolla dos aspectos:

➤ Los contratos de interconexión no deben ser dispares entre los operadores del sistema cuando se está ante situaciones similares.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 16 de 30

➤ Para prestaciones contractuales iguales, deben establecerse contraprestaciones equivalentes.

(v) Manifiesta TELEFÓNICA que contrario a lo señalado por el OSIPTEL, sobre cómo debe entenderse la igualdad en las relaciones de interconexión, señala que la interpretación de “trato desigual entre desiguales” es contraria a lo establecido en los contratos de concesión. En efecto, en la página 23 del referido laudo se señala lo siguiente:

“Osiptel señala que debe tomarse en cuenta que conforme al principio de igualdad y al derecho constitucional de “igualdad de trato”, es factible realizar un trato desigual de los desiguales, cuando existen criterios objetivos y de razonabilidad que, conforme al Laudo de Cargos, el regulador estaría facultado para definir, interpretar, y desarrollar en aquellas estipulaciones que contienen conceptos sujetos a valoración, conceptos jurídicos indeterminados o no definidos y precisados.

No obstante, esta interpretación es contraria a lo establecido en los contratos de concesión. Debe tenerse en cuenta el principio de interpretación contractual interpretado contra stipulatorem, en virtud del cual, cuando en las estipulaciones se duda de lo que se ha querido decir qué, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante Siendo que Osiptel tiene la facultad de dotar de contenido ese principio, debe preferirse aquella interpretación contraria a los intereses de Osiptel.”

(vi) Refiere que el efecto positivo de la cosa juzgada no se ve afectado por la alegación del OSIPTEL sobre el principio de congruencia²³, pues señala que:

- El Laudo Arbitral se expresa en términos generales sobre unas cláusulas en particular; es decir, establece cuál es la interpretación que debe asignarse a un pacto en concreto sobre los principios de iguales términos y condiciones.
- El OSIPTEL no es libre de interpretar el contenido del Contrato de Concesión en sus Cláusulas 10 y 12, sin tener que seguir la interpretación establecida por el Laudo Arbitral. En eso consiste el efecto positivo de la cosa juzgada.

(vii) Manifiesta que lo anterior se ve ratificado por la *ratio decidendi* del Laudo Arbitral, de los cuales se desprende que los principios reconocidos en las Cláusulas 10 y 12 del Contrato- Ley (especialmente, los relativos a ‘iguales términos y condiciones’) son ‘aplicables a la interconexión, en particular, y a todos los servicios en telecomunicaciones en general’²⁴. En ese sentido, señala el Laudo Arbitral, ‘el contenido de tales principios, al estar recogidos como términos contractuales abiertos, pueden ser detallados por norma posterior, sin que ésta contravenga lo establecido en los contratos’²⁵

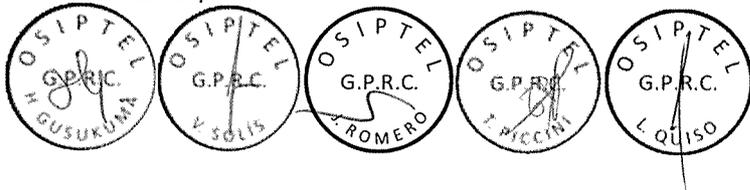
D.3 El efecto positivo de la cosa juzgada aplicado al Laudo Arbitral.

(i) Refiere TELEFÓNICA que conviene hacer notar al OSIPTEL que el efecto de la cosa juzgada positiva incluye además la parte considerativa del Laudo Arbitral,

²³ Página 50 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

²⁴ Cf. Laudo Arbitral p. 50.

²⁵ Cf. Laudo Arbitral p. 50.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 17 de 30

específicamente los argumentos que permiten darle estabilidad a lo decidido. TELEFÓNICA indica que de nada sirve que el OSIPTEL señale que es respetuoso del principio constitucional de la cosa juzgada²⁶, si al final va a terminar desconociendo aquellos extremos del laudo que dan estabilidad a la decisión emitida.

(ii) TELEFÓNICA indica que la doctrina autorizada ha señalado lo siguiente:

“Lo que nos va a dar la clave sobre si un concreto juicio debe tener efectos de cosa juzgada, es el hecho de que el pronunciamiento concreto requiera estabilidad, a fin de evitar que se repita el enjuiciamiento realizado. No olvidemos que la cosa juzgada surge como fruto de una necesidad social de seguridad jurídica. Y dicha seguridad jurídica se garantiza a través de la prohibición de repetición de los juicios, garantizado, por tanto, que sean estables.

Esta estabilidad la requieren aquellos pronunciamientos que, suprimidos de la resolución judicial, le han perder su sentido²⁷.

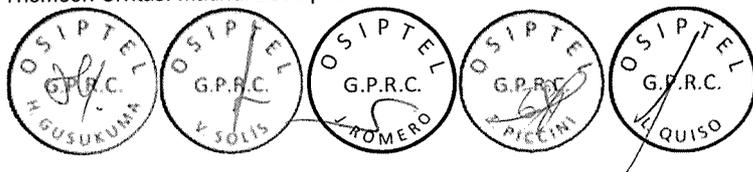
Ha de reconocerse, pues, que si hay cosa juzgada sobre los inesquivables fundamentos jurídicos del fallo o parte dispositiva de una sentencia. Es de necesidad que haya cosa juzgada material sobre un derecho subjetivo o una relación o una situación jurídica si se ha efectuado un pronunciamiento, un juicio y una decisión sobre ese derecho subjetivo o esa relación o situación jurídica en el sentido de reconocerlos como existentes o válidos²⁸. (Negrita y subrayado agregado por TELEFÓNICA)

- (iii) Manifiesta TELEFÓNICA que a resumidas cuentas, al haber establecido el Laudo Arbitral, tanto en su parte resolutive como en su parte considerativa, la existencia de un mandato interpretativo de la Cláusula 10 del Contrato-Ley de manera general y vinculante al OSIPTEL, no es posible que el ente regulador desconozca este hecho en el Mandato de Interconexión, ya que lo contrario implicaría una afectación al principio constitucional de Cosa Juzgada.
- (iv) Indica TELEFÓNICA que el efecto positivo del Laudo Arbitral determina que el OSIPTEL deba observar lo establecido en el citado pronunciamiento según el cual los principios regulatorios contenidos en el Contrato-Ley (especialmente, los relativos a *iguales términos y condiciones*) determinan que no puede aplicarse a TELEFÓNICA cargos asimétricos, como aquellos que son materia del Mandato de Interconexión.
- (v) Sin perjuicio de ello, refiere TELEFÓNICA en el negado caso que se considere como válida la interpretación (en caso quepa alguna interpretación) planteada por el OSIPTEL respecto a que el Laudo Arbitral únicamente restringió su resolución a la aplicación de cargos por capacidad, el mismo efecto positivo del Laudo Arbitral obliga al OSIPTEL a reconocer la parte considerativa del Laudo Arbitral -que refleja el sentido en que se llevó la controversia y los fundamentos que llevaron a concluir la restricción de aplicar cargos por capacidad en forma singular-, según el cual (i) las

²⁶ Página 52 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

²⁷ Cita de TELEFÓNICA a Nieva Fenoll, Jordi. La cosa Juzgada. Editorial Atelier. Madrid. 2006 p. 131.

²⁸ Cita de TELEFÓNICA a De La Oliva Santos, Andrés. Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil. Editorial Thomson Civitas. Madrid. 2005 p. 220.



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 18 de 30

Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley contienen principios “aplicables a la interconexión, en particular, y a todos los servicios en telecomunicaciones en general” y (ii) que impiden o restringen la aplicación de cargos asimétricos a TELEFÓNICA.

E. El OSIPTEL no puede actuar contraviniendo su propia conducta, ya que de lo contrario implicaría la afectación al principio de seguridad jurídica y confianza razonable.

E.1 La Administración Pública debe comportarse de buena fe.

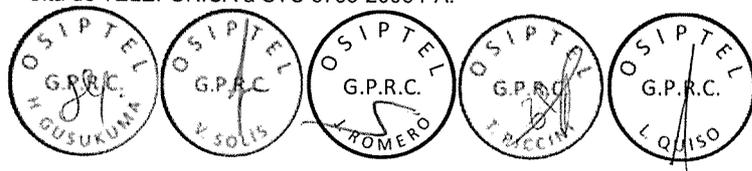
- (i) Manifiesta TELEFÓNICA que la doctrina de los actos propios se fundamenta principalmente en las exigencias del principio general de la buena fe²⁹, estableciéndose que es obligación de las partes de una relación jurídica el conducirse con lealtad, rectitud, y coherencia en su comportamiento, a fin de proteger la confianza, regularidad y confiabilidad que deben imperar en el tráfico jurídico³⁰. En la misma línea de lo expuesto, la exigencia de que las partes actúen de buena fe encuentra arraigo en sede administrativa a través de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.
- (ii) Refiere TELEFÓNICA sobre el principio de seguridad jurídica, que el Tribunal Constitucional ha establecido que *“El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, en las garantías que informa a todo el ordenamiento jurídico que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone ‘la expectativa razonablemente fundada en cual ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho’³¹.*
- (iii) Señala TELEFÓNICA que en virtud del citado principio, la administración se encuentra ligada a actuar de buena fe y conducirse de forma regular, confiable, de forma tal que se permita la predictibilidad de las decisiones *“es decir, que las decisiones que emiten los órganos en cada caso concreto puedan anunciar a los ciudadanos, de modo definitivo, cómo se materializan los derechos, obligaciones o permisiones en las normas jurídicas”³².*
- (iv) Además refiere TELEFÓNICA que el principio de confianza legítimo se encuentra positivizado en el artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, en el numeral 1.5, que establece: *“Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos. La autoridad administrativa se*

²⁹ Cita de TELEFÓNICA a Borda, Alejandro. La teoría de los Actos Propios, segunda edición, Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1993 p- 51.

³⁰ Cita de TELEFÓNICA a Marial, Héctor A. La Doctrina de los Actos Propios y la Administración Pública. Depalma. Buenos Aires 1988 p.4.

³¹ Cita de TELEFÓNICA a STC No. 16-2002 AI.

³² Cita de TELEFÓNICA a STC 6759-2006 PA.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 19 de 30

somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables”.

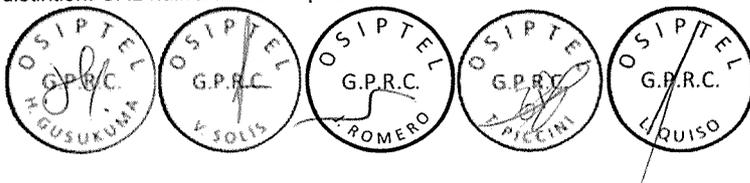
- (v) Manifiesta TELEFÓNICA sobre el mismo, que la doctrina autorizada ha señalado que el principio de confianza legítima *“impide actuaciones arbitrarias de las administraciones públicas, en que se quebrante confianza que los administrados han depositado en situaciones jurídicas”*³³. De ahí que *“las administraciones deben actuar de forma justa y razonable”*³⁴.

E.2 Lo que el regulador dijo durante el arbitraje que dio lugar al Laudo Arbitral.

- (i) Señala TELEFÓNICA que los principios antes mencionados han sido transgredidos por el Mandato de Interconexión, por la actuación irregular de OSIPTEL al intentar desconocer que, actuando como parte contractual del Contrato-Ley, había establecido en varias ocasiones que la interpretación y aplicación de la Cláusula 10 y 12 del mismo le impedía aprobar Mandatos de Interconexión que afectaran el principio de reciprocidad. Específicamente, existen hasta tres oportunidades en las que el OSIPTEL ha ratificado la postura que ahora pretende desconocer.
- (ii) En primer lugar, refiere TELEFÓNICA a la actuación del OSIPTEL durante el proceso arbitral en el que derivó el Laudo Arbitral. En esta oportunidad, manifiesta que el ente regulador planteó la discusión en términos generales, no restringiéndola a la cuestión de si estaba facultado a imponer al específico cargo asimétrico en la modalidad de capacidad sino, en general, a si podía o no imponer políticas regulatorias asimétricas. Ello es relevante porque revela que tenía claro que parte de la controversia versaba sobre la interpretación genérica de una cláusula de Contrato-Ley, y no sólo a su aplicación en un caso concreto.
- (iii) Refiere TELEFÓNICA que en aquella oportunidad, la actuación del OSIPTEL fue percibida por el Tribunal Arbitral, lo cual se vio reflejado en el Laudo Arbitral, puesto que este da cuenta de que OSIPTEL intentó discutir la regulación asimétrica apelando a su conveniencia económica, empleando un informe que comparase experiencias internacionales. TELEFÓNICA indica que tomando en cuenta ello, el Tribunal Arbitral aclaró que restringía su punto de vista la interpretación del Contrato-Ley en el ámbito del derecho peruano, discusión que se dio, justamente, dada la posición de OSIPTEL, en términos generales.
- (iv) En segundo lugar, TELEFÓNICA manifiesta que en el Informe N° 715-GPRC/2011 - citado en los considerandos de la Resolución 461- dirigido por el OSIPTEL al Ministerio de Transportes y Comunicaciones con el objeto de ampliar la opinión inicialmente emitida respecto a las transferencias de concesiones a Telefónica Móviles S.A. a favor de TELEFÓNICA, contenida en el Informe N° 683-GPR/2011. En esta oportunidad, el ente regulador recomendó al Ministerio lo siguiente:

³³ Cita de TELEFÓNICA a Rodríguez Arana, Jaime. El principio general del derecho de confianza legítima. C.J. N. 4 2013 p. 62.

³⁴ Cita de TELEFÓNICA a Flanagan, Richard. “Legitimate expectation and applications - an outdated and unneeded distinction. CRL número 2. 2011 p. 284.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 20 de 30

- Que TELEFÓNICA se comprometa a dar cumplimiento a la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2009-CD/OSIPTEL mediante la cual se establecieron cargos e interconexión tope diferenciados a TELEFÓNICA, por minuto y por capacidad, lo cual fue dejado sin efecto por el Laudo Arbitral;
 - Que TELEFÓNICA se comprometa a presentar una Oferta Básica de Interconexión ofreciendo cargo por capacidad a todos los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones en los términos de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2009-CD/OSIPTEL que fuera objeto del Laudo Arbitral; y,
 - Que TELEFÓNICA se comprometa a reconocer que el establecimiento de obligaciones regulatorias que impliquen la imposición de cargos de interconexión tope o tarifas tope aplicables de forma particular o determinada no constituye una afectación de las Cláusulas 10 y 12 de su Contrato-Ley.
- (v) TELEFÓNICA señala que la última recomendación del OSIPTEL no está en absoluto restringida a la asimetría en materia de cargos por capacidad y, además, se plantea respecto de todos los servicios brindados por TELEFÓNICA y no únicamente respecto a la terminación de llamadas, lo que implica un reconocimiento del OSIPTEL de que los alcances del Laudo Arbitral se proyectan sobre todos los contratos de concesión y servicios prestados por esta empresa.

E.3 La Resolución 461 y lo que significa.

- (i) Refiere TELEFÓNICA que en tercer lugar, con ocasión de la absorción de las concesiones de Telefónica Móviles S.A. el Ministerio de Transportes y Comunicaciones fue también medianamente (sic) claro con relación a la interpretación que le daba el Laudo Arbitral, a la cláusula 10 del Contrato-Ley y a la forma en que ésta vinculaba al OSIPTEL. En efecto, mediante la Resolución 461 estableció que TELEFÓNICA debía reconocer la facultad de OSIPTEL de imponer cargos por capacidad “que le resulten aplicables de forma particular”, lo que conforme al Proyecto de Mandato (y luego también, según el Mandato de Interconexión) supondría que el Laudo Arbitral quedó sin efecto.
- (ii) TELEFÓNICA señala que los antecedentes anteriormente descritos permiten demostrar que el OSIPTEL entendió que cualquier establecimiento de cargos diferenciados (independientemente del servicio que se trate) era contrario a la interpretación que le otorgaba a las Cláusulas 10 y 12 del Contrato de Concesión, y que una forma en que dicha vulneración se materializa -en relación de género a especie- es la imposición del cargo por capacidad en la terminación de llamadas.
- (iii) Manifiesta que, en el numeral 1.8 del artículo IV³⁵ de la LPAG se establece que “la autoridad administrativa (...) realiza sus respectivos procedimientos guiados por (...)”

³⁵ El numeral 1.8 del artículo IV de la Ley No. 27444 desarrolla el 'Principio de conducta procedimental' en los términos siguientes: 'la autoridad administrativa, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los participantes del procedimiento, realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal'



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 21 de 30

*buena fe*³⁶. A partir de lo anterior, queda claro que la Administración no puede cambiar las reglas de juego de manera arbitraria e intempestiva y variar la interpretación de un Contrato-Ley (o cualquier contrato de concesión) constituye una conducta prohibida por el ordenamiento jurídico.

- (iv) Señala que de lo anterior, se desprende que el OSIPTEL no puede desconocer los alcances del Laudo Arbitral y la interpretación de las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley, interpretación que además de ser vinculante por la existencia de un laudo, ha sido además aceptada y tomada como cierta por el ente regulador durante varios años. Es innegable que el OSIPTEL realizó tres pedidos al Ministerio de Transportes y Comunicaciones dando cuenta de los alcances del Laudo Arbitral y la interpretación y aplicación de las cláusulas en referencia.
- (v) Además, indica que el OSIPTEL no puede haber escrito informes que contienen una interpretación unívoca del Laudo Arbitral y del Contrato-Ley, solicitando que con ocasión de la absorción de Telefónica Móviles S.A. se acuerden tres restricciones al alcance del laudo en cuestión, que finalmente no se acepte ninguno de los pedidos formulados y que con ocasión del Mandato de Interconexión se arriesgue una violación del Contrato-Ley con la tesis de que su facultad para imponer cargos asimétricos en general está reconocida.

4.2 Argumentos planteados por WINNER SYSTEMS.

A continuación se detallan los comentarios de WINNER SYSTEMS respecto de la posición señalada por TELEFÓNICA en su recurso de reconsideración:

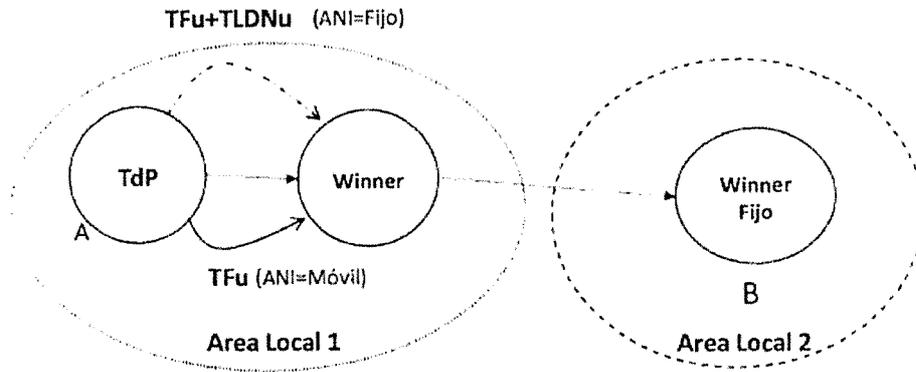
- WINNER SYSTEMS señala que el mandato solicitado es para incluir escenarios de llamadas no contemplados en el mandato de interconexión aprobado mediante la Resolución N° 126-2012-CD10OSIPTEL, para que TELEFÓNICA reconozca el pago del cargo de transporte LDN de WINNER SYSTEMS a las llamadas originadas en la red móvil de TELEFÓNICA que terminan en la red fija urbana de WINNER SYSTEMS y que TELEFÓNICA las entrega a WINNER SYSTEMS en un departamento donde no termina la llamada, por lo que WINNER SYSTEMS termina las llamadas usando su portador LD. Esa solicitud, según indica, está enmarcada dentro de lo que el marco legal actual lo permite.
- Manifiesta WINNER SYSTEMS que lo que propuso en su solicitud de mandato de interconexión es similar al que propuso en su solicitud de mandato de interconexión del año 2012 y que finalmente fue aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL.
- Indica WINNER SYSTEMS que no entiende o no encuentra una respuesta lógica del por qué TELEFÓNICA reconoce el pago del servicio de transporte LDN a WINNER

³⁶ En adición a estos argumentos, debe destacarse que la legitimidad de toda actuación administrativa no solo se mide por su sometimiento a la ley sino por su conformidad con el ordenamiento jurídico (artículo 8 de la LPAG), por su sometimiento al imperio del Derecho. Así lo exige el artículo 28 de la Constitución Política y lo reafirma el mandato contenido en su artículo 45. Es indiscutible por tanto que, en la medida que el principio general de la buena fe forma parte del ordenamiento jurídico peruano, el ejercicio del poder público y, en particular, el de potestades administrativas no puede desconocer sus exigencias e implicancias.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 22 de 30

SYSTEMS por las llamadas originadas en su red fija urbana y se niega a reconocer el pago del transporte LDN de WINNER SYSTEMS por las llamadas originadas en su red móvil.



- Si ANI es un Fijo urbano de TdP, TdP acepta pagar el TLDN de Winner
- Si ANI es un Móvil de TdP, TdP no quiere pagar el TLDN de Winner ¿Por qué?

Elaboración: WINNER SYSTEMS

- Refiere WINNER SYSTEMS que como ya lo ha mencionado en otra oportunidad, está de acuerdo con el Mandato de Interconexión, porque se ajusta a lo establecido en el TUO de las Normas de Interconexión vigentes.
- Por lo expuesto anteriormente WINNER SYSTEMS rechaza las pretensiones de TELEFÓNICA para que el OSIPTEL reconsidere el Mandato de Interconexión, por la simple razón que no se ajusta al marco legal vigente.

4.3 Posición del OSIPTEL.

4.3.1 El OSIPTEL respeta las reglas de interconexión de los tres contratos de concesión de TELEFÓNICA –incluido el Contrato-Ley- en virtud de los cuales brinda y recibe de WINNER SYSTEMS la facilidad de transporte LDN.

En el Mandato de Interconexión se señaló³⁷ que las reglas de interconexión derivadas de las concesiones de las que es titular TELEFÓNICA y a las que se encuentra sujeta en la provisión del transporte LDN, son, en conjunto, las reglas consideradas en los contratos de concesión aprobados por el Decreto Supremo N° 11-94-TCC (es decir, el Contrato-Ley) y por las Resoluciones Ministeriales N° 021-99-MTC/15.03 y N° 582-2001-MTC/15.03.

En ese sentido, respecto del argumento de TELEFÓNICA relativo a que la Resolución 461 establecería en el numeral 6 (literal a) de su artículo 2, que la interconexión del servicio portador de LDN se encuentre sujeta a las mismas condiciones del Contrato-Ley; se reitera³⁸ que el entendimiento de TELEFÓNICA es incorrecto, toda vez que la disposición citada se encuentra referida únicamente y específicamente a la *regulación*

³⁷ Cfr. pág. 24 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

³⁸ Cfr. pág. 45 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 23 de 30

tarifaria, que es una materia distinta de la interconexión y que no forma parte del objeto del presente mandato.

Asimismo, se reitera lo señalado en el Mandato³⁹, en relación a que la adenda suscrita el 1 de octubre de 2014 entre TELEFÓNICA y el Estado Peruano, aprobada por la precitada Resolución 461-2014-MTC/03, no contiene regla alguna que aplique a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS que ha sido objeto de análisis para decidir en el Mandato de Interconexión.

Es preciso señalar que lo mencionado por TELEFÓNICA en el numeral 2.2.2 de su recurso de reconsideración, respecto de que en el Mandato de Interconexión se rechazaría la aplicación del Contrato-Ley, es totalmente incorrecto. En modo distinto, según se ha sustentado en el Mandato de Interconexión⁴⁰, es TELEFÓNICA quien pretende dar una aplicación errada al Contrato-Ley, presentando una lectura de la Sección 10.01.b) que anula completamente la regla fundamental del régimen legal y económico de la interconexión de servicios públicos de telecomunicaciones, por la cual los cargos de interconexión deben remunerar necesariamente los costos de la interconexión y otros conceptos. Como no puede escapar del conocimiento de TELEFÓNICA, dichos costos son distintos en función de factores como la red de cada operador y las escalas de sus operaciones.

Se reitera que la pretensión de TELEFÓNICA de dejar de aplicar en sus relaciones de interconexión la regla en cuestión, para favorecer su errado entendimiento del principio de igualdad de acceso e iguales términos y condiciones; conlleva a que pueda establecer relaciones de interconexión en las que pague a sus competidores un cargo con un valor que a ella sí le remunera sus costos y genera una utilidad razonable, pero que al aplicarse sobre las redes de sus competidores, podría no remunerar siquiera los costos incurridos para brindarle la interconexión. En un contexto en el que existen concesionarios que operan con escalas distintas y con costos mayores a los de TELEFÓNICA, el resultado de dicha pretensión no será otro que el debilitamiento de sus competidores y su final exclusión del mercado.

En ese sentido, de lo señalado en la sustentación del Mandato de Interconexión, resulta claro que para el OSIPTEL, la provisión del transporte LDN entre WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA, se efectúa en una relación que sí considera los principios y reglas de interconexión contenidos en las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley, entre ellas las de no discriminación e igualdad de acceso. Sin embargo, se debe dejar en claro que ninguno de esos principios y reglas otorga el derecho a TELEFÓNICA de pagar un cargo de interconexión que sea del mismo valor que a ella le pague el operador con el que tenga la interconexión, por cuanto el valor de dicho cargo tiene que cumplir con la regla específica contenida en la propia Cláusula 10 del Contrato-Ley de remunerar costos, y éstos pueden variar -y de hecho varían- entre las distintas redes, como no escapa al conocimiento de TELEFÓNICA.

Asimismo, las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley tampoco otorgan derecho a TELEFÓNICA de exonerarse del cumplimiento de una disposición reglamentaria emitida

³⁹ Cfr. pág. 51 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

⁴⁰ Cfr. pág. 50 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 24 de 30

por el OSIPTEL que tiene alcance para todas las relaciones de interconexión del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones, aplicable precisamente en la tramitación de procedimientos de emisión de mandatos de interconexión, según la cual los cargos de interconexión que el OSIPTEL establezca en los mandatos de interconexión deben ser iguales al valor del correspondiente cargo de interconexión tope que se encuentre vigente en cada caso⁴¹. Como se ha señalado con claridad en el Mandato de Interconexión, la referida regla se encuentra contenida en la Sexta Disposición Complementaria del Procedimiento de Fijación de Cargos Tope⁴² (en adelante, la Sexta Disposición Complementaria), aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL que aprueba el “*Procedimiento para la Fijación de Cargos de Interconexión Tope*”.

TELEFÓNICA señala en el numeral 3.1.2 de su escrito de reconsideración, que el cumplimiento de las Cláusulas 10 y 12 del Contrato-Ley aparentemente estaría generando una situación controvertida en lo que respecta al Mandato de Interconexión que, según indica, el OSIPTEL resuelve mediante la vulneración de los derechos de TELEFÓNICA a contar con los mismos términos y condiciones en sus relaciones de interconexión.

Al respecto, se debe señalar para el OSIPTEL las Cláusulas 10 y 12 son sumamente claras y no generan ninguna situación controvertida: en virtud de ambas cláusulas, es evidente que el valor de los cargos de interconexión –incluido el valor del cargo de la facilidad de transporte LDN que TELEFÓNICA debe pagar a WINNER SYSTEMS- se determina conforme a una regla específica contenida en la Cláusula 10 y que en el presente procedimiento de emisión de mandato los valores de los cargos que tenían que ser incorporados en el Mandato de Interconexión deben cumplir con la antes citada Sexta Disposición Complementaria del Procedimiento de Fijación de Cargos Tope.

Es TELEFÓNICA quien considera que existe una “situación controvertida” debido a que insiste en dar al principio de iguales términos y condiciones señalado en la Cláusula 10, un contenido que es incoherente con las propias reglas contenidas en la Cláusula 10, en concreto, con las reglas de remuneración de costos de los cargos de interconexión y de sujeción a las normas reglamentarias por la cuales se fijan y revisan los cargos de interconexión tope que aplican en el mercado peruano de telecomunicaciones.

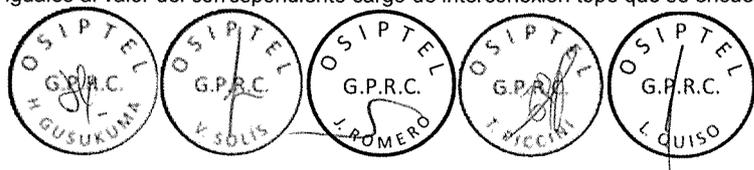
Partiendo de un entendimiento incoherente de la citada Cláusula 10, TELEFÓNICA se atribuye un “derecho” para luego argumentar que el OSIPTEL lo está vulnerando. Al respecto, se reitera que el pronunciamiento del OSIPTEL contenido en el Mandato de Interconexión, es consistente con los tres contratos de concesión en virtud de los cuales TELEFÓNICA puede establecer relaciones de interconexión respecto de la facilidad de

⁴¹ Procedimiento para la Fijación de Cargos de Interconexión Tope, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL.

“Sexta.- El presente procedimiento no se aplica al establecimiento de cargos de interconexión en los Mandatos de Interconexión que OSIPTEL emita. Los cargos de interconexión que OSIPTEL establezca en dichos Mandatos, serán iguales al valor del correspondiente cargo de interconexión tope que se encuentre vigente en cada caso.”

⁴² Procedimiento para la Fijación de Cargos de Interconexión Tope, aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL.

“Sexta.- El presente procedimiento no se aplica al establecimiento de cargos de interconexión en los Mandatos de Interconexión que OSIPTEL emita. Los cargos de interconexión que OSIPTEL establezca en dichos Mandatos, serán iguales al valor del correspondiente cargo de interconexión tope que se encuentre vigente en cada caso.”



	DOCUMENTO	Nº 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 25 de 30

transporte LDN, incluido el Contrato-Ley, y además es coherente con la normativa de alcance general expuesta en el Mandato de Interconexión, que determina el modo en que el OSIPTEL debe actuar en el presente procedimiento de emisión de mandato de interconexión.

De otro lado, TELEFÓNICA afirma que el valor del cargo tope de transporte LDN establecido en la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2000-CD/OSIPTEL no refleja los costos de ese servicio y que su imposición resultaría expropiatoria respecto del operador que debe asumir su pago. Al respecto, como no debe escapar del conocimiento de TELEFÓNICA, la determinación de los costos que deben ser remunerados a través de un cargo de interconexión, es una labor técnica y económica compleja, la misma que en el mercado peruano de las telecomunicaciones es realizada, para todo cargo de interconexión, conforme al procedimiento definido por la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL, en el que de manera uniforme para todo el mercado se establecen reglas que aseguran la participación del operador titular del cargo regulado y demás interesados, a fin de emitir una decisión técnica y económicamente fundamentada.

En ese contexto, las afirmaciones que TELEFÓNICA expone –sin acompañar el estudio técnico-económico de costos respectivo- respecto a que el cargo tope establecido por Resolución de Consejo Directivo N° 062-2000-CD/OSIPTEL tiene efectos que son “expropiatorios” o que “generan ventajas económicas indebidas a favor de WINNER SYSTEMS y en perjuicio de TELEFÓNICA”, podrán ser materia de análisis en el procedimiento de revisión del respectivo cargo tope, oportunidad en la que TELEFÓNICA podrá brindar el sustento correspondiente para su análisis técnico y económico.

Según se ha señalado en el Mandato de Interconexión⁴³, en la Resolución de Consejo Directivo N° 123-2003-CD/OSIPTEL y, en particular, en su Sexta Disposición Complementaria, el OSIPTEL reguló el ejercicio de sus potestades legales en materia de interconexión a fin de evitar que los valores de los cargos de interconexión tope puedan ser revisados e inaplicados en procedimientos de emisión de mandatos como el presente, en los que no resulta materialmente factible sustituir el análisis técnico y económico que se realiza en los procedimientos de fijación o revisión de los cargos tope.

Finalmente, es preciso aclarar lo señalado por TELEFÓNICA en el numeral 3.2.5 (segundo ítem) de su recurso de reconsideración, respecto a que el OSIPTEL habría “notado” que el cargo que iba a imponer en el Mandato “no cumplía ni con los contratos ni con la ley”. Al respecto, en ninguna parte del Mandato de Interconexión se señala algo como lo indicado por TELEFÓNICA, quien hace evidente un serio error de entendimiento del Mandato de Interconexión. En éste, en modo distinto, se sustenta que los valores del cargo que se incorporan en dicho Mandato son los que corresponden en aplicación de las disposiciones contractuales y legales que rigen la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS para la facilidad de transporte LDN.

⁴³ Cfr. pág. 48 y 49 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 26 de 30

4.3.2 La regla de adecuación a mejores condiciones económicas prevista en el TUO de las Normas de Interconexión no puede contravenir derechos del operador a quien se le solicita la adecuación.

Se reitera⁴⁴ que el OSIPTEL no desconoce lo establecido en el artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión. En el presente procedimiento se ha analizado una situación concreta, referida a si WINNER SYSTEMS se encuentra obligado a recibir de TELEFÓNICA por el transporte LDN que le brinde, un cargo con un valor igual al que WINNER SYSTEMS paga a TELEFÓNICA, por haber acordado previamente con TELEANDINA que recibiría de ésta un cargo por un valor igual al que le pagaría.

Según se ha señalado en el Mandato de Interconexión⁴⁵, TELEFÓNICA pretende ponerse en la misma situación regulatoria en la que se encontraba un tercero, es decir TELEANDINA, al celebrar un acuerdo de interconexión con WINNER SYSTEMS.

En efecto, en el momento en que WINNER SYSTEMS y TELEANDINA celebraron su acuerdo de interconexión (julio de 2008), la red de larga distancia nacional de TELEANDINA tenía como cargo tope para el transporte conmutado (por minuto), el valor fijado por la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2000-CD/OSIPTEL, esto es, US\$ 0.07151. Resulta sumamente relevante advertir que, en dicha oportunidad (julio de 2008), el valor antes señalado era distinto del valor de US\$ 0.00766 por minuto tasado al segundo aplicable para el transporte LDN de la red de TELEFÓNICA, establecido por la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 112-2007-PD/OSIPTEL (de agosto de 2007).

Por consiguiente, desde el propio origen del acuerdo suscrito entre WINNER SYSTEMS y TELEANDINA, el valor del cargo de interconexión que aplicarían entre ellos era distinto del que ambos debían pagar a TELEFÓNICA, por tener ésta un cargo tope regulado distinto y fijado por la Resolución de Presidencia de Consejo Directivo N° 112-2007-PD/OSIPTEL en un nivel inferior al nivel fijado anteriormente por la Resolución de Consejo Directivo N° 062-2000-CD/OSIPTEL.

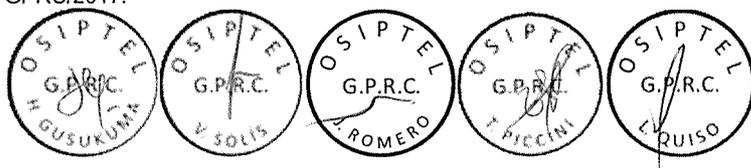
En ese sentido, en el año 2008, WINNER SYSTEMS y TELEANDINA acordaron aplicar cargos por el transporte LDN en un mismo valor, en un escenario regulatorio en el que ambos operadores tenían para sus redes un cargo tope con un mismo valor y en un nivel distinto al de TELEFÓNICA. Adicionalmente, se debe señalar que de la información recabada durante la tramitación del presente procedimiento⁴⁶, WINNER SYSTEMS ha señalado que el contrato de interconexión suscrito con TELEANDINA nunca se llegó a implementar, lo que hace materialmente imposible que entre ambos operadores se hayan aplicado cargos por transporte LDN por debajo del tope regulado.

De otro lado, es preciso enfatizar que la incorrecta interpretación que hace TELEFÓNICA del artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión, de ser acogida por el OSIPTEL, habilitaría a que, por ejemplo, América Móvil Perú S.A.C. pueda exigir a TELEFÓNICA

⁴⁴ Cfr. pág. 57 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

⁴⁵ Cfr. pág. 56 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

⁴⁶ Carta WS-GER-0205-2017 presentada por WINNER SYSTEMS, referida en la pág. 20 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018 Página: 27 de 30
	INFORME	

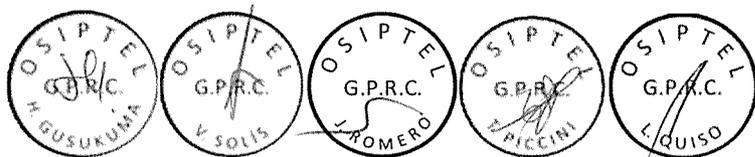
que le pague un cargo de terminación en la red móvil que sea exactamente del mismo valor del que TELEFÓNICA paga actualmente a Entel Perú S.A. o a Viettel Perú S.A.C. Esa lectura es evidentemente contraria al régimen legal de determinación de cargos de interconexión tope, los cuales, según se ha señalado, deben seguir reglas económicas y procedimentales específicas para su fijación y revisión.

En el ejemplo antes señalado, las redes de América Móvil Perú S.A.C. y Entel Perú S.A. o las redes de América Móvil Perú S.A.C. y Viettel Perú S.A., no son equiparables respecto de la facilidad de terminación en la red móvil aplicable entre América Móvil Perú S.A.C. y TELEFÓNICA; ello, porque existen reglas específicas en materia de interconexión que así lo determinan. En esa misma línea, las redes de transporte LDN de TELEFÓNICA y TELEANDINA no son equiparables respecto de la facilidad de transporte LDN aplicable con WINNER SYSTEMS, por la misma razón señalada.

Por otro lado, es preciso recordar que WINNER SYSTEMS ha referido que la escala de operaciones de TELEFÓNICA genera una diferencia de tráfico que considera abismal con respecto al tráfico de la red de WINNER SYSTEMS, con relación a la facilidad de transporte LDN. Por ello, de manera complementaria a lo señalado en el Mandato de Interconexión, se debe anotar que la solicitud de TELEFÓNICA de acogerse a una condición económica (reciprocidad en los valores de los cargos a ser pagados/cobrados) que inevitablemente deriva en el valor de los cargos que TELEFÓNICA debe pagar a WINNER SYSTEMS, no tiene los mismos efectos en la competencia y en el mercado de los que se derivan del acuerdo entre WINNER SYSTEMS y TELEANDINA.

En efecto, cuando existe una diferencia significativa de tamaños de red y volúmenes de tráfico entre dos operadores respecto de determinada facilidad de interconexión, si entre ellos se pagan un cargo con el mismo valor, es altamente probable que el operador que tenga un menor tamaño de red y cursa un volumen menor de tráfico, no cubra sus costos o no genere un margen de utilidad que le permita ser sostenible. Como resultado de ello, el operador de menor tamaño quedará económicamente debilitado y expuesto a salir del mercado. Es por ello que el análisis de costos es sumamente relevante para asegurar la competencia y desarrollo del mercado de manera previa a la fijación o revisión de un cargo de interconexión tope, como estamos seguros no escapa al entendimiento de TELEFÓNICA.

De otro lado, en virtud del artículo 30 del TUO de las Normas de Interconexión, cualquier operador tiene derecho a solicitar la adecuación de su relación de interconexión a un cargo de interconexión y/o condición económica más favorable que su contraparte brinde a un tercer operador, debiendo el operador solicitante evaluar la conveniencia que le represente tal adecuación. Sin embargo, el citado artículo 30 no regula el supuesto en que el operador solicitado no acoja la solicitud recibida por vulnerar dicha solicitud algún derecho tutelado por el marco normativo aplicable a la interconexión. En el presente caso, la eventual aceptación de WINNER SYSTEMS de la solicitud de TELEFÓNICA hubiera implicado una renuncia forzada a su derecho a que se apliquen cargos tope regulados que salvaguarden la sostenibilidad de sus operaciones.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 28 de 30

Según se mencionó en el Mandato de Interconexión⁴⁷, en casos como el antes indicado, el operador solicitado, en ejercicio legítimo de su derecho de defensa, puede comunicar lo pertinente al operador solicitante y en caso de falta de acuerdo, sea el OSIPTEL el que defina la modificación o no de la relación de interconexión, en ejercicio de sus competencias. Cabe enfatizar, sin embargo, que cualquier actuación indebida del operador solicitado que perjudique de manera ilegítima al operador solicitante de la adecuación, se sujeta al régimen sancionador previsto en el TUO de las Normas de Interconexión.

4.3.3 El Laudo Arbitral corresponde a una materia distinta a la que se aborda en el Mandato de Interconexión

Se reitera lo señalado en el Mandato de Interconexión⁴⁸, respecto a que en el presente procedimiento de emisión de mandato no se verifica un supuesto como el analizado por el Tribunal Arbitral, relativo a las modalidades del cargo de interconexión, encontrándose el cuestionamiento de TELEFÓNICA referido específicamente al valor del cargo de interconexión que le pagará a WINNER SYSTEMS en la modalidad de cargo por minuto.

Se reitera⁴⁹ además que el OSIPTEL es sumamente respetuoso del principio de cosa juzgada en materia arbitral y que se rechaza cualquier comentario de TELEFÓNICA que pretenda señalar algo distinto por carecer de absoluto fundamento.

Como se indicó en el Mandato de Interconexión, ninguno de los tres temas que fueron objeto de decisión en el Laudo Arbitral, llevó al Tribunal Arbitral a establecer órdenes de cumplimiento obligatorio del OSIPTEL que resulten necesarios para la decisión que se adopte respecto del punto controvertido de la solicitud del presente procedimiento, referido a los valores del cargo de interconexión por minuto que deben aplicar WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA para sus respectivas redes en el escenario de transporte LDN.

Asimismo, se reitera que nada de lo que debe decidirse en el presente procedimiento se refiere a alguna disposición de la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2009-CD/OSIPTEL (analizada por el Tribunal Arbitral al emitir el Laudo respectivo), o a alguna disposición que la haya modificado, complementado o sustituido, siquiera en alguno de sus alcances o efectos.

En su recurso de reconsideración, TELEFÓNICA incurre nuevamente en el error al sostener que el Tribunal Arbitral, en el tercer tema sometido a arbitraje, resolvió de manera general sobre la política regulatoria de simetría/asimetría de la interconexión de los servicios públicos de telecomunicaciones. Se reitera que cualquier hipotético pronunciamiento de ese tipo –que por cierto no ha sucedido- hubiera implicado una vulneración al principio de congruencia procesal por ir más allá de lo pedido, lo que inevitablemente hubiera acarreado su anulación conforme lo dispone el artículo 63, numeral 1, literal d, del Decreto Legislativo N° 1071.

⁴⁷ Cfr. pág. 57 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

⁴⁸ Cfr. pág. 25 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

⁴⁹ Cfr. pág. 52 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 29 de 30

Como se indicó en el Mandato de Interconexión, ahí donde TELEFÓNICA señala que el Laudo Arbitral resolvió en general respecto a si el OSIPTEL podía o no aprobar políticas regulatorias asimétricas en interconexión, el Tribunal Arbitral *“deja sentado que la pretensión de Telefónica está referida a que se determine si los regímenes de interconexión establecidos por Osiptel en la Resolución 032-2009-CD/OSIPTEL (...) violan el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión (...) y la cláusula 12.05 de los Contratos de Concesión.”*

Se reitera⁵⁰ además que la revisión del segundo tema analizado por el Tribunal Arbitral y resuelto en el Laudo Arbitral, hubieran permitido a TELEFÓNICA entender que su pretensión de aplicar el principio de igualdad de acceso y de igualdad de términos y condición, derogando en la práctica la regla esencial de remuneración de costos de los cargos de interconexión, carece de absoluto fundamento.

En efecto, en la segunda materia resuelta en el Laudo Arbitral, el Tribunal Arbitral reseña las reglas que deben ser aplicadas para definir el valor de los cargos topes, mencionado las reglas específicas del propio Contrato-Ley.

En el presente procedimiento, TELEFÓNICA pretende desconocer el referido régimen contractual aplicable a los valores de los cargos que deben ser pagados por TELEFÓNICA, forzando –incorrectamente- la aplicación de principios que también fueron analizados por el Tribunal Arbitral. Sin embargo, este colegiado, como no podía ser de otro modo, advirtió que los valores de los cargos deben observar reglas específicas que coexisten con los principios de un mismo régimen contractual, como claramente se observa en el análisis del segundo tema del Laudo Arbitral antes señalado.

4.3.4 EI OSIPTEL es consistente con su conducta: la decisión del presente procedimiento es similar a la del mandato de interconexión dictado entre WINNER SYSTEMS y TELEFÓNICA mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL.

El Laudo Arbitral se emitió en el año 2010 y dos años después, en el año 2012 se emitió el mandato de interconexión aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL, el cual contiene la misma regla económica del Mandato de Interconexión del presente procedimiento, respecto del valor del cargo de interconexión que le corresponde pagar a WINNER SYSTEMS por la facilidad de transporte LDN. Sin embargo, a diferencia de aquél entonces, ahora TELEFÓNICA pretende cuestionar dicha regla por supuestamente ser violatoria de su Contrato-Ley.

Según se ha señalado en el Mandato de Interconexión y en párrafos precedentes, la referida regla económica cuestionada por TELEFÓNICA es plenamente consistente con su Contrato-Ley y, además, con sus otros dos contratos de concesión a través de los cuales puede establecer relaciones de interconexión de transporte LDN.

De otro lado, cabe señalar que el Informe N° 715-GPRC/2011 –señalado por TELEFÓNICA en su recurso de reconsideración- es un informe que contenía recomendaciones al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para que éste las

⁵⁰ Cfr. pág. 54 del Informe N° 00189-GPRC/2017.



	DOCUMENTO	N° 00003-GPRC/2018
	INFORME	Página: 30 de 30

evalúe al ejercer sus atribuciones como entidad concedente; sin embargo, en modo alguno implica el OSIPTEL en dicho Informe N° 715-GPRC/2011 haya definido en un caso concreto sujeto al ejercicio de sus competencias, cuál era alcance de sus atribuciones en materia de interconexión conforme al marco normativo aplicable, como si lo hizo específicamente el siguiente año (en el 2012), al emitir la precitada Resolución de Consejo Directivo N° 126-2012-CD/OSIPTEL.

Finalmente, se reitera⁵¹ que la adenda suscrita el 1 de octubre de 2014 entre TELEFÓNICA y el Estado Peruano, aprobada por la Resolución Viceministerial N° 461-2014-MTC/03, no contiene reglas que se apliquen a la relación de interconexión entre TELEFÓNICA y WINNER SYSTEMS en lo decidido a través del Mandato de Interconexión.

Sin perjuicio de lo cual, ante las recurrentes menciones de TELEFÓNICA a lo largo del presente procedimiento respecto del Laudo Arbitral, se reitera⁵² que relación jurídica existente entre el Estado Peruano y TELEFÓNICA, por la que se le concede a ésta la facultad de prestar servicios públicos de telecomunicaciones, luego de la emisión del referido Laudo Arbitral ha sumado un nuevo instrumento como fuente contractual (v.g. adenda suscrita el 01 de octubre de 2014), que, entre otros temas, aborda una de las tres materias analizadas en el Laudo Arbitral, esto es, la tercera materia, referida al cargo de interconexión por en la modalidad de cargo por capacidad. Ello será tomado en cuenta en los casos que versen sobre dicha materia, no siendo éste uno de ellos.

5. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN.

Realizada la evaluación del recurso de reconsideración formulado por TELEFÓNICA, se concluye que los cuestionamientos de la referida empresa al Mandato de Interconexión impugnado, deben ser desestimados por las consideraciones expuestas en el acápite 4.3 del presente informe. En consecuencia, se recomienda declarar infundado el referido recurso y confirmar la resolución impugnada.

Atentamente,


 Lenin Quiso Córdova
**GERENTE DE POLÍTICAS REGULATORIAS
 Y COMPETENCIA (E)**

⁵¹ Cfr. pág. 51 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

⁵² Cfr. pág. 54 del Informe N° 00189-GPRC/2017.

