

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 0317-2021-CCL

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

vs.

**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y
COMUNICACIONES
ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION
PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES**

LAUDO

Miembros del Tribunal Arbitral:

Fernando Cantuarias Salaverry (Presidente)
José Antonio Moreno Rodríguez (Árbitro)
Gonzalo García Calderón Moreyra (Árbitro)

Secretaría Arbitral:

Paola Dasso Zumarán

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES.....	4
II. EL PROCESO ARBITRAL	5
II.1 CONVENIOS ARBITRALES, LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES.....	5
II.2 INICIO DEL PROCESO Y REGLAS APLICABLES.....	12
II.3 CONSIDERACIONES PRELIMINARES.....	14
II.4. ESCRITOS POSTULATORIOS.....	15
II.5 ACTUACIONES POSTERIORES.....	19
CONSIDERANDO.....	23
III. CUESTIONES PRELIMINARES.....	23
IV. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS.....	24
IV.1 OBJECIÓN AL ARBITRAJE.....	26
IV.2 EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA.....	34
IV.3 EXCEPCIONES DE LITIS PENDENCIA Y DE COSA JUZGADA.....	40
IV.4 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA.....	48
V. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES ACCESORIAS	52
VI. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES ACCESORIAS.....	108

VII. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES.....	124
VIII. PARTE RESOLUTIVA.....	126
LAUDA.....	127

ORDEN PROCESAL Nº 13

Lima, 4 de setiembre de 2023

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Mediante comunicación de 13 de mayo de 2021, Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, “TELEFÓNICA” o el “DEMANDANTE”) presentó Solicitud de Arbitraje dirigido contra el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES (en adelante, el “MTC”) y el ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (en adelante, “OSIPTEL”) (en conjunto, los “DEMANDADOS”), respecto de los siguientes contratos:
 - Contrato de Concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil celebrado entre el MTC y Tele 2000 S.A. el 27 de mayo de 1998, aprobado mediante Resolución Ministerial 250-98-MTC/15.03 el 1 de junio del mismo año.
 - Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque A de la Banda 1,710-1,770 y 2,110-2, 170 MHz a nivel nacional celebrado entre el MTC y Telefónica Móviles S.A. el 10 de octubre de 2013.
 - Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque C de la Banda 698 - 806 MHz a nivel nacional celebrado entre el MTC y Telefónica el 20 de julio de 2016.
2. Mediante comunicación de 16 de junio de 2021, el MTC contestó la Solicitud de Arbitraje.
3. Mediante comunicación de 16 de junio de 2021, OSIPTEL contestó la Solicitud de Arbitraje, oponiéndose al arbitraje por estar referida a la potestad tributaria del Estado y, además, solicitó su exclusión como parte porque no sería parte de los Contratos de Concesión. En su escrito de 18 de junio de 2021, OSIPTEL pide se le considere Tercero Coadyuvante.
4. Mediante escrito de 5 de julio de 2021, TELEFÓNICA solicitó se desestimen los pedidos de OSIPTEL.
5. Mediante escrito de 6 de julio de 2021, el MTC se adhirió a los pedidos de OSIPTEL.

6. Mediante comunicación de 9 de julio de 2021, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el "CENTRO"), hizo saber a las partes que:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplimos con comunicarles que los cuestionamientos u objeciones formuladas por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones-OSIPTEL en su respuesta a la solicitud de arbitraje de 16 de junio de 2021 y en su escrito de 18 de junio de 2021, a los cuales se ha adherido el Ministerio de Transportes y Comunicaciones en su escrito de 6 de julio de 2021, deberán ser decididas por el Tribunal Arbitral que se constituya, de conformidad con lo establecido en el artículo 7(1) y 27(1) del Reglamento de Arbitraje del Centro; por lo que se continuará con el trámite del presente arbitraje.

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 CONVENIOS ARBITRALES, LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

7. En la Cláusula 21 del Contrato de Concesión para la prestación del servicio público de telefonía móvil (en adelante, "CONTRATO 1") celebrado entre el MTC y Tele 2000 S.A. el 27 de mayo de 1998, consta el siguiente convenio arbitral:

CLAUSULA 21 SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Sección 21.1: Controversias entre las partes.

- (a) Todas las disputas que surgiesen del presente Contrato, incluyendo su interpretación, ejecución, y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, serán resuelta amistosamente por las PARTES y en caso que no llegaran a un acuerdo satisfactorio se someten incondicionalmente a arbitraje de derecho conforme a las reglas que se señalan a continuación.
- (b) Las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje serán las expedidas por la Cámara de Comercio de Lima, siendo de aplicación supletoria la Ley 26572, Ley General de Arbitraje. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima y será conducido en idioma castellano.
- (c) El arbitraje se realizará por un panel de tres (3) árbitros. Cada PARTE designará a un árbitro y el tercero será designado por acuerdo de los otros dos árbitros seleccionados por las PARTES. Si una de las partes no designa su arbitro dentro de los 10 días hábiles contados a partir del pedido de nombramiento se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será nombrado por la Cámara de Comercio de Lima, a pedido de cualquiera de las partes. Si los dos árbitros nombrados no llegan a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado, a pedido de una de cualquiera de las PARTES, por la Cámara de Comercio de Lima.

COMCEPR

(d) Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será la resolución de última instancia con autoridad de cosa juzgada. Las PARTES renuncian expresamente al derecho de apelación del laudo ante los jueces y tribunales peruanos o extranjeros.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior si una de las partes decidiera interponer un recurso de nulidad contra el laudo arbitral, dicha parte deberá constituir una garantía bancaria sustancialmente conforme con el Anexo 4, a favor del Tribunal Arbitral por la suma de US\$200,000 (Doscientos Mil Dólares). En caso el recurso de nulidad sea declarado improcedente, inadmisibile o infundado por la Autoridad Competente, el Tribunal procederá a ejecutar la garantía constituida y entregar el integro a la otra parte. En caso el recurso de nulidad fuera declarado fundado el Tribunal devolverá la garantía a la parte respectiva.

8. En la Cláusula 20 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque A de la Banda 1,710-1,770 y 2,110-2, 170 MHz a nivel nacional (en adelante, "CONTRATO 2") celebrado entre el MTC y Telefónica Móviles S.A. el 10 de octubre de 2013, consta el siguiente convenio arbitral:

CLÁUSULA 20

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

20.1 Leyes Aplicables

Las Partes han negociado, redactado y suscrito el Contrato con arreglo a las normas legales del Perú. Por tanto, expresan que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por la legislación interna del Perú, la misma que la Sociedad Concesionaria declara conocer y acatar.

En consecuencia, la Sociedad Concesionaria renuncia irrevocable e incondicionalmente a cualquier reclamación diplomática con relación al presente Contrato.



Controversias entre las partes

- (a) Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, con excepción de aquellas materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las Autoridades Gubernamentales, será resuelta amistosamente por las Partes, dentro del plazo de quince (15) días contados a partir de que una Parte comunique a la otra, por escrito, la existencia



Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

del conflicto de incertidumbre de relevancia jurídica. En caso que las partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio, se someterán incondicionalmente a arbitraje de derecho, tratándose de Controversias No Técnicas, conforme a lo previsto en los Numerales 1 y 2 del Artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071. En caso de existir Controversias Técnicas, serán sometidas a arbitraje de conciencia, conforme a lo previsto en el Numeral 3 del Artículo 57 y 73 del indicado Decreto Legislativo. Las reglas para ambos tipos de arbitraje son las que se señala a continuación.

Si las Partes no se pusiesen de acuerdo, dentro del plazo de trato directo, respecto de si el conflicto o controversia suscitada es una Controversia No Técnica o una Controversia Técnica, o si el conflicto tiene componentes de Controversia Técnica y Controversia No Técnica, en este caso, tal conflicto o incertidumbre deberá ser considerado como una Controversia No Técnica y será resuelto conforme al arbitraje de derecho.

- (b) Las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje serán las del centro de arbitraje nacional elegido por las Partes, según lo previsto en el último párrafo del presente Numeral y, a cuyas normas, se someten en forma incondicional, siendo de aplicación supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje, modificatorias, ampliatorias y conexas. Los árbitros se encontrarán facultados para suplir cualquier vacío respecto de la normativa antes mencionada.
- (c) El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima y será conducido en idioma castellano. La solución de las controversias se realizará de conformidad con las Leyes peruanas aplicables.
- (d) El arbitraje lo conducirá un panel de tres (3) árbitros. Cada Parte designará un árbitro. El tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal, será designado por acuerdo de los otros dos árbitros seleccionados por las Partes. Si una de las Partes no designa su árbitro dentro de los diez (10) Días contados a partir de la notificación del pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y, en tal virtud, el árbitro será nombrado por el centro de arbitraje elegido, a solicitud de cualquiera de las Partes. Si los dos árbitros nombrados no llegan a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro, dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la fecha de nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado, a solicitud de cualquiera de las Partes, por el centro de arbitraje elegido.
- (e) Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable y produce efectos de cosa juzgada. En consecuencia, las Partes renuncian a los recursos de apelación, casación o cualquier otro recurso impugnatorio contra el laudo arbitral y declaran que éste será obligatorio, de definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata, salvo se den las causales taxativamente previstas en los Artículos 62° y 63° del Decreto Legislativo N° 1071, según sea aplicable.
- (f) Todos los gastos que irrogue la resolución de la controversia sometida al arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de la misma, serán cubiertos por la parte vencida. Igual regla se aplica en caso la parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. Si el procedimiento finaliza sin un pronunciamiento sobre el fondo de las

pretensiones, por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Asimismo, en caso que el laudo favoreciera parcialmente las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá la distribución de los referidos gastos. Se excluyen de lo dispuesto en esta cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una parte de manera individual.

Sin perjuicio de lo previsto en los literales precedentes, las Partes podrán acordar el sometimiento de sus controversias a un centro de arbitraje distinto al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. A falta de acuerdo entre las Partes, el arbitraje será sometido al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

9. En la Cláusula 20 del Contrato de Concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y asignación del Bloque C de la Banda 698 - 806 MHz a nivel nacional (en adelante, "CONTRATO 3") celebrado entre el MTC y Telefónica el 20 de julio de 2016, consta el siguiente convenio arbitral:

CLÁUSULA 20

SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

20.1 Leyes y Disposiciones Aplicables

Las Partes han negociado, redactado y suscrito el Contrato con arreglo a las Leyes y Disposiciones Aplicables, incluidas en el numeral 1.5 de las Bases. Por tanto, expresan que el contenido, ejecución, conflictos y demás consecuencias que de él se originen, se regirán por la citada normativa, la misma que las Partes declaran conocer y acatar.

En consecuencia, la Sociedad Concesionaria renuncia irrevocable e incondicionalmente a cualquier reclamación diplomática con relación al presente Contrato.

20.2 Controversias entre las partes

(a) Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, con excepción de aquellas materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las Autoridades Gubernamentales, será resuelta amistosamente por las Partes, dentro del plazo de quince (15) Días contados a partir de que una Parte comunique a la otra, por escrito, la existencia del conflicto de incertidumbre de relevancia jurídica. Asimismo, en cualquier momento de la etapa de trato directo las Partes podrán acordar la intervención de un tercero neutral, denominado Amigable Compondedor, quien será designado por las Partes de manera directa o por delegación por el centro de conciliación elegido de común acuerdo. El Amigable Compondedor propondrá una fórmula de solución de controversias, que de ser aceptada de manera parcial o total por las Partes, producirá los efectos legales de una transacción y, en consecuencia, la calidad de cosa juzgada y exigible. Solo pueden someterse al procedimiento de Amigable Compondedor las controversias que pueden someterse a arbitraje, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071. Los aspectos relacionados entre otros temas, al procedimiento, designación, posiciones de las partes, informe y audiencia de exposición, acuerdos sobre la propuesta de solución, representación del Estado, plazos, comunicaciones, documentos y declaraciones, así como los requisitos, impedimentos y obligación de reserva del Amigable Compondedor se regularán por lo previsto en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF. En caso que las partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio, se someterán incondicionalmente a arbitraje de derecho, tratándose de Controversias No Técnicas, conforme a lo previsto en los numerales 1 y 2 del Artículo 73 del Decreto Legislativo N° 1071. En caso de existir Controversias Técnicas, serán sometidas a arbitraje de conciencia, conforme a lo previsto en el numeral 3 del Artículo 57 y 73 del indicado Decreto Legislativo. Las reglas para ambos tipos de arbitraje son las que se señala a continuación. Podrán someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición de las partes, conforme a lo señalado en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071.

Si las Partes no se pusiesen de acuerdo, dentro del plazo de trato directo, respecto de si el conflicto o controversia suscitada es una Controversia No

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071.

Si las Partes no se pusiesen de acuerdo, dentro del plazo de trato directo, respecto de si el conflicto o controversia suscitada es una Controversia No Técnica o una Controversia Técnica, o si el conflicto tiene componentes de Controversia Técnica y Controversia No Técnica, en este caso, tal conflicto o incertidumbre deberá ser considerado como una Controversia No Técnica y será resuelto conforme al arbitraje de derecho.

- (b) Las reglas de procedimiento aplicables al arbitraje serán las del centro de arbitraje nacional elegido por las Partes, según lo previsto en el último párrafo del literal (f) y, a cuyas normas, se someten en forma incondicional, siendo de aplicación supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje incluyendo sus normas modificatorias, ampliatorias y conexas o cualquier otra que la reemplace. Los árbitros se encontrarán facultados para suplir cualquier vacío respecto de la normativa antes mencionada.
- (c) El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima y será conducido en idioma español. La solución de las controversias se realizará de conformidad con las Leyes peruanas aplicables.
- (d) El arbitraje lo conducirá un panel de tres (3) árbitros, cada Parte designará un árbitro. El tercer árbitro, quien presidirá el Tribunal, será designado por acuerdo de los otros dos árbitros seleccionados por las Partes. Si una de las Partes no designa su árbitro dentro de los diez (10) Días contados a partir de la notificación del pedido de nombramiento, se considerará que ha renunciado a su derecho y, en tal virtud, el árbitro será nombrado por el centro de arbitraje elegido, a solicitud de cualquiera de las Partes. Si los dos árbitros nombrados no llegan a un acuerdo sobre el nombramiento del tercer árbitro, dentro de los diez (10) Días Calendario siguientes a la fecha de nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado, a solicitud de cualquiera de las Partes, por el centro de arbitraje elegido.
- (e) Las Partes acuerdan que el laudo que emita el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable y produce efectos de cosa juzgada. En consecuencia, las Partes renuncian a los recursos de apelación, casación o cualquier otro recurso impugnatorio contra el laudo arbitral y declaran que éste será obligatorio, de definitivo cumplimiento y de ejecución inmediata, salvo se den las causales taxativamente previstas en los Artículos 62° y 63° del Decreto Legislativo N° 1071, según sea aplicable.
- (f) Todos los gastos que irrogue la resolución de la controversia sometida al arbitraje, incluyendo los honorarios de los árbitros que participen en la resolución de la misma, serán cubiertos por la parte vencida. Igual regla se aplica en caso la parte demandada o reconvenida se allane o reconozca la pretensión del demandante o del reconviniente. También asumirá los gastos el demandante o el reconviniente que desista de la pretensión. Si el procedimiento finaliza sin un pronunciamiento sobre el fondo de las pretensiones, por causa de transacción o conciliación, los referidos gastos serán cubiertos en partes iguales por el demandante y el demandado. Asimismo, en caso que el laudo favoreciera parcialmente las posiciones de las Partes, el Tribunal Arbitral decidirá la distribución de los referidos gastos. Se excluyen de lo dispuesto en esta cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una parte de manera individual. El Concedente, para efectos de conformar el Tribunal observará las disposiciones establecidas en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1224 aprobado por Decreto Supremo N° 410-2015-EF.

Sin perjuicio de lo previsto en los literales precedentes, las Partes podrán acordar el sometimiento de sus controversias a un centro de arbitraje distinto al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. A falta de acuerdo entre las Partes, el arbitraje será sometido al Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima.

- (g) Las disposiciones, establecidas en la presente cláusula y en las Leyes y Disposiciones Aplicables, sobre el Amigable Compondor, Arbitraje y sus procedimientos, instituciones elegibles, plazos y condiciones, no son de aplicación cuando se trate de controversias internacionales de inversión conforme a lo dispuesto en la Ley N° 28933, Ley que establece el Sistema de Coordinación y Respuesta del Estado en Controversia Internacionales de Inversión.
- (h) No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

establecidos en la presente cláusula, las decisiones del OSIPTEL u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa.

- (i) Tratándose de supuestos distintos a los establecidos en el literal (h) precedente, los árbitros tienen la obligación de permitir la participación del OSIPTEL para los procesos arbitrales en los que se discutan decisiones y materias vinculadas a la competencia del OSIPTEL. En estos casos, el OSIPTEL debe actuar bajo el principio de autonomía establecido en la Ley N° 27332, el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC y la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

20.3 Controversias con Otros Prestadores de Servicios

Todas las controversias que surjan con otros operadores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y que versen sobre materias no arbitrables o cuya resolución sea de competencia exclusiva de OSIPTEL, serán sometidas al procedimiento establecido en el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas de OSIPTEL o normas que la modifiquen, sustituyan o complementen.

Respecto de las demás materias o de aquellas susceptibles de someterse a arbitraje, la Sociedad Concesionaria declara expresamente y de forma anticipada su voluntad de someter a arbitraje cualquier controversia surgida entre ella y otro operador de Servicios Públicos de Telecomunicaciones, en los mismos términos expresados en la Cláusula anterior. En caso que los otros operadores de Servicios Públicos de Telecomunicaciones no acepten el arbitraje, serán de aplicación las normas contenidas en el Reglamento de OSIPTEL y en el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas de OSIPTEL o normas que la modifiquen, sustituyan o complementen.

10. Los tres contratos en conjunto son denominados, en adelante, los "CONTRATOS".

11. Ninguna de las partes ha objetado la acumulación de reclamos respecto de los CONTRATOS, verificando este Tribunal Arbitral que los convenios arbitrales son compatibles.

12. Son partes en el arbitraje:

REGLAS DEFINITIVAS DEL PROCESO

I. Partes, Representantes y Abogados

1. Son partes en el arbitraje:

A. DEMANDANTE

Denominación:	TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
R.U.C.:	20100017491
Dirección:	Jr. Domingo Martínez Luján N° 1130, Surquillo – Lima
Representantes:	Christiann Hudtwalcker Zegarra Luisa Vanessa Cisneros Torres

Abogados:

Baxel Consultores

Christian Chávez Verástegui
Juan Chang Tokushima
Lucero García Silva
Mario Fernando Drago Alfaro
Raffo Velásquez Meléndez
Axel Valverde
Kevin Alarcon Chunga

Direcciones
electrónicas:

christiann.hudtwalcker@telefonica.com
vanessa.cisneros@telefonica.com
cchavez@baxel.pe
jchang@baxel.pe
mdrago@baxel.pe
rvelasquez@baxel.pe
avalverde@baxel.pe
lgarcia@baxel.pe
kalarcon@baxel.pe

Domicilio procesal:

Av. Antonio Miroquesada (Ex Av. Juan De Aliaga) N° 425, Oficina 206, Prisma Business Tower, Magdalena del Mar - Lima

B. DEMANDADOS

Denominación:

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES

R.U.C.:

20131379944

Dirección:

Jr. Zorritos N° 1203, Edificio Circular, Primer Piso, Cercado de Lima - Lima

Representante:

David Aníbal Ortiz Gaspar

Abogados:

Asiselo Esteban Quispe Ricaldi
Daniel Gonzales Descire
Cortez Pérez Humberto
William Leiva Viteri
Jesenia Jiménez Uceda
Karen Giuliana Loarte Florez
Karen María Anzualdo Ríos
Katerin Patricia Rivera Shuan
Kreslin Arrea Sánchez
Verónica Cano Laime

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

Direcciones electrónicas:	dortiz@mtc.gob.pe vcano@mtc.gob.pe aquisper@mtc.gob.pe arbitraje2020@mtc.gob.pe
Domicilio procesal:	Jr. Zorritos N° 1203, Edificio Circular, Primer Piso, Cercado de Lima – Lima
Denominación:	ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES-OSIPTEL
R.U.C.:	20216072155
Dirección:	Calle De La Prosa N° 136, San Borja - Lima
Representante:	Kelly Silvana Minchán Antón
Abogados:	Henry Edward Bravo Chuquillanque Lourdes Gutiérrez Quintana Luis Felipe Sáez Montoya Reynaldo Bustamante Alarcón (asesor externo)
Direcciones electrónicas:	procuraduriapublica@osiptel.gob.pe kminchan@osiptel.gob.pe
Domicilio procesal:	Calle De La Prosa N° 136, San Borja – Lima

II.2 INICIO DEL PROCESO Y REGLAS APLICABLES

Inicio del Proceso Arbitral y designación de los Árbitros

13. Surgidas las controversias, las partes designaron a sus árbitros. TELEFÓNICA designó al abogado José Antonio Moreno Rodríguez. El MTC y OSIPTEL nombraron al abogado Gonzalo García Calderón Moreyra. Los co árbitros nombraron como presidente del Tribunal Arbitral al abogado Fernando Cantuarias Salaverry.
14. El 26 de julio de 2022, OSIPTEL recusó al Presidente del Tribunal Arbitral. El 5 de agosto de 2022, el MTC hizo lo propio.
15. El Consejo Superior de Arbitraje del CENTRO, mediante Resolución N° 160-2022/CSA-CA-CCL de 21 de setiembre de 2022, declaró infundadas las recusaciones.

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

Reglas del Arbitraje

16. Mediante Orden Procesal N° 1 de 22 de julio de 2022, el Tribunal Arbitral propuso a las partes las reglas aplicables a este arbitraje (en adelante, "Reglas del Proceso").
17. Luego de escuchar a las partes y de sostener una reunión virtual con ellas, mediante Orden Procesal N° 2 de 15 de agosto de 2022, se aprobaron las Reglas aplicables a este arbitraje.
18. Mediante Orden Procesal N° 3 de 5 de setiembre de 2022, se aprobó el Calendario Procesal Provisional siguiente:

ANEXO N° 1 CALENDARIO PROCESAL PROVISIONAL

N°	Actuación	Partes / Tribunal Arbitral	Fecha
1	Presentación de memorial de demanda	Parte demandante	A más tardar el 26 de octubre de 2022
2	Presentación de memorial de contestación a la demanda y/o reconvencción (*)	Parte demandada	A más tardar el 9 de enero de 2023
3	Presentación de memorial de Contestación a la reconvencción	Parte demandante	A más tardar el 20 de marzo de 2023
4	Presentación de Memorial final	Partes	A más tardar el 19 de abril de 2023
5	Audiencia de Ilustración	Partes y Tribunal Arbitral	Miercoles 10 de mayo de 2023
6	Audiencia de Pruebas	Partes y Tribunal Arbitral	Lunes 5, Martes 6 y Miercoles 7 de junio de 2023
7	Audiencia de Informes Orales	Partes y Tribunal Arbitral	Miercoles 21 de junio de 2023

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

8	Presentación de memorial de cierre y liquidación de costos	Partes	A más tardar el 20 de julio de 2023
9	Cierre de las actuaciones	Tribunal Arbitral	Mediante Orden Procesal, dentro de los cinco (5) días hábiles de la presentación de los memoriales de cierre y liquidación de costos.
10	Laudo final	Tribunal Arbitral	Hasta cincuenta (50) días hábiles de fijar el plazo para laudar.

(*) Si la parte demandada no presenta reconvencción, el Tribunal Arbitral coordinará con las partes el reacomodo de las fechas previstas.

19. Al respecto, se deja constancia de que ninguna de las partes ha impugnado o reclamado contra el contenido de las Reglas aplicables a este arbitraje, dando su conformidad a cumplir con sus disposiciones.

El Convenio Arbitral y la Competencia del Tribunal Arbitral

20. Conforme a los convenios arbitrales pactados en los CONTRATOS, el presente arbitraje es uno nacional, institucional y de derecho.

II.3 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

21. El Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
22. El Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que en el proceso arbitral se ha actuado de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43 de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias”.

II.4. ESCRITOS POSTULATORIOS

23. El 26 de octubre de 2022, TELEFÓNICA presentó su memorial de demanda, pretendiendo lo siguiente:

- **Primera Pretensión Principal:** Se declare que, conforme a lo pactado en las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000, las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C, y a la legislación aplicable, a Telefónica del Perú no le es exigible el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional", pues estos no forman parte de las Bases Imponibles.

Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Se declare que la inclusión de los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional" en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel constituye un incumplimiento contractual.

Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Para los casos en que Telefónica ya haya pagado el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", se ordene a las Demandadas pagar a Telefónica un monto indemnizatorio ascendente a S/ 3'160,180.00 (Tres millones ciento sesenta mil ciento ochenta y 00/100 soles)⁶, adicionando intereses legales.

Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal:

Para los casos en los que Telefónica aún no haya pagado el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", se ordene a las Demandadas cesar cualquier acto dirigido a cobrar los montos por estos conceptos, incluyendo sus intereses.

Cuarta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Que se declare que Telefónica tiene derecho a ser indemnizada por el monto equivalente al que se vea obligada a pagar (tratándose de pagos pendientes o por determinar en el futuro) por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", en aquellos casos en que las Demandadas los continúen incorporando en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.

Quinta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: Se declare que, al no corresponder el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional" (tanto para años anteriores como para el futuro), tampoco corresponde la actualización de la deuda ni la aplicación de intereses.

- **Segunda Pretensión Principal:** Se declare que, conforme a lo pactado en las Cláusulas 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C y la Cláusula 22.1 del Contrato Tele 2000, el régimen aplicable a Telefónica del Perú para el pago a cuenta con retraso del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel es el contenido en el artículo 33 del Código Tributario.

Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: Se declare que la aplicación de una tasa de interés moratorio (TIM) distinta a la establecida en el artículo 33 del Código Tributario para los pagos a cuenta del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel constituye un incumplimiento contractual.

Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: Se declare que la TIM exigible a cualquier retraso de pago a cuenta de Telefónica correspondiente al pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, conforme al Contrato de Concesión y el Código Tributario, es la tasa que establezca la Sunat.

Tercera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal: Se ordene a las Demandadas cesar cualquier acto dirigido a cobrar intereses moratorios distintos al tipo y tasa de interés previstos en el artículo 33 del Código Tributario para los pagos a cuenta del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.

Cuarta Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal:

Que se declare que Telefónica tiene derecho a ser indemnizada por el monto equivalente al que se vea obligada a pagar (tratándose de pagos a cuenta pendientes o por determinar en el futuro), en aquellos casos en que las Demandadas los continúen cobrando intereses moratorios distintos al del tipo y tasa establecidos en el artículo 33 del Código Tributario.

- **Tercera Pretensión Principal:** Se ordene a las Demandadas asumir todos los gastos y costos y costas de este proceso arbitral.

24. El 9 de enero de 2023, el MTC presentó su memorial de Objeción al arbitraje, formulación de excepciones y contestación de demanda. Además, solicitó se incorpore a este arbitraje a PRONATEL y se opuso a la exhibición de documentos solicitados por TELEFÓNICA.

25. El 9 de enero de 2023, OSIPTEL presentó su memorial de Contestación, oportunidad en la que propuso la improcedencia de la demanda y formuló excepciones. También se opuso a la exhibición de documentos solicitados por TELEFÓNICA.

26. El 16 de enero de 2023, TELEFÓNICA solicitó la exclusión del memorial de contestación de demanda y excepciones presentado por el MTC, objetó el Informe Pericial presentado por OSIPTEL y alegó la violación por parte del MTC del deber de confidencialidad. El 19 de enero de 2023, el MTC manifestó lo conveniente a su derecho.

27. El 20 de enero de 2023, TELEFÓNICA solicitó la no incorporación de PRONATEL al arbitraje y absolvió las objeciones presentadas en contra de su solicitud de exhibición de documentos presentada en su memorial de demanda arbitral. El 20 de enero de 2023, OSIPTEL manifestó su conformidad de que se incorpore a este arbitraje a PRONATEL.

28. El 20 de enero de 2023, TELEFÓNICA indicó al Tribunal Arbitral que en su escrito de objeción solicitó requerir al Doctor Alejandro Moscol que revele la totalidad de casos en los que ha participado como funcionario o abogado del OSIPTEL, y en los que TELEFÓNICA haya sido una de las partes.

29. El 24 de enero de 2023, OSIPTEL absolvió la objeción formulada por TELEFÓNICA a su Informe Pericial, agregando como Anexo una carta del perito y manifestó lo conveniente a su derecho en lo referido a la alegada violación al deber de confidencialidad.

30. Mediante Orden Procesal N° 4 de 2 de febrero de 2023, el Tribunal Arbitral resolvió todos estos incidentes, disponiendo lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la oposición presentada por el MTC y OSIPTEL en contra del pedido de exhibición de Telefónica, en los extremos que se detallan en el numeral 17 de la presente Orden Procesal.

OSIPTEL deberá exhibir el Informe No. 11 GT/95 de la Gerencia Técnica de Osiptel dentro de los cinco (5) días hábiles de notificada esta Orden Procesal.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la solicitud presentada por el MTC, en lo referido a la inclusión del PRONATEL al presente arbitraje como parte no signataria.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la solicitud presentada por Telefónica, en lo referido a la no admisión del memorial de contestación de demanda y excepciones presentado por el MTC con fecha 10 de enero de 2023.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la solicitud presentada por Telefónica, en lo referido a la exclusión del Informe Pericial presentado por OSIPTEL.

31. El 9 de febrero de 2023, TELEFÓNICA reconsideró, en parte, la Orden Procesal N° 4. En la misma fecha, el MTC y OSIPTEL hicieron lo propio.

32. Luego de que todas las partes absolvieron el respectivo traslado el 16 de febrero de 2023, mediante Orden Procesal N° 5 de 22 de febrero de 2023, el Tribunal Arbitral dispuso lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la reconsideración de Telefónica acerca del pedido de exhibición del Anexo A-114.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la reconsideración del MTC sobre la incorporación del PRONATEL como codemandado del presente arbitraje.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la reconsideración de Telefónica sobre la admisión de la contestación de demanda presentada por el MTC con fecha 10 de enero de 2023.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la reconsideración de Telefónica de la admisión del Informe Pericial presentado por OSIPTEL.

33. El 20 de marzo de 2023, TELEFÓNICA presentó su memorial de Contestación a las Excepciones y Objeciones de Jurisdicción.

34. Mediante escritos presentados el 7 y 16 de marzo de 2023, respectivamente, el MTC solicitó la emisión de un laudo parcial. Mediante escrito de 10 de marzo de 2023, TELEFÓNICA se opuso.

35. Mediante Orden Procesal N° 6 de 27 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral desestimó la emisión de un laudo parcial. El MTC reconsideró esta decisión. Luego de que las demás partes se manifestaran, mediante Orden Procesal N° 7 de 14 de abril de 2023, se declaró infundada la reconsideración propuesta por el MTC.
36. Tal como está previsto en el Calendario Procesal Provisional, el 19 de abril de 2023, TELEFÓNICA, el MTC y OSIPTEL presentaron sus respectivos memoriales postulatorios finales.
37. En su memorial postulatorio final, OSIPTEL dedujo una nueva excepción de cosa juzgada. Mediante escrito de 4 de mayo de 2023, TELEFÓNICA absolvió el traslado.
38. Mediante escrito de 15 de mayo de 2023, OSIPTEL formuló un pedido de exclusión contra ciertos argumentos vertidos por TELEFÓNICA en su memorial postulatorio final, así como de los medios probatorios presentados como anexos a dicho memorial.
39. Escuchadas las partes, mediante Orden Procesal N° 9 de 25 de mayo de 2023, el Tribunal Arbitral declaró improcedente el pedido de OSIPTEL.
40. Mediante escrito de 30 de mayo de 2023 de OSIPTEL y de 31 de mayo de 2023 del MTC, se reconsideró la Orden Procesal N° 9.
41. Escuchada la contraparte, mediante Orden Procesal N° 10 de 12 de junio de 2023, el Tribunal Arbitral declaró infundada la reconsideración.

II.5 ACTUACIONES POSTERIORES

42. Mediante Orden Procesal N° 6 de 27 de marzo de 2023, el Tribunal Arbitral dispuso:

PRIMERO: INVITAR a las partes a realizar una propuesta conjunta de agenda de las Audiencias que constan en el Calendario Procesal Provisional y, de ser posible, de las reglas que consideren pertinentes para el desarrollo del interrogatorio de peritos y otros que estimen pertinentes someter a consideración de este Colegiado, a más tardar el 15 de abril de 2023.
43. Mediante correo electrónico de 10 de abril de 2023, el Tribunal Arbitral, con la finalidad de colaborar con las partes en la confección de la agenda de la Audiencia, propuso a las partes la celebración de una reunión virtual de coordinación para el día martes 18 de abril de 2023 a las 11:00 am.
44. El 18 de abril de 2023, se realizó la reunión virtual de coordinación, en la cual el Tribunal Arbitral y las partes acordaron la agenda de las Audiencias establecidas mediante Orden Procesal N° 3.

45. Mediante correo electrónico de 19 de abril de 2023, el Presidente del Tribunal Arbitral consultó con las partes la posibilidad de llevar adelante la Audiencia de Informes Orales el 20 de junio de 2023 a las 2PM. Las partes mediante sendos correos electrónicos confirmaron su disponibilidad.
46. Mediante Orden Procesal N° 8 de 27 de abril de 2023, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de las partes la Agenda establecida para las Audiencias de Ilustración, Pruebas y de Informes Orales, así como las reglas adicionales para su realización.
47. Las Audiencias que se celebraron conforme a los términos acordados entre el Tribunal Arbitral y las partes, han sido las siguientes:

I. ACTUACIONES EN LA AUDIENCIA

1. La secuencia de las actuaciones durante la Audiencia será la siguiente:

a) **Miércoles 10 de mayo de 2023: Audiencia de Ilustración**

La Audiencia de Ilustración iniciará a las 9:00 a.m. vía Plataforma Zoom. Cada parte contará con 120 minutos para presentar sus argumentos de forma y fondo, distribuidos de la siguiente manera:

Forma

- Parte demandada: El MTC y OSIPTEL contarán con 60 minutos para exponer sus argumentos de forma, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.
- Parte demandante: TELEFONICA contará con 60 minutos para exponer sus argumentos de forma.

Fondo

- Parte demandante: TELEFONICA contará con 60 minutos para exponer sus argumentos de fondo.
- Parte demandada: El MTC y OSIPTEL contarán con 60 minutos para exponer sus argumentos de fondo, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

b) Lunes 5, Martes 6 y Miércoles 7 de junio de 2023: Audiencia de Pruebas

Al inicio de su intervención, cada perito deberá proporcionar un breve resumen de sus antecedentes personales y profesionales. A efectos de la exposición, el experto podrá hacer uso de una presentación en Power Point y/o similares.

Reglas adicionales:

Lunes 5 de junio de 2023

- La Audiencia iniciará a las 11:00 a.m. vía Plataforma Zoom, en la cual se realizará la exposición del perito legal Ramón Huapaya Tapia, quien contará con 45 minutos para exponer.

TELEFONICA contará con 30 minutos para el interrogatorio directo.

MTC y OSIPTEL contarán con 30 minutos para el interrogatorio cruzado, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFONICA contará con 15 minutos para el interrogatorio re directo.

MTC y OSIPTEL contarán con 15 minutos para el interrogatorio re cruzado, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

Martes 6 de junio de 2023

- La Audiencia iniciará a las 9:00 a.m. vía Plataforma Zoom, en la cual se realizará la exposición del perito AXON Consulting, quien contará con 45 minutos para exponer.

TELEFONICA contará con 30 minutos para el interrogatorio directo.

MTC y OSIPTEL contarán con 30 minutos para el interrogatorio cruzado, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFONICA contará con 15 minutos para el interrogatorio re directo

MTC y OSIPTEL contarán con 15 minutos para el interrogatorio re cruzado, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

- A continuación, se realizará la exposición del perito legal Alejandro Moscol Salinas, quien contará con 45 minutos para exponer.

MTC y OSIPTEL contarán con 30 minutos para el interrogatorio directo, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFONICA contará con 30 minutos para el interrogatorio cruzado.

MTC y OSIPTEL contarán con 15 minutos para el interrogatorio re directo, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFÓNICA contará con 15 minutos para el interrogatorio re cruzado.

Miércoles 7 de junio de 2023

- La Audiencia iniciará a las 9:00 a.m. vía Plataforma Zoom, en la cual se realizará la exposición del perito KPMG, el cual contará con 45 minutos para exponer.

TELEFONICA contará con 30 minutos para el interrogatorio directo.

MTC y OSIPTEL contarán con 30 minutos para el interrogatorio cruzado, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFONICA contará con 15 minutos para el interrogatorio re directo

MTC y OSIPTEL contarán con 15 minutos para el interrogatorio re cruzado, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

- A continuación, se realizará la exposición del perito TS ASESORES, el cual contará con 45 minutos para exponer.

MTC y OSIPTEL contarán con 30 minutos para el interrogatorio directo, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFONICA contará con 30 minutos para el interrogatorio cruzado.

MTC y OSIPTEL contarán con 15 minutos para el interrogatorio re directo, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

TELEFÓNICA contará con 15 minutos para el interrogatorio re cruzado.

c) Martes 20 de junio de 2023: Audiencia de Informes Orales

La Audiencia de Informes Orales iniciará a las 2:00 p.m. vía Plataforma Zoom. Cada parte contará con 120 minutos para exponer sus argumentos finales, distribuidos de la siguiente manera:

Argumentos:

- Parte demandante: TELEFONICA contará con 90 minutos para exponer sus argumentos de cierre.
- Parte demandada: El MTC y OSIPTEL contarán con 90 minutos para exponer sus argumentos de cierre, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

Réplica y Dúplica:

- Parte demandante: TELEFONICA contará con 30 minutos para su réplica.
- Parte demandada: El MTC y OSIPTEL contarán con 30 minutos para su dúplica, los cuales deberán repartirse a su propia discreción.

48. Durante la Audiencia de 7 de junio de 2023, el MTC informó que no participaría de la misma el perito TS ASESORES. El 9 de junio de 2023, el MTC informó que el perito no contaba con un vínculo contractual vigente con la Entidad al 7 de junio de 2023 y que a esa fecha no se había emitido la Orden de Servicio. Una vez escuchada la contraparte, mediante Orden Procesal N° 11 de 19 de junio de 2023, el Tribunal Arbitral dispuso prescindir de la presentación del perito de TS ASESORES en Audiencia, sin perjuicio de que este Colegiado valorará este medio probatorio en el laudo que emita, de corresponder.

49. Al final de la Audiencia de Informes Orales de 20 de junio de 2023, el Tribunal Arbitral recordó a las partes que, a más tardar el 20 de julio de 2023, debían presentar su memorial de cierre y sus costos.

50. El 4 de julio de 2023, TELEFÓNICA ofreció el mérito de: (i) la Resolución de Observancia Obligatoria No. 04777-12-2023; (ii) el Informe de Sala Plena; y (iii) el Acuerdo Plenario 2023-02 del Tribunal Fiscal.
51. Corrido traslado, el MTC y OSIPTEL se pronunciaron el 7 de julio de 2023, opinando sobre el fondo de los documentos ofrecidos como prueba por su contraria.
52. Mediante correo electrónico de 14 de julio de 2023, el Tribunal Arbitral hizo saber a las partes que, al no existir oposición, se admitían los medios probatorios ofrecidos por TELEFÓNICA, sin perjuicio de considerar, de resultar pertinente, los argumentos de las partes acerca de su pertinencia y valor probatorio.
53. Tal y como fue acordado entre el Tribunal Arbitral y las partes, el 20 de julio de 2023, las partes presentaron sus memoriales de cierre, así como sus respectivas declaraciones de costos. El 24 de julio de 2023, OSIPTEL se pronunció acerca de la declaración de costos de TELEFÓNICA. El 25 de julio de 2023, el MTC hizo lo propio.
54. Este Colegiado mediante Orden Procesal N° 12 de 31 de julio de 2023, dispuso cerrar las actuaciones y proceder a laudar dentro de los cincuenta (50) días hábiles siguientes; plazo que vencerá el próximo 10 de octubre de 2023.
55. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo reglamentario correspondiente.

CONSIDERANDO:

III. CUESTIONES PRELIMINARES

56. Antes de ingresar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:
- Este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, el reglamento de arbitraje aplicable y la Ley de Arbitraje.
 - Las partes presentaron sus respectivos memoriales postulatorios, habiendo ejercitado plenamente sus derechos de defensa.
 - Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas oportunamente y se ha realizado la Audiencia, a efectos de que las partes sustenten en profundidad sus posiciones.
 - Las partes han ejercitado la facultad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente.
 - El Tribunal Arbitral está procediendo a laudar dentro del plazo dispuesto en el presente proceso arbitral.

IV. ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LOS DEMANDADOS

57. Los DEMANDADOS han planteado objeciones y excepciones dirigidas contra todas o varias de las pretensiones de TELEFÓNICA.
58. Sobre este particular, el Tribunal Arbitral estima pertinente hacer una breve aproximación en torno al concepto de excepción, a efectos de ofrecer claridad respecto a dicha figura jurídica.
59. CARNELUTTI la define como la *“razón especial de la oposición del demandado a la pretensión del demandante, manifestada en forma activa, y por tanto, una contra razón frente a la razón de la pretensión del demandante”*¹.
60. Por su parte, COUTURE concibe a la excepción como *“el poder jurídico de que se haya investido el demandado, que le habilita para oponerse a la acción promovida contra él”*².
61. DEVIS ECHANDÍA afirma, por su parte, que *“la excepción es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa en general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho, que persigan destruirla o modificarla o aplazar sus efectos”*³.
62. Asimismo, MONROY sostiene que la excepción es una modalidad de defensa, que se enfoca en la existencia de vicios, pues denuncia la ausencia o imperfección de presupuestos procesales en la demanda⁴.
63. De esta manera, se entiende que las excepciones procesales son herramientas a través de las cuales el demandado formula su defensa frente a las pretensiones del demandante, poniendo de manifiesto la existencia de una

¹ CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil, t. II, Buenos Aires, Utthea, 1994, p. 26.

² COUTURE, E. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 4ª edición, editorial IB de F, Montevideo, 2010, p. 73.

³ DEVIS ECHANDÍA, H. Teoría general del Proceso. Tomo I, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984, p. 264.

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan. Las excepciones en el código procesal civil peruano. En Revista de Derecho Themis N° 27-28, 1997, pp. 120-122.

relación jurídica procesal inválida⁵ o la inexistencia de las condiciones de la acción⁶, con la finalidad de paralizar el ejercicio de la acción o dejarla sin efectos.

64. Ciertamente, con el ejercicio de las excepciones procesales, el demandado se opone a la demanda en su conjunto o a determinadas pretensiones contenidas en la misma, señalando aquellos defectos que se pudieran advertir y que, por consiguiente, invalidarían la acción del demandante.

65. Ahora bien, en el campo del Arbitraje, la Ley de Arbitraje peruana establece sobre este particular lo siguiente:

“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

*1. El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, **incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje** relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o **por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia**. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales”. (En énfasis es nuestro)*

66. En el presente caso, las objeciones y excepciones que han planteado los DEMANDADOS y que serán resueltas seguidamente, alegan la incompetencia de este Tribunal Arbitral para resolver todas o algunas de las pretensiones (materias) propuestas por TELEFÓNICA.

67. A efectos de dar respuesta a estas solicitudes, el Tribunal Arbitral tendrá en debida consideración, lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 41 de la Ley de Arbitraje:

“2. El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral

⁵ La teoría más aceptada por la doctrina respecto a la naturaleza jurídica de los presupuestos procesales señala que estos son los elementos o requisitos básicos y necesarios para la existencia de una relación jurídica procesal válida. En ese sentido, sin presupuestos procesales habrá proceso, pero estará viciado; es decir, será un proceso defectuoso.

⁶ Según MONROY, las condiciones de la acción son los requisitos mínimos e imprescindibles para que el juzgador pueda emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo del litigio.

podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral”.

68. En ese sentido, al resolver las solicitudes de los DEMANDADOS, este Colegiado se pronunciará acerca de su competencia (en razón de la materia), considerando a los convenios arbitrales pactados por las partes como acuerdos independientes a los CONTRATOS que los contienen.

69. Las partes pertinentes de los convenios arbitrales⁷, respecto de los cuales este Colegiado deberá pronunciarse seguidamente, tienen el siguiente tenor:

CONTRATO 1:

“Sección 21.1: Controversias entre las partes

(a) **Todas las disputas que surgiesen del presente Contrato** incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación serán resueltas amistosamente por las Partes y en caso que no llegaran a un acuerdo satisfactorio se someten incondicionalmente a arbitraje de derecho conforme a las reglas que se señalan a continuación (...). (El énfasis es nuestro)

CONTRATOS 2 Y 3:

“Cláusula 20.2 Controversias entre las partes

(a) **Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación**, con excepción de aquellas materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las Autoridades Gubernamentales, será resuelta amistosamente por las Partes, dentro del plazo de (15) quince días contados a partir de que una Parte comunique a la otra, por escrito, la existencia del conflicto de incertidumbre de relevancia jurídica (...). (El énfasis es nuestro)

IV.1 OBJECIÓN AL ARBITRAJE

Posición de los DEMANDADOS

70. Esta excepción propuesta por el MTC y el OSIPTEL, se dirige contra todas las pretensiones, ya que, al tratarse de tributos, la Administración Pública es la única que puede pronunciarse válidamente, conforme a lo ordenado por el Código Tributario. Ningún tribunal arbitral peruano puede emitir pronunciamiento válido respecto de una materia tributaria. Ningún colegiado arbitral puede entrar a evaluar si los conceptos “Interconexión” y “Roaming

⁷ El texto completo de los convenios arbitrales. se ubican en los numerales 7, 8 y 9 de este Laudo.

internacional" deben o no formar parte de la base imponible de los tributos Aporte por Regulación y Derecho Especial al FITEL.

71. A continuación, se hace referencia al artículo 2 de la Ley de Arbitraje, identificándose que la materia tributaria en general (entendida como fenómeno jurídico) se sustenta en conceptos tales como: el de potestad tributaria, que por naturaleza resulta abstracto, permanente, indelegable, irrenunciable y connatural al Estado, por lo que la parte (organismo) de este que la ostenta no puede renunciar (entiéndase disponer) a ella ya que ello sería negar su naturaleza como tal. La potestad tributaria se materializa en la creación de tributos (vía ley). En tal sentido, no podrán someterse a arbitraje las controversias que tengan por contenido la afectación de esta potestad, vale decir, la posibilidad de disponer o transigir la posibilidad de la creación o modificación de tributos.
72. En la misma línea, el concepto de obligación tributaria, entre cuyos elementos esenciales se encuentran el hecho imponible o hecho generador, los sujetos, el objeto, la base imponible y la tasa o alícuota y; los que evidentemente no pueden ser dispuestos al no pertenecer al ámbito de voluntad, sino que es requisito esencial que se encuentren contenidos en la ley, es decir son obligaciones Ex lege. Por lo que, un mecanismo de solución de controversias alternativo como el arbitraje no debe aplicarse a una que verse sobre la disposición del crédito tributario o de alguno de sus elementos (indisponibilidad).
73. Por otro lado, esta parte reconoce que la posibilidad de someter a arbitraje controversias de índole tributario (incluso independientemente de la condición de la disponibilidad de la materia) implica la existencia de una norma con rango de ley que así lo autorice. En aplicación del Principio de Legalidad en materia tributaria, para cualquier actuación que realice la Administración Tributaria (entre ellas participar de un mecanismo consensual de solución de conflictos como el arbitraje) se necesita una habilitación legal taxativa que regule sus actuaciones en el mencionado fuero.
74. A partir de las pretensiones de TELEFÓNICA, se afirma que, tomando en cuenta la naturaleza tributaria del Aporte al FITEL, las dos primeras pretensiones y sus accesorias se encuentran circunscritas a materia no disponible conforme a derecho. En efecto, la primera de ellas, se encuentra referida a la disposición de un elemento esencial del referido tributo, esto es, su base imponible, pues TELEFÓNICA señala taxativamente que el Tribunal Arbitral la afecte disponiendo que determinados conceptos (Roaming internacional e Interconexión) se excluyan de esta, lo que constituye una materia indisponible conforme a derecho y; la segunda pretensión, tiene por objeto la aplicación de un régimen tributario para efectos del cálculo uno de los elementos de la deuda tributaria del Aporte al FITEL, esto es, los intereses aplicables a los pagos a cuenta, materia que importa evidente contenido

tributario, que resulta no disponible por alguna de las partes intervinientes en el presente conflicto.

75. Además, se afirma que la extensión cronológica de ambas pretensiones planteadas por TELEFÓNICA no se agota en los periodos tributarios por los que ya fue determinada la cuantía de la deuda tributaria del Aporte al FITEL (tanto por OSIPTEL y el FITEL, en los periodos en los que fueron sus administradores tributarios), sino que también alcanza a periodos tributarios en los que el PRONATEL aún no ha efectuado determinación tributaria alguna; en cuyo caso, con mayor razón se concreta la afectación al ejercicio de su potestad tributaria (de fiscalización) legítimamente otorgada por la ley (artículo 61 y siguientes del TUO del Código Tributario); por lo que en puridad lo que pretende TELEFÓNICA en este extremo de sus pretensiones es que PRONATEL renuncie a su deber de determinar el tributo que administra, esto es, de la competencia y función administrativa necesaria para el recaudo del tributo.
76. Se insiste que el TUO del Código Tributario no contiene disposición normativa que habilite el acceso al arbitraje, sino que dispone el procedimiento contencioso tributario (reclamación y apelación) y el judicial a través del contencioso administrativo y, en determinados supuestos, de nulidad de la resolución que da fin a la instancia administrativa. Sucede lo propio con la normativa sectorial con rango de ley que contiene el bloque normativo que regula al Aporte al FITEL.
77. Adicionalmente, OSIPTEL observa que ninguno de los CONTRATOS contiene una garantía de estabilidad en materia tributaria. Además, cada uno de ellos contiene una cláusula donde se estipula el sometimiento de las partes al ordenamiento jurídico peruano.
78. También se observa que, de conformidad con el artículo 63, último párrafo de la Constitución Política del Perú (en adelante, "Constitución"), las controversias que pueden ser sometidas a este arbitraje tienen que serlo "en la forma en que lo disponga la ley" (conforme a las normas legales que rigen el arbitraje).
79. En el Perú, tanto el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel son tributos (de la especie contribución). El legislador creó el Aporte por Regulación mediante el artículo 10 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos (Ley N° 27332); y el Derecho Especial al Fitel mediante el artículo 12 del T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones (texto único de la ley, que incluye sus normas modificatorias y complementarias, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC). Su naturaleza tributaria ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional (STC N° 3303-2003-AA/TC (fundamentos 4-6) y STC N° 1520-2004-AA/TC (fundamento 6 y siguientes). Lo mismo tratándose de la Corte Suprema de Justicia (Casación N° 14452-2019, Casación N° 16510-2018 y Casación N° 17772-2016, entre otras). Lo mismo ha sido reconocido por el Tribunal Fiscal (RTF N° 416-1-2009, RTF N° 17834-10-

2012 y RTF N° 13671-9-2013, entre otras). La propia TELEFÓNICA así lo ha reconocido.

80. Por tratarse de tributos, la facultad para señalar qué forma parte y qué no de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel (que es lo que se necesita para resolver la primera pretensión principal), y la facultad para establecer cuál es el régimen tributario aplicable a los pagos a cuenta con retraso de esas obligaciones (que es lo que se necesita para resolver la segunda pretensión principal), son facultades que el ordenamiento jurídico peruano confiere, de manera exclusiva y excluyente, a la Administración Pública, concretamente, a los órganos recaudadores o administradores de esos tributos. El artículo 10 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos (Ley N° 27332), creó el Aporte por Regulación con la finalidad de dotar de autonomía económica y financiera a los organismos reguladores, entre los cuales se encuentra Osiptel y expresamente dispuso que su recaudación corresponde a estos organismos, y que su pago se encuentra a cargo de las empresas y entidades bajo su ámbito. Por su parte, el artículo 12 del T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones creó el Derecho Especial al Fitel como un fondo para financiar los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares considerados de interés social. Expresamente dispuso que su administración, y por tanto recaudación, corresponde al Osiptel. Después la legislación transfirió esa competencia al MTC.

Los artículos 51, 59 y 71 del Código Tributario otorgan facultades de fiscalización y determinación de la obligación tributaria (cuál es la Base Imponible de cada uno de ellos y a cuánto asciende la cuantía de los mismos). TELEFÓNICA lo reconoce también. Estas facultades conforme al artículo 54 del Código Tributario le son propios y ninguna persona puede ejercer alguna de las facultades conferidas a los órganos administradores de tributos (como señalar la Base Imponible del Aporte por Regulación y/o del Derecho Especial al Fitel, o establecer el régimen tributario aplicable a los pagos a cuenta con retraso de ambos tributos), bajo sanción de nulidad (artículo 46, último párrafo, de la Constitución).

81. El único procedimiento previamente establecido para discutir esas cuestiones es el procedimiento contencioso tributario ante la Autoridad Administrativa (primero ante el OSIPTEL, en vía de reclamación; y luego ante el superior jerárquico, en vía de apelación, hasta llegar al Tribunal Fiscal de ser necesario); y solo en caso de desacuerdo con su decisión final el interesado podrá acudir al proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial para que revise esa decisión (artículos 124, 132, 143 y 157 del Código Tributario).

82. Por tanto, se afirma que no son de libre disposición: 1) señalar qué forma parte o qué no de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel; y 2) tampoco establecer cuál es el régimen tributario aplicable a los pagos a cuenta con retraso de esas obligaciones. Al no ser esas materias de libre disposición, no son susceptibles de arbitraje.

83. En su memorial postulatorio final, el MTC insiste en que el sustento de su Objeción al Arbitraje es que la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal y todas las pretensiones accesorias a las referidas pretensiones principales versan sobre materia no arbitrable, debido a que, respecto a ellas, al tratarse de tributos, la Administración Pública es la única que puede pronunciarse válidamente, conforme a lo ordenado por el Código Tributario. En otros términos, ningún tribunal arbitral puede emitir pronunciamiento válido respecto de una materia tributaria. Ningún colegiado arbitral puede entrar a evaluar si los conceptos “Interconexión” y “Roaming internacional” deben o no formar parte de la base imponible de los tributos Aporte por Regulación y Derecho Especial al FITELE. Por tanto, tomando en cuenta la naturaleza tributaria del Aporte al FITELE y; luego de revisar las pretensiones de TELEFÓNICA, advierte que las dos primeras pretensiones principales y sus accesorias se encuentran circunscritas a materia no disponible conforme a derecho. La primera se refiere a la disposición de un elemento esencial del referido tributo (su base imponible), puesto que TELEFÓNICA solicita que determinados conceptos (Roaming internacional e Interconexión) se excluyan de la base imponible, lo que versa sobre una materia no disponible conforme a derecho y; la segunda tiene por objeto la aplicación de un régimen tributario para efectos del cálculo uno de los elementos de la deuda tributaria del Aporte al FITELE, esto es, los intereses aplicables a los pagos a cuenta, materia que tiene evidente contenido tributario, es decir se trata de una materia no disponible para las partes intervinientes en la presente controversia.

84. En sus memoriales de cierre, el MTC y OSIPTEL insistieron en los argumentos que sustentan esta excepción.

Posición de TELEFÓNICA

85. Esta parte destaca que según los DEMANDADOS existirían distintas materias respecto de las cuales el Tribunal Arbitral no tendría jurisdicción, cuando lo cierto es que esas materias no forman parte de la demanda y, por tanto, la objeción debe ser desestimada.

86. En ese sentido, aclara que no ha cuestionado la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación ni del Derecho Especial al FITELE; no es cierto que TELEFÓNICA ha requerido al Tribunal Arbitral que ejerza facultades de *Imperium* que serían exclusivas de la Administración Tributaria; es incorrecto que TELEFÓNICA haya cuestionado las facultades públicas del OSIPTEL o del

PRONATEL para emitir las Resoluciones de Determinación o para determinar los conceptos y montos que deben ser incluidos en las bases imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al FIDEL; no es propio afirmar que TELEFÓNICA haya cuestionado las facultades del OSIPTEL o del PRONATEL para aplicar e interpretar las normas sobre la determinación de los tributos; y, por último, no tiene asidero decir que TELEFÓNICA ha solicitado que el Tribunal Arbitral ejerza facultades de un órgano administrador de tributos.

87. En ese sentido, esta parte afirma que no es controvertida la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al FIDEL. Pero aclara que esta controversia no es tributaria (no se discute si OSIPTEL y el MTC tienen o no facultades públicas en materia tributaria): “32. *Estamos ante una discusión puramente contractual que responde a las siguientes preguntas: ¿el OSIPTEL y el MTC incumplen los Contratos de Concesión al incluir como Servicios Concedidos a los Cargos de Interconexión y Roaming Internacional? ¿Los intereses aplicables son los pactados en los Contratos de Concesión?*”. Es más, afirma esta parte que: “*Estamos frente a una controversia en la que se discuten los efectos contractuales de sus actos*” (en referencia a OSIPTEL y el MTC).
88. Apelando al caso Duke Energy c. República del Perú ante el CIADI, esta parte precisa que el Tribunal Arbitral resolvió que la controversia puesta a su conocimiento era sobre si existía o no un incumplimiento de las garantías otorgadas a un inversionista (Duke) y no sobre un asunto tributario, que es precisamente lo que se está reclamando en este arbitraje (evidentemente, en el marco de un reclamo contractual y no de inversiones).
89. En ese sentido, TELEFÓNICA afirma que: “*Buscamos que el Tribunal analice una controversia derivada de los efectos contractuales de determinados asuntos tributarios. En extenso, el Tribunal debe decidir si la conducta de la contraparte vulnera o no los Contratos de Concesión al calificar como Servicios Concedidos a elementos que no califican como tales. La consecuencia, como es evidente, es una declaración a favor de Telefónica de un incumplimiento contractual por parte de las Demandadas. Esto implica, ciertamente, que se declaren contractualmente inexigibles a Telefónica los pagos que hoy se le requieren*”.
90. Precisando seguidamente que: “*42. En la práctica, las Demandadas podrán seguir ejerciendo administrativamente su poder para determinar el tributo, pero se enfrentarán a las consecuencias contractuales de no hacerlo conforme a lo pactado en los Contratos (e.g., potenciales indemnizaciones)*”.
91. Respecto a la alegada violación de facultades de ius imperium, esta parte insiste en que: “*47. (...) las pretensiones de Telefónica están destinadas -reconociendo las facultades de Osipitel- a determinar el alcance contractual de las obligaciones de las partes y los efectos contractuales que generan los actos -en este caso claramente ilegítimos- del Osipitel (y el MTC, en lo*

correspondiente). Esto, por tanto, implicará que el Tribunal Arbitral tenga jurisdicción sobre la materia en discusión”.

92. Cita para el efecto fallos arbitrales que han considerado que son competentes cuando la controversia está referida a los alcances de los acuerdos de las partes en el contrato y no sobre las funciones o atribuciones de ius imperium.

93. Respecto de su Primera Pretensión Principal, TELEFÓNICA afirma que: “54. Contrariamente a lo que señala nuestra contraparte, Telefónica no ha solicitado que sea el Tribunal Arbitral quien determine la obligación tributaria o evalúe su exigibilidad regulatoria. Mucho menos, que el Tribunal Arbitral sea quien emita o corrija una Resolución de Determinación, que son precisamente las facultades de los órganos que administran tributos (artículos 59 y 61 del Código Tributario)”. Precisando a continuación que: “56. Lo que sí ha pedido Telefónica en este proceso arbitral es que el Tribunal Arbitral interprete los Contratos de Concesión. Sin intención de reiterar lo ya dicho en nuestro Memorial de Demanda, es claro que Telefónica ha pedido al Tribunal Arbitral que interprete las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000, las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C, y la legislación aplicable integrada a los Contratos”. Culminando, afirmando que: “57. Así, nuestra pretensión no es que se declare que esos pagos son ‘tributariamente inexigibles’, sino que son ‘contractualmente inexigibles’, aspecto que son claramente distintos”.

94. Respecto de su Segunda Pretensión Principal, TELEFÓNICA aclara que no ha solicitado que el Tribunal Arbitral determine la obligación tributaria o sus componentes o que emita una Resolución de Determinación con el tipo y la tasa de interés correctos. Mucho menos que el Tribunal Arbitral actúe como órgano resolutor de controversias tributarias en el marco de un Procedimiento Contencioso-Tributario. En ese sentido, precisa que: “71. Lo que sí ha pedido Telefónica en este proceso arbitral es que el Tribunal Arbitral interprete los Contratos de Concesión. Sin intención de reiterar lo ya dicho en nuestro Memorial de Demanda, es claro que Telefónica ha pedido al Tribunal Arbitral que interprete las cláusulas 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C y la cláusula 22.1 del Contrato Tele 2000.

72. ¿Cuál será la consecuencia de esta interpretación conforme a los fundamentos de la Demanda de Telefónica? No otra, que el Tribunal Arbitral declare que, según lo pactado por partes en los Contratos de Concesión, el régimen aplicable a los pagos a cuenta con retraso del APR y del DE al Fitel es el artículo 33 del Código Tributario”.

(...)

74. ¿Qué es lo que sí resulta necesario para llegar a dicha conclusión? Que el Tribunal Arbitral interprete las cláusulas ya mencionadas y la normativa integrada a los Contratos de Concesión para determinar el régimen aplicable a los pagos a cuenta con retraso”.

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

95. Además, esta parte hace referencia a diversos fallos, en los que ha confirmado la arbitrabilidad de los efectos contractuales de las decisiones de las entidades estatales.

96. En su memorial de cierre, TELEFÓNICA insistió en los argumentos que sustentan su posición.

Decisión del Tribunal Arbitral

97. En esta objeción, lo que en esencia postulan los DEMANDADOS, es que este Tribunal Arbitral carecería de competencia para pronunciarse acerca de todas las pretensiones propuestas por TELEFÓNICA, debido a que se tratarían de materias indisponibles conforme a ley (artículo 2 de la Ley de Arbitraje). Ello por cuanto la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal y todas las pretensiones accesorias a las referidas pretensiones principales versarían sobre materia no arbitrable, debido a que, respecto a ellas, al tratarse de tributos, la Administración Pública es la única que puede pronunciarse válidamente, conforme a lo ordenado por el Código Tributario.

98. El artículo 2 de la Ley de Arbitraje dispone lo siguiente:

“Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje.

1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

99. Como bien apunta CAIVANO⁸, la noción de arbitrabilidad, *“apunta a definir (...) respecto de qué cuestiones puede pactarse el desplazamiento de la jurisdicción judicial hacia árbitros y quiénes están legalmente habilitados para hacerlo”.*

100. En este caso, no es materia discutible por las partes, que este Colegiado es competente para analizar y pronunciarse acerca de *“Todas las disputas que surgiesen del presente Contrato”* (CONTRATO 1) y de *“Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación”* (CONTRATOS 2 y 3).

101. Pues bien, basta leer el contenido de las dos pretensiones principales de la demanda de TELEFÓNICA (las demás pretensiones son accesorias a estas)⁹, para verificar que, lo que el DEMANDANTE peticona es que, conforme a los términos de los CONTRATOS, los DEMANDADOS los habrían incumplido,

⁸ CAIVANO, Roque, Arbitrabilidad y Orden Público. En Revista Foro Jurídico, p. 64, recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/13801/14425/>.

⁹ Ver numeral 23 supra.

porque no le sería exigible el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional" (Primera Pretensión Principal); y que, conforme a los términos de los CONTRATOS, el régimen de intereses para el cumplimiento de ciertas obligaciones tributarias serían los pactados en esos CONTRATOS (Segunda Pretensión Principal).

102. En ese sentido, TELEFÓNICA afirma que: *“32. Estamos ante una discusión puramente contractual que responde a las siguientes preguntas: ¿el OSIPTEL y el MTC incumplen los Contratos de Concesión al incluir como Servicios Concedidos a los Cargos de Interconexión y Roaming Internacional? ¿Los intereses aplicables son los pactados en los Contratos de Concesión?”*. Es más, afirma esta parte que: *“Estamos frente a una controversia en la que se discuten los efectos contractuales de sus actos”* (en referencia a OSIPTEL y el MTC).

103. Se trata pues, conforme a los propios términos de las pretensiones (y en esto consiste el mandato de este Tribunal Arbitral), de reclamaciones contractuales (más allá de si son o no fundadas, lo que es un tema de fondo), en las que no se discute acerca de cuestiones indisponibles o de ius imperium como afirman los DEMANDADOS.

104. En puridad, como afirma TELEFÓNICA (y en esto consiste el mandato de este Tribunal Arbitral): *“57. (...) nuestra [primera] pretensión [principal] no es que se declare que esos pagos son “tributariamente inexigibles”, sino que son “contractualmente inexigibles”, aspecto que son claramente distintos”*. Y respecto a su Segunda Pretensión Principal: *“71. Lo que sí ha pedido Telefónica en este proceso arbitral es que el Tribunal Arbitral interprete los Contratos de Concesión (...) es claro que Telefónica ha pedido al Tribunal Arbitral que interprete las cláusulas 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C y la cláusula 22.1 del Contrato Tele 2000”*.

105. En consecuencia, siendo este Colegiado plenamente competente conforme a los convenios arbitrales contenidos en los CONTRATOS, para analizar y pronunciarse acerca de pretensiones estrictamente contractuales, esta objeción se declara infundada.

IV.2 EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

Posición de los DEMANDADOS

106. Esta parte afirma que el Tribunal Arbitral carece de competencia para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo de la presente controversia, debido a que los propios convenios arbitrales, contenidos en los CONTRATOS demuestran que el Tribunal Arbitral carece de competencia para conocer las dos pretensiones principales y, por consiguiente, para resolver las pretensiones accesorias.

107. En efecto, ninguno de esos convenios arbitrales otorga al Tribunal Arbitral competencia para señalar qué forma parte y qué no de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel (que es lo que se necesita para resolver la primera pretensión principal), y tampoco le otorga competencia para determinar cuál es el régimen tributario aplicable a los pagos a cuenta con retraso de esas obligaciones (que es lo que se necesita para resolver la segunda pretensión principal). No hay una sola línea en los convenios arbitrales donde al menos sugieran esa posibilidad. Por el contrario, expresamente prohíben que se pueda someter a arbitraje esas controversias y, por ende, no le otorgan al Tribunal Arbitral la competencia para pronunciarse sobre controversias: 1) “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público” (“Contrato Tele 2000”); 2) las que no son de libre disposición conforme a derecho, por ejemplo, las “materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las Autoridades Gubernamentales” (“Contrato Bloque A” y “Contrato Bloque C”); y 3) “las decisiones del Osiptel u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa” (“Contrato Bloque C”).
108. Adicionalmente, OSIPTEL observa que el convenio arbitral del “Contrato Tele 2000” (cláusula 21) establece en su sección 21.1, literal ‘b’, la “aplicación supletoria [de] la Ley 26572, Ley General de Arbitraje” (entonces vigente). Esto significa que las partes convinieron que no podían someter a arbitraje las controversias “directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público”, por prohibirlo el artículo 1, inciso 4, de esa Ley.
109. El convenio arbitral del “Contrato Bloque A” (cláusula 20), estipula en su numeral 20.2, literal ‘a’, que no pueden ser sometidas a un acuerdo amistoso entre las partes las controversias que versen sobre “materias relacionadas con el ejercicio de atribuciones o funciones de las Autoridades Gubernamentales”. Su literal ‘b’, al estipular la “aplicación supletoria, del Decreto Legislativo N° 1071, reitera que tampoco pueden ser sometidas a arbitraje las controversias sobre materias que no son de libre disposición conforme a derecho, pues así resulta de lo dispuesto en el artículo 2°, inciso 1, de esta Ley.
110. El convenio arbitral del “Contrato Bloque C” (cláusula 20), contiene en su numeral 20.2, literales ‘a’ y ‘b’, las mismas estipulaciones descritas en el párrafo precedente. Su literal ‘h’ agrega: “No pueden someterse a los mecanismos de solución de controversias establecidos en la presente cláusula, las decisiones del Osiptel u otras entidades que se dicten en ejecución de sus competencias administrativas atribuidas por norma expresa, cuya vía de reclamo es la vía administrativa”.
111. Las dos pretensiones principales de TELEFÓNICA versan, precisamente, sobre materias relacionadas con las facultades de fiscalización y determinación

tributaria que la ley confiere expresamente a OSIPTEL, respecto a los tributos que recauda o administra.

112. En lo que se refiere a la Segunda Pretensión Principal, para declarar que “*el régimen aplicable a Telefónica [...] para el pago a cuenta con retraso del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel es el contenido en el artículo 33 del Código Tributario*”, el Tribunal Arbitral tendría que determinar primero qué régimen tributario es aplicable a los pagos a cuenta con retraso de esas obligaciones, pues solo así podría resolver si se les aplica el artículo 33 del Código Tributario o el régimen que aplica la Autoridad Administrativa (el OSIPTEL o el MTC, según sea el caso), facultad que la ley confiere expresamente al OSIPTEL, como órgano recaudador o administrador de esos tributos.

113. OSIPTEL observa, además, que la falta de competencia del Tribunal Arbitral para conocer aspectos vinculados a las facultades tributarias de la Administración y, en especial, a la correcta o incorrecta aplicación de la ley que realiza la Administración, ha sido reconocida inclusive en arbitrajes de inversión. Así, en el caso CIADI N° ARB/03/28, Duke Energy vs Perú, en el fundamento 215 del Laudo de fecha 18 de agosto de 2008, se señala expresamente que el Tribunal Arbitral carece de competencia para determinar si las decisiones y determinaciones de la Administración son correctas a tenor de la legislación tributaria peruana. En sus fundamentos 225 y 226 reconoce la competencia exclusiva y excluyente de la Administración (en ese caso de la Sunat y el Tribunal Fiscal) para determinar la correcta interpretación o aplicación de la ley tributaria a un hecho específico (subsunción): “*215. El Tribunal inicia el análisis de esta difícil cuestión partiendo del principio de que su competencia no le permite determinar si las decisiones y determinaciones de la Sunat o las decisiones del Tribunal Fiscal son correctas a tenor de la legislación tributaria peruana. Como se expresó en la Decisión sobre Competencia, el Tribunal no actúa como una sala de apelaciones del Tribunal Fiscal. [...]*

225. Los tribunales del Perú constituyen el foro apropiado para formular reclamos en relación con la incorrecta aplicación de la ley por parte de la Sunat o el Tribunal Fiscal. Como se explicó supra, a consecuencia del uso del sistema de amnistía fiscal por parte de DEI Egenor, este Tribunal no puede sustituir su propia competencia a la que corresponde a los tribunales peruanos en materia de interpretación de la legislación tributaria.

226. Por ello, dado que este no es un tribunal de apelación peruano, se necesita más que la mera demostración de que ha habido una interpretación errónea de la ley. No es función de este Tribunal la de simplemente determinar si se aplicó apropiadamente el derecho peruano, formular su propia teoría sobre el derecho peruano o determinar cuál consideraría una interpretación apropiada a partir de la variedad de interpretaciones que razonablemente se podrían formular. Por su propia naturaleza, las leyes a menudo dan lugar a diferentes interpretaciones con base en principios razonables y justos [...].”

114. En sus memoriales de cierre, el MTC y OSIPTEL insistieron en los argumentos que sustentan esta excepción.

Posición de TELEFÓNICA

115. TELEFÓNICA destaca que, en esta excepción, los DEMANDADOS afirman que los convenios arbitrales no disponen expresamente que este Tribunal Arbitral tiene competencia para pronunciarse sobre: (i) La correcta o incorrecta determinación de la Base Imponible, y (ii) El régimen tributario aplicable al retraso del pago a cuenta.

116. Esta parte señala que no ha pedido que este Tribunal Arbitral determine la Base Imponible de los CONTRATOS o alguna cuestión referida al ius imperium del Estado.

117. TELEFÓNICA entiende que, en este caso, debe aplicarse el principio pro arbitri.

118. Además, entiende que el mero hecho de que un convenio arbitral no señale taxativamente cuáles son todas las materias sobre las que el tribunal arbitral tiene competencia para pronunciarse no puede ser óbice para establecer que estas no son arbitrables. Un convenio arbitral no busca ser un listado de redacción exhaustiva que incluya ad infinitum todas las materias pasibles de ser sometidas a arbitraje. Basta para ello que el convenio arbitral distinga general pero claramente su propio alcance y, por ende, las materias sobre las que el tribunal tiene competencia. Y, en este caso, los tres convenios arbitrales claramente incluyen las materias aquí discutidas y, por ende, le otorgan competencia a este Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre ellas.

119. TELEFÓNICA destaca que en las cláusulas arbitrales se hace referencia a *“todas las disputas”* y *“cualquier controversia”* que, como bien señala Born: *“Existe un número limitado de fórmulas estándar que se utilizan en los convenios arbitrales para describir el alcance de tales disposiciones. Los términos más comunes incluyen (a) “todas” o “cualquiera”; (b) “disputas”, “diferencias”, “reclamos” o “controversias”; (c) “derivadas de”, “en relación con”, “bajo” o “relativas a”; (d) el “acuerdo”, el “contrato”, las “obras” o algún otro conjunto de arreglos contractuales entre las partes.*

(...)

El propósito de los principales modelos de convenios arbitrales internacionales es aplicarlos de manera expansiva a todas las controversias relacionadas con un contrato en particular, independientemente de su formulación legal”.

120. Seguidamente, este parte hace referencia a diversas decisiones arbitrales locales, que le darían la razón.

121. A continuación, esta parte afirma que: “140. (...) no pretende un pronunciamiento que involucre la discusión de funciones o atribuciones de *ius imperium*”. Precisando que: “141. Al respecto, debemos ser claros en señalar que las materias sometidas a arbitraje representan únicamente las consecuencias patrimoniales del incumplimiento de nuestras contrapartes contractuales. Bajo ningún supuesto cuestionamos la capacidad de la Administración para hacer uso de sus funciones o atribuciones de imperio.

142. Como hemos señalado en el acápite anterior, las entidades estatales actúan a través de actos administrativos porque esa es la naturaleza de sus decisiones y acciones. De la emisión de un acto administrativo pueden seguirse varios efectos, algunos de ellos netamente contractuales, en tanto que involucran a obligaciones patrimoniales a las que las partes se han sometido a través de un contrato. Si una de esas partes falta a sus obligaciones o vulnera los Contratos de Concesión de tal forma que lesiona a su contraparte, corresponde activar el mecanismo de solución de controversias previsto para ese incumplimiento o lesión”.

122. En puridad, TELEFÓNICA afirma que: “147. (...) debemos ser enfáticos en reafirmar que las pretensiones de Telefónica en este arbitraje no están destinadas a lograr la invalidez o nulidad del propio acto administrativo en tanto que la vía adecuada para lograr este objetivo está señalada en el proceso contencioso-administrativo. Por el contrario, siendo que las pretensiones de Telefónica en este arbitraje buscan conseguir un remedio contractual, lo que pretenden es que este Tribunal declare como inexigibles aquellos actos que violan los Contratos de Concesión y no condene a las Demandadas a indemnizarnos por el daño sufrido.

148. Nos encontramos, a fin de cuentas, frente a una controversia netamente patrimonial por lo que la excepción preceptuada en los convenios arbitrales de los Contratos Bloque A y Bloque C referentes a la no arbitrabilidad de las funciones o atribuciones de *ius imperium* no son aplicables a este caso”.

123. Por último, en cuanto al cuestionamiento específico de los DEMANDADOS, referente a que el convenio arbitral del CONTRATO 3 excluye directamente la arbitrabilidad de las decisiones del OSIPTEL, debe seguirse el mismo derrotero, ya que solo en la medida que las decisiones del regulador supongan un ejercicio de *ius imperium*, estarán excluidas de la competencia del tribunal arbitral. Si, por el contrario, suponen el ejercicio de un derecho emanado del contrato, corresponde que sus decisiones sean revisadas por un tribunal arbitral.

124. En su memorial de cierre, TELEFÓNICA insistió en los argumentos que sustentan su posición.

Decisión del Tribunal Arbitral

125. En esta excepción, los DEMANDADOS afirman que este Tribunal Arbitral carecería de competencia para emitir un pronunciamiento válido sobre el fondo

de la presente controversia, debido a que los convenios arbitrales contenidos en los CONTRATOS demostrarían dicha incompetencia para conocer las dos pretensiones principales y, por consiguiente, para resolver las pretensiones accesorias. Ello sería así porque, según esta parte, los convenios arbitrales no otorgan al Tribunal Arbitral competencia para señalar qué forma parte y qué no de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel (que es lo que se necesita para resolver la primera pretensión principal), y tampoco le otorga competencia para determinar cuál es el régimen tributario aplicable a los pagos a cuenta con retraso de esas obligaciones (que es lo que se necesita para resolver la segunda pretensión principal).

126. Como se verifica a partir de su planteamiento, se trata exactamente de lo mismo ya planteado en la Objeción al Arbitraje, solo que, en este caso, no se apela a una materia legalmente no arbitrable, sino a una supuesta materia contractualmente no arbitrable, conforme a los términos de los convenios arbitrales contenidos en los CONTRATOS.
127. Como ya se pronunció este Colegiado, no es controvertido entre las partes, que este Tribunal Arbitral es competente para analizar y pronunciarse acerca de *“Todas las disputas que surgiesen del presente Contrato”* (CONTRATO 1) y de *“Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación”* (CONTRATOS 2 y 3).
128. Pues bien, nuevamente basta leer el contenido de las dos pretensiones principales de la demanda de TELEFÓNICA (las demás pretensiones son accesorias a estas), para verificar que, lo que el DEMANDANTE peticiona es que, conforme a los términos de los CONTRATOS, los DEMANDADOS los habrían incumplido, porque no le sería exigible el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional" (Primera Pretensión Principal); y que, conforme a los términos de los CONTRATOS, el régimen de intereses para el cumplimiento de ciertas obligaciones tributarias serían los pactados en esos CONTRATOS (Segunda Pretensión Principal).
129. Por tanto, más allá de si en el fondo efectivamente existe algún tipo de incumplimiento contractual o si existe algún acuerdo acerca del régimen de intereses para el cumplimiento de ciertas obligaciones tributarias, lo cierto es que se tratan de pretensiones perfectamente incluidas dentro de los pactos arbitrales contenidos en los CONTRATOS y, por tanto, este Tribunal Arbitral es competente para su conocimiento y decisión.
130. Esta afirmación es plenamente aplicable inclusive respecto de la observación de OSIPTEL, acerca de que el convenio arbitral contenido en el CONTRATO 1 hace referencia supletoria a la hoy derogada Ley General de Arbitraje (Ley 26572) ya que no aplica el supuesto contenido en el artículo 1.4 de esa derogada Ley, simplemente porque no se está sometiendo a este

arbitraje controversia alguna “*directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado, o de personas o entidades de derecho público*”.

131. En efecto, conforme a los términos de las pretensiones principales de la demanda, esta se concentra en afirmar la existencia de incumplimientos contractuales (Primera Pretensión Principal) y de pactos contractuales respecto de intereses (Segunda Pretensión Principal), pretensiones claramente arbitrables conforme a los pactos arbitrales celebrados entre las partes y que otorgan competencia en relación a la materia a este Colegiado.
132. En consecuencia, esta excepción es infundada.

IV.3 EXCEPCIONES DE LITIS PENDENCIA Y DE COSA JUZGADA

Posición de los DEMANDADOS

133. Respecto a la excepción de litis pendencia, se afirma que, en forma previa al presente arbitraje, TELEFÓNICA ha recurrido al Poder Judicial, a través de varios procesos contenciosos administrativos contra FITEL (ahora PRONATEL), formulando el mismo pedido y los mismos fundamentos que ahora postula como pretensión principal en este arbitraje.
134. En tales procesos judiciales, TELEFÓNICA solicitó también que no se le exija el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, respecto a los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional”, por considerar que estos conceptos no forman parte de la Base Imponible de aquellos tributos. Varios de esos procesos se encuentran actualmente en trámite, pendientes de resolución definitiva en sede administrativa.
135. Existen también sendos procesos judiciales (contenciosos administrativos) entre PRONATEL y TELEFÓNICA donde se discute exactamente lo mismo que se pide en este arbitraje y por los mismos fundamentos. Estos procesos también se encuentran actualmente en trámite, pendientes de resolución definitiva en sede judicial.
136. OSIPTEL identifica las siguientes actuaciones: (i) Recurso de Reclamación de TELEFÓNICA de 12 de enero de 2015, interpuesto contra la Resolución de Determinación N° 039-2014-GFS/OSIPTEL; recurso que fue resuelto mediante Resolución de Reclamación N° 003-2015-GFS/OSIPTEL. También la Apelación de 16 de julio de 2015, que TELEFÓNICA interpuso contra esta última resolución, la misma que fue resuelta por Resolución de Gerencia General N° 666-2015-GG/OSIPTEL. Esta controversia se encuentra actualmente ante el Tribunal Fiscal, pendiente de resolución definitiva en sede administrativa, debido al recurso que interpuso TELEFÓNICA el 2 de octubre de 2015, contra

aquella Resolución de Gerencia General; (ii) Recurso de Reclamación de TELEFÓNICA, del 29 de enero de 2018, interpuesto contra la Resolución de Determinación N° 00016-2017-GAF/RD/OSIPTEL; recurso que fue resuelto mediante Resolución de Reclamación de Gerencia General N° 00187-2018-GG/OSIPTEL. También la Apelación de 29 de agosto de 2018, que TELEFÓNICA interpuso contra esta última resolución. En respuesta a dicha apelación, el Tribunal Fiscal declaró la nulidad de dicha Resolución de Gerencia General y, por consiguiente, dispuso que sea sustituida por una nueva decisión. La nueva Resolución de Gerencia General (N° 00297-2020-GG/OSIPTEL) también fue impugnada por TELEFÓNICA mediante Recurso de Apelación de 16 de diciembre de 2020. Hasta la fecha este último recurso no ha sido resuelto por el Tribunal Fiscal, razón por la cual esta controversia se encuentra pendiente de resolución definitiva en sede administrativa; (iii) Recurso de Reclamación de TELEFÓNICA de 14 de febrero de 2020, interpuesto contra la Resolución de Determinación N° 0004-2020-GAF/RD/OSIPTEL (que TELEFÓNICA denomina allí como Resolución N° 0004-2017-GAF/RD/OSIPTEL); recurso que fue resuelto mediante la Resolución de Gerencia General N° 00338-2020-GG/OSIPTEL. Esta controversia se encuentra actualmente ante el Tribunal Fiscal, pendiente de resolución definitiva en sede administrativa, debido al Recurso de Apelación que interpuso TELEFÓNICA el 15 de marzo de 2021, contra aquella Resolución de Gerencia General.

137. También se afirma la existencia de procesos judiciales (contenciosos administrativos) entre OSIPTEL y TELEFÓNICA donde se discute exactamente lo mismo que TELEFÓNICA pide, por los mismos fundamentos, que se encuentran en trámite, pendientes de resolución definitiva en sede judicial: (i) Proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial identificado como el Expediente N° 10631-2019, iniciado por OSIPTEL contra la RTF N° 05428-2-2019 que estimó fundada la apelación interpuesta por TELEFÓNICA contra la Resolución de Gerencia General N° 378-2009-GG/OSIPTEL; resolución esta última que desestimó la reclamación de TELEFÓNICA contra la Resolución de Determinación N° 06-2009-GFS/OSIPTEL. OSIPTEL afirma que la litispendencia se acredita con copia de los actuados judiciales, que se encuentra actualmente pendiente de resolución definitiva, en sede judicial, ante la Quinta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, bajo el Expediente de Casación N° 18320-2021; (ii) Proceso contencioso administrativo ante el Poder Judicial identificado como el Expediente N° 01139-2019, iniciado por OSIPTEL contra la RTF N° 07724-8-2018 que estimó fundada la apelación interpuesta por TELEFÓNICA contra la Resolución de Gerencia General N° 177-2010-GG/OSIPTEL; resolución esta última que desestimó la reclamación de TELEFÓNICA contra la Resolución de Determinación N° 004-2010-GFS/OSIPTEL. La litispendencia se acredita con los actuados judiciales que se encuentra actualmente pendiente de resolución definitiva, en sede judicial, ante la Quinta Sala de Derecho Constitucional y

Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, bajo el Expediente de Casación N° 12867-2022.

138. OSIPTEL afirma que su pedido se ampara en el derecho fundamental a un debido proceso. Arbitrariedad que se produciría –por absurdo o contradicción– si un juzgador resolviera de manera opuesta a la decisión emitida por otro juzgador con anterioridad, sobre el mismo asunto y respecto a las mismas partes.
139. En sus memoriales de cierre, el MTC y OSIPTEL insistieron en los argumentos que sustentan esta excepción.
140. Respecto a la excepción de cosa juzgada, esta se basa en 2 sentencias firmes que se afirma son sobre el mismo objeto de las pretensiones de TELEFÓNICA: (i) Sentencia de Casación N° 11366-2021 de 7 de marzo de 2023 (que se deriva de la Sentencia de Vista recaída en el Expediente Judicial N° 11362-2016; mediante las cuales el Poder Judicial emitió pronunciamiento definitivo o firme sobre Ingresos por Cargos de Interconexión a favor de PRONATEL); y (ii) Sentencia de Casación N° 18320-2021 emitida el 31 de enero de 2023 (que se deriva de la Sentencia de Vista recaída en el Expediente Judicial N° 10631-2019; mediante los cuales el Poder Judicial emitió pronunciamiento sobre Ingresos por Cargos de Interconexión y Roaming Internacional a favor de PRONATEL).
141. Según esta parte, tanto la controversia judicial como la que TELEFÓNICA ha planteado en el presente arbitraje, tienen como objeto el análisis respecto a si el servicio de Interconexión y el servicio de Roaming internacional deben o no formar parte de la base imponible para el cálculo de los aportes por regulación al OSIPTEL y el derecho especial al FITEL.
142. En la sentencia de la Corte Suprema recaída en el Expediente de Casación N° 18320-2021 (proceso contencioso administrativo) seguido entre las mismas partes (que incluyen a TELEFÓNICA y el OSIPTEL), sobre el mismo objeto y los mismos fundamentos que TELEFÓNICA postula como pretensión principal en este arbitraje, se confirmó la validez de las decisiones del OSIPTEL sobre los cobros hechos a TELEFÓNICA por el Aporte por Regulación y/o el Derecho Especial al Fitel, respecto a los conceptos de “Roaming internacional” e “Interconexión” que Telefónica discute en este arbitraje, al confirmar que sí son servicios públicos de telecomunicaciones; por tanto, sí forman parte de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.
143. En la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, emitida en el Expediente de Casación N° 11366-2021 (proceso contencioso administrativo) seguido entre las mismas partes (que incluyen a TELEFÓNICA y el OSIPTEL), sobre el mismo objeto y los mismos fundamentos que TELEFÓNICA postula como pretensión principal en este arbitraje, se confirmó la validez de las decisiones del OSIPTEL sobre los cobros hechos a TELEFÓNICA por el Aporte por Regulación y/o el

Derecho Especial al Fitel, respecto al concepto de “Interconexión”. En ese sentido, ha declarado que conforme a la normatividad aplicable, el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel gravan el valor de la facturación anual de las empresas como TELEFÓNICA (deducidos los impuestos correspondientes), y que los ingresos que se originan por la prestación efectiva del servicio de “Interconexión” están comprendidos dentro del valor de los ingresos facturados por la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones y por ende, forman parte de la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, toda vez que el servicio de interconexión constituye un servicio público, en tanto cumple con características establecidas por la normatividad sobre la materia.

144. En sus memoriales de cierre, el MTC y OSIPTEL insistieron en los argumentos que sustentan esta excepción.

Posición de TELEFÓNICA

145. Respecto a la excepción de litis pendencia, TELEFÓNICA afirma que OSIPTEL sostiene que existe una cuestión de litispendencia, ya que TELEFÓNICA estaría peticionando lo mismo en sede administrativa, arbitral y judicial. Sin embargo, no ha podido probar que, en efecto, en todos los fueros mencionados TELEFÓNICA haya solicitado los mismos petitorios.

146. El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente No. 08096-2013-PHC/TC ha establecido que la litispendencia requiere de la concurrencia de tres elementos: “5. *Que, en cuanto a la litispendencia, este Tribunal ha afirmado en reiterada jurisprudencia [Cfr. SSTC 01984-2004-AA/TC, 02427-2024-AA/TC y 05379-2005-AA/TC] que para su configuración se requiere la identidad de procesos, esto es, la concurrencia de los siguientes tres elementos: (i) identidad de partes (beneficiaria y demandada); (ii) identidad del petitorio (aquellos que efectivamente se solicita); y (iii) identidad del título (el conjunto de fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el pedido)*”.

147. Respecto a los procedimientos administrativos, TELEFÓNICA observa que lo pedido es que se declare la nulidad y/o se deje sin efecto un acto administrativo (específicamente, que se deje sin efecto o se declare la nulidad de una resolución de determinación, resolución de multa y/o resolución de gerencia general emitidas por OSIPTEL).

148. En cambio, en este arbitraje: “164. (...) **NO SE CUESTIONAN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LAS DEMANDADAS. Mediante la Demanda, no se ha solicitado al Tribunal Arbitral que declare la nulidad de alguna Resolución de Determinación, de Multa o algún otro acto administrativo emitido por alguna de las demandadas, sino que SE PIDE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE LOS EFECTOS CONTRACTUALES DE LAS ACTUACIONES DEL MTC Y EL OSIPTEL**”.

149. Respecto de los procedimientos judiciales, TELEFÓNICA destaca que su contraparte hace referencia a dos procesos contenciosos administrativos iniciados por la misma entidad que actualmente se encuentran en trámite. Sin embargo, no ha logrado demostrar que, en efecto, concurren los elementos necesarios para que se presente una situación de litispendencia.
150. Esta parte recuerda que: *“171. Evidentemente, lo que solicitamos en este proceso arbitral no es una revisión, sino una interpretación contractual y la declaración de incumplimientos contractuales realizados por las Demandadas. Por tanto, lo peticionado en sede judicial y sede arbitral no es similar”*.
151. Además, destaca que los procesos judiciales han sido iniciados por el OSIPTEL, no por TELEFÓNICA. En este extremo, no se cumple con el elemento de (i) identidad de partes (beneficiaria y demandada). Sin bien participan los mismos sujetos, no son las mismas partes procesales. En dichos procesos, es el Tribunal Fiscal quien tiene la calidad de demandada y OSIPTEL la de demandante, roles opuestos al presente proceso arbitral.
152. También observa que lo peticionado en sede judicial difiere sustancialmente de lo peticionado en sede arbitral: OSIPTEL: que se declare la nulidad o se deje sin efecto un acto administrativo emitido por el Tribunal Fiscal. TELEFÓNICA: que se declare la nulidad o revocación de una resolución judicial emitida por el Poder Judicial del Perú.
153. Respecto de la excepción de cosa juzgada, esta parte afirma que lo que reclama en este arbitraje, es por la conducta de los DEMANDADOS en ejercicio de sus funciones, que no respetan los límites contractuales establecidos ni los parámetros contractuales para realizar el cobro de los conceptos mencionados en relación con el Roaming internacional y la Interconexión.
154. Además, TELEFÓNICA sostiene que la excepción debe ser declarada improcedente por ser manifiestamente extemporánea, conforme al artículo 27(3) del Reglamento de Arbitraje aplicable. También alega la existencia del principio de preclusión de las diversas etapas del arbitraje.
155. Luego se afirma que, al igual que sucede con la excepción de litis pendencia, donde se identifica que no se cumple con la identidad de partes (beneficiaria y demandada), identidad del petitorio (aquella que efectivamente se solicita) y la identidad del título (el conjunto de fundamentos de hecho y derecho que sustentan el pedido), lo mismo sucede en este caso.
156. En la Sentencia de 7 de marzo de 2023, notificada el 28 de marzo, en el Expediente de Casación No. 18320-2021, proviene de un proceso que OSIPTEL usó para fundamentar la litispendencia, donde consta que el petitorio difería sustancialmente del petitorio del presente arbitraje. El mismo criterio es perfectamente aplicable a la otra sentenciada citada por los DEMANDADOS

(sentencia de 31 de enero de 2023, notificada el 12 de abril de 2023), perteneciente al expediente de Casación No. 11366-2021, pues es un proceso similar en el que se cuestionó la validez de un acto administrativo y luego la validez de las resoluciones judiciales.

157. TELEFÓNICA afirma, además, que las excepciones planteadas responden a que los DEMANDADOS confunden el cuestionamiento a la validez de actos administrativos, que se realizan tanto en el plano administrativo como en el judicial (acción contenciosa administrativa), con el cuestionamiento contractual que realiza TELEFÓNICA en este arbitraje. No existen procesos paralelos, ya que en ninguno de esos procesos se discutió alguna cláusula contractual ni el alcance de las obligaciones y derechos de las partes. El pedido de TELEFÓNICA en este arbitraje se vincula a un incumplimiento contractual por parte de los DEMANDADOS, quienes han actuado en contradicción a lo acordado por las partes sobre la interpretación contractual que se le daría a los cargos de Interconexión y al Roaming internacional.
158. En ese sentido, esta parte afirma que si, en el marco de sus poderes públicos, los DEMANDADOS realizan actos que son “legales”, en nada se enerva la existencia de un incumplimiento contractual. Esta discusión se vincula a los compromisos asumidos por ellos frente al concesionario, y no a su legal o ilegal actuación como autoridad administrativa. Una muestra clara de ello es que en los procesos administrativos y judiciales citados por los DEMANDADOS (incluyendo las sentencias emitidas) la discusión (no la decisión) solo ha estado vinculada a la Base Imponible en relación con el concepto de Servicio Público de Telecomunicaciones y no al alcance del concepto contractual de Servicio Concedido.
159. Además, se afirma que en este arbitraje se discuten temas distintos y más amplios que los discutidos en sede judicial y administrativa.
160. Como consta en su memorial de demanda, se afirma la existencia de dos límites contractuales para la inclusión de los conceptos de Roaming internacional e Interconexión en la Base Imponible: que se deriven de la prestación de Servicios Concedidos y que se deriven de la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Si los conceptos en controversia son o no parte de los Servicios Concedidos es un asunto sometido a consideración de este Tribunal Arbitral y que reviste una naturaleza exclusivamente contractual, pues el concepto es en sí mismo una definición contractual.
161. No existe identidad entre las partes, pues en este arbitraje el demandante es TELEFÓNICA y los DEMANDADOS el MTC y el OSIPTEL. En cambio, en los procesos judiciales las partes y su situación procesal son diferentes: OSIPTEL es el demandante, TELEFÓNICA el demandado, pero también se demanda a una entidad ajena al proceso arbitral, el Ministerio de Economía y Finanzas (MEF) que representa al Tribunal Fiscal (diferencia de sujetos procesales).

162. En lo que se refiere al “objeto” de los procesos, en la Sentencia de 7 de marzo de 2023 (Expediente de Casación No. 18320-2021), lo pedido en esta casación o incluso lo pedido en la demanda que inició todo el proceso judicial, no coincide con lo pretendido en este arbitraje. En la Sentencia de 31 de enero de 2023 (Expediente de Casación No. 11366-2021), en la medida que deriva de un proceso contencioso administrativo, el criterio es el mismo.
163. Es más, TELEFÓNICA afirma que nunca será posible argumentar la fundabilidad de una excepción de cosa juzgada cuando se enfrenta una controversia derivada del cuestionamiento a un acto administrativo (Derecho Público) con un arbitraje (Derecho Privado), pues este último es netamente contractual. En ese sentido, las cuestiones decididas en las sentencias comentadas, en ninguna de ellas se ha resuelto sobre un incumplimiento o alguna inexigibilidad contractual.
164. Se recuerda que, los pedidos de OSIPTEL ante el Poder Judicial en el inicio de la acción contencioso-administrativa, fueron de nulidad de las decisiones administrativas del Tribunal Fiscal, pedidos completamente distintos a los realizados en este arbitraje:
165. Se está frente a decisiones que, por la naturaleza de los petitorios de OSIPTEL, son incapaces de coincidir en el análisis y conclusiones a las que pueda llegar este Tribunal Arbitral sobre los incumplimientos contractuales de los DEMANDADOS.
166. En su memorial de cierre, TELEFÓNICA insistió en los argumentos que sustentan su posición.

Decisión del Tribunal Arbitral

167. En esencia, en primer lugar, los DEMANDADOS interpusieron la excepción de Litis Pendencia porque, según su posición, existían en ese momento varios procesos judiciales (contenciosos administrativos) y administrativos, en los que se habrían formulado el mismo pedido y los mismos fundamentos que ahora se postularían como pretensión principal en este arbitraje (incompetencia del Tribunal Arbitral en razón de la materia). Avanzado el arbitraje y luego de que la Corte Suprema de la República emitiera en última instancia las Sentencias de Casación N°s 11366-2021 de 7 de marzo de 2023 y 18320-2021 emitida el 31 de enero de 2023, los DEMANDADOS interpusieron la excepción de Cosa Juzgada, porque la máxima instancia de justicia del Perú ya se habría pronunciado de manera definitiva acerca de la materia que es objeto de este arbitraje.
168. La Litis Pendencia y la Cosa Juzgada se habrían configurado, porque se afirma que en esos procesos judiciales (contenciosos administrativos) y administrativos, TELEFÓNICA también habría solicitado (como en este caso) que no se le exija el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al

Fitel, respecto a los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional”, por considerar que estos conceptos no forman parte de la Base Imponible de aquellos tributos.

169. El Tribunal Arbitral observa que, para que se presente un supuesto de Litis Pendencia, necesariamente deben existir en trámite dos o más procesos idénticos ante dos o más instancias que sean igualmente competentes para pronunciarse acerca de la misma materia.
170. Por su parte, para que exista un supuesto de Cosa Juzgada, una instancia competente tiene que haber resuelto de manera definitiva una materia que se somete nuevamente a otra instancia igualmente competente.
171. ¿Es este Tribunal Arbitral una instancia “competente” al igual que el poder judicial (procesos contenciosos administrativos) o las instancias administrativas, respecto de las materias que las partes han sometido a conocimiento de estas últimas?
172. La respuesta es obviamente que no. Este Tribunal Arbitral no compite en “competencia” con los tribunales judiciales (contenciosos administrativos) y las instancias administrativas respecto de las materias sometidas a su conocimiento. Por tanto, jurídicamente no puede existir Litis Pendencia y menos Cosa Juzgada.
173. Lo mismo sucede al revés: Ni las instancias judiciales ni las administrativas identificadas compiten en “competencia” con este Tribunal Arbitral respecto de las materias que le han sido sometidas a su conocimiento, simple y llanamente porque las partes han acordado que este Colegiado es el único competente para conocer y pronunciarse acerca de “*Todas las disputas que surgiesen del presente Contrato*” (CONTRATO 1) y de “*Cualquier controversia que surja con relación a la ejecución del presente Contrato, incluyendo su interpretación y cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación*” (CONTRATOS 2 y 3).
174. Y, como ya se identificó ut supra, en este caso TELEFÓNICA peticiona que, conforme a los términos de los CONTRATOS, se declare que los DEMANDADOS los habrían incumplido, porque no le sería exigible el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional" (Primera Pretensión Principal); y que, conforme a los términos de los CONTRATOS, el régimen de intereses para el cumplimiento de ciertas obligaciones tributarias serían los pactados en esos CONTRATOS (Segunda Pretensión Principal).
175. Como bien ha puntualizado TELEFÓNICA: “164. (...) **NO SE CUESTIONAN LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EMITIDOS POR LAS DEMANDADAS. Mediante la Demanda, no se ha solicitado al Tribunal Arbitral que declare la nulidad de alguna Resolución de Determinación, de Multa o algún otro acto**

administrativo emitido por alguna de las demandadas, sino que SE PIDE LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN Y DE LOS EFECTOS CONTRACTUALES DE LAS ACTUACIONES DEL MTC Y EL OSIPTEL”.

176. No existen pues procesos paralelos (Litis Pendencia) y menos Cosa Juzgada, porque las instancias administrativas y judiciales no están conociendo de controversias contractuales y la Corte Suprema de la República no ha resuelto en última instancia una materia contractual, la cual ha sido reservada por las partes al conocimiento exclusivo de un tribunal arbitral, conforme a los términos de los respectivos convenios arbitrales contenidos en los CONTRATOS.
177. En consecuencia, corresponde declarar infundadas las excepciones de Litis Pendencia y de Cosa Juzgada.

IV.4 EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

Posición de los DEMANDADOS

178. Mediante esta excepción se solicita que se declare que se encuentra prescrita toda acción o pretensión de TELEFÓNICA destinada a obtener una indemnización por los pagos que hubiera realizado antes del 1 de enero de 2020 por el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, especialmente con relación a la “Interconexión” y el “Roaming internacional”, incluyendo sus intereses.
179. Esta parte afirma que al formular su segunda pretensión accesoria (a la primera principal), así como al sustentar el supuesto daño cuya indemnización solicita, queda claro que la indemnización que TELEFÓNICA demanda se refiere, única y exclusivamente, a los pagos que realizó (del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, específicamente con relación a los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional”) por los periodos 2021 y 2022 (enero a setiembre) y, eventualmente, por “[...] los pagos que se realicen hasta la fecha de emisión del laudo”. Pero, como quiera que, al referirse al nexo causal y al hecho antijurídico del daño que invoca, TELEFÓNICA hace referencia a Resoluciones de Determinación que van desde el año 1998 (para un caso: el Aporte por Regulación) y desde el año 2007 (para el otro: el Derecho Especial al Fitel), los DEMANDADOS consideran útil oponer la prescripción extintiva prevista en la ley para eliminar cualquier resquicio de incertidumbre que pudiera surgir al respecto y circunscribir el debate de fondo a los pagos que TELEFÓNICA realizó (por aquellos tributos y, específicamente, respecto de aquellos conceptos) por los periodos 2021 y 2022, tal como se desprende de su segunda pretensión accesoria (a la primera principal) y de los párrafos 219

(página 88), 220 (página 88), 256 (página 96), 257 (página 96) y 258 (página 97) de su demanda.

180. En consecuencia, esta parte afirma que cualquier pretensión indemnizatoria por los pagos que TELEFÓNICA hubiera realizado antes del 2 de junio de 2019 (por el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, especialmente con relación a la “Interconexión” y el “Roaming internacional”) se encuentra prescrita, conforme a lo dispuesto en los artículos 1989 y 2001 inciso 4) del Código Civil.

181. A continuación, se identifica que TELEFÓNICA afirma que los pagos que realizó por el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, específicamente referidos a los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional”, no tienen base contractual ni legal; por lo que, esta parte entiende que la pretensión indemnizatoria, por los supuestos daños alegados al realizar esos pagos, tiene su causa en actos de la Administración (que TELEFÓNICA considera antijurídicos, como son las Resoluciones de Determinación de ambos tributos, emitidas por la Autoridad Administrativa en ejercicio de sus facultades tributarias) y no en incumplimiento de obligación contractual alguna.

182. Por tanto, se afirma que la causa de esos supuestos daños que sustentan la pretensión indemnizatoria se encuentra regulada por los artículos 260.1, 260.5 y demás pertinentes del T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) y, supletoriamente, por el Código Civil (conforme al artículo IX del Título Preliminar de este último). El plazo legal para demandarla es de dos (2) años, de conformidad con el inciso 4 del artículo 2001 del Código Civil, plazo que se computa desde el día en que puede ejercitarse la acción, según dispone el artículo 1993 del mismo Código, que esta parte entiende que empieza a computarse en el momento en que se produjeron los supuestos daños que se invoca, esto es, cuando TELEFÓNICA realizó cada uno de los pagos del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, especialmente con relación a la “Interconexión” y el “Roaming internacional” que en este arbitraje discute.

Luego se identifica que el 2 de junio de 2021 se notificó la solicitud de arbitraje de TELEFÓNICA, por lo que en esa fecha se interrumpió el plazo de prescripción de cualquier pretensión indemnizatoria (Novena Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, concordado con el artículo 1996, inciso 3, del Código Civil).

183. En consecuencia, los DEMANDADOS entienden que TELEFÓNICA solamente podría demandar una indemnización por los pagos que hubiera realizado –por los conceptos que discute– a partir de los dos (2) años anteriores a la fecha en que se interrumpió el plazo de prescripción. En otras palabras, solo podría demandar una indemnización por los pagos que efectivamente

realizó a partir del 2 de junio de 2019 en adelante, pues la indemnización por pagos realizados antes de esta última fecha se encuentra prescrita.

184. En sus memoriales de cierre, el MTC y OSIPTEL insistieron en los argumentos que sustentan esta excepción.

Posición de TELEFÓNICA

185. TELEFÓNICA observa que el fundamento de esta excepción tiene dos extremos: (i) Los reclamos de TELEFÓNICA no tendrían base contractual por lo que debería operar el plazo de prescripción extracontractual; y (ii) La pretensión indemnizatoria de TELEFÓNICA estaría prescrita.

186. Sobre lo primero, TELEFÓNICA precisa que: *“181. (...) El hecho que, a lo largo de nuestro Memorial de Demanda, hayamos señalado que las exigencias que vienen realizando ambas Demandadas para pagar el APR y el DE al Fitel por conceptos indebidos son contradictorias con sus facultades contractuales, no significa que sean extracontractuales, sino que son, justamente, contrarias a los Contratos de Concesión. Dicho de otra forma, que son incumplimientos contractuales.*

182. Es decir, ambas Demandadas vienen exigiendo, inter alia, el pago del APR y el DE al Fitel en clara violación de sus propios compromisos contractuales y de ahí es que se entiende que sus exigencias contra Telefónica no tienen base contractual ni legal. Por supuesto, esta posición —más allá de la cita aislada que trae a colación el Osiptel— está claramente definida y explicada por Telefónica en el Memorial de Demanda”.

187. Destaca esta parte que, además, es sugerente que el propio OSIPTEL proponga la aplicación de un plazo de prescripción que solo debería aplicar la Administración, que serían aplicables a actos dañosos causados por facultades de ius imperium a los que le son aplicables la Ley del Procedimiento Administrativo General que, conforme al sistema legal no corresponde que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre ellos.

188. También observa que en este arbitraje, OSIPTEL no ha deducido una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, aceptando que en este arbitraje tiene la condición de demandado, por derivar derechos y obligaciones de los CONTRATOS.

189. Respecto a sus pretensiones, TELEFÓNICA precisa que: *“190. Mientras que, de un lado, pedimos que se declare que la consideración del Roaming Internacional y los Cargos de Interconexión como Servicios Concedidos constituye un incumplimiento contractual y que, en ese sentido, se debe ordenar a ambas Demandadas el cese, de otro lado, solicitamos también que se nos indemnice por los montos efectivamente ya pagados en el 2021 y 2022. Por supuesto, para la acreditación de todo lo primero debemos hacer referencia*

a las resoluciones de determinación que van hasta 1998, pues con estos actos nace y se comprueba el incumplimiento de las Demandadas.

191. Así, mientras que el primer reclamo se encuentra expresado en nuestras primera y segunda pretensiones principales (con énfasis en la tercera pretensión accesorio a la primera principal) y abarca todos los periodos reclamados desde 1998, el segundo reclamo está dirigido a obtener un resarcimiento únicamente por los periodos 2021 y 2022 (en específico, nuestra segunda pretensión accesorio a la primera principal)”.

190. Aclara que, además, no ha solicitado el resarcimiento por otros periodos (1998-2019), porque, al no haber existido un desembolso por estos periodos, no se ha solicitado la devolución como indemnización en este arbitraje.

191. Por último, afirma que tanto para sus reclamos que abarcan una declaración de incumplimiento y una orden de cese de cobro, como para el que pide un resarcimiento por los periodos 2021 y 2022, el Tribunal Arbitral deberá desechar la excepción de prescripción extintiva, porque ha sido planteada para declarar una prescripción extracontractual, cuando todos sus reclamos son contractuales.

192. En su memorial de cierre, TELEFÓNICA insistió en los argumentos que sustentan su posición.

Decisión del Tribunal Arbitral

193. Como se verifica de los argumentos de los DEMANDADOS, esta excepción se plantea frente a una supuesta pretensión extra contractual.

194. Sin embargo, como consta expresamente de la Primera Pretensión Principal de la demanda de TELEFÓNICA, esta se sustenta en un alegado incumplimiento contractual y las pretensiones accesorias a dicha Pretensión Principal siguen igual derrotero, porque se alegan daños y perjuicios contractuales.

195. Por tanto, al haberse interpuesto una excepción de prescripción extintiva respecto de pretensiones que no han sido planteadas en este arbitraje (extra contractuales), la misma debe declararse improcedente.

196. Además, este Colegiado observa que TELEFÓNICA no ha planteado reclamos económicos anteriores a 2019, por lo que la excepción aparece como inútil.

197. En consecuencia, esta excepción es improcedente.

V. ANÁLISIS DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES ACCESORIAS

Primera Pretensión Principal: Se declare que, conforme a lo pactado en las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000, las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C, y a la legislación aplicable, a Telefónica del Perú no le es exigible el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional", pues estos no forman parte de las Bases Imponibles.

Primera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal: Se declare que la inclusión de los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional" en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel constituye un incumplimiento contractual.

Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal: Para los casos en que Telefónica ya haya pagado el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", se ordene a las Demandadas pagar a Telefónica un monto indemnizatorio ascendente a S/ 3'160,180.00 (Tres millones ciento sesenta mil ciento ochenta y 00/100 soles)⁶, adicionando intereses legales.

Tercera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal: Para los casos en los que Telefónica aún no haya pagado el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", se ordene a las Demandadas cesar cualquier acto dirigido a cobrar los montos por estos conceptos, incluyendo sus intereses.

Cuarta Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal: Que se declare que Telefónica tiene derecho a ser indemnizada por el monto equivalente al que se vea obligada a pagar (tratándose de pagos pendientes o por determinar en el futuro) por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", en aquellos casos en que las Demandadas los continúen incorporando en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.

Quinta Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal: Se declare que, al no corresponder el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional" (tanto para años anteriores como para el futuro), tampoco corresponde la actualización de la deuda ni la aplicación de intereses.

Posición de TELEFÓNICA

198. Esta parte identifica haber celebrado los CONTRATOS con el Estado peruano para la prestación del Servicio Público de Telecomunicaciones Móviles, y que: *“Como consecuencia de ello, Telefónica asumió la obligación contractual, en su calidad de operador de telefonía móvil, de realizar determinados pagos a favor de las Demandadas. Lo anterior incluye el pago de dos conceptos:*

(i) Aporte por Regulación: Pago que realiza Telefónica en el marco de los Contratos de Concesión, a favor del Osiptel, para financiar los servicios que presta a las empresas supervisadas.

(ii) Derecho Especial al Fitel: Pago que realiza Telefónica, en el marco de los Contratos de Concesión, a favor del programa adscrito al MTC (hoy denominado Pronatel), para financiar proyectos de telecomunicaciones en áreas rurales y consideradas de preferente interés social.

Las obligaciones relacionadas con estos pagos fueron pactadas en las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000, y las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C. En todos los casos, los Contratos de Concesión exigen a las partes remitirse a la legislación aplicable para definir los procedimientos y alcances de las obligaciones de pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel. Esto también fue establecido en las bases correspondientes a los tres concursos públicos.

Esta legislación aplicable -como veremos- regula que solo pueden incluirse en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial aquellos conceptos que califiquen como Servicios Concedidos y Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Caso contrario, deberán ser excluidos.

Así mismo, todos los Contratos de Concesión determinan que el incumplimiento del pago de estos conceptos podría ser causal de resolución contractual.

Siendo así, Telefónica tiene la legítima preocupación de que sus obligaciones, en el marco de los Contratos de Concesión, no se vean alteradas por conductas unilaterales de nuestra contraparte. Estas conductas, vale decir, podrían derivar en la pérdida injustificada de nuestras concesiones”¹⁰.

199. TELEFÓNICA alega que su contraparte incumple los CONTRATOS al exigirle el pago de los Aportes por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por dos conceptos que no califican como Servicios Concedidos ni como Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

200. El primero, el Roaming Internacional, que se trata de una facilidad (y no un servicio) que, ante la falta de infraestructura propia, permite “ampliar” virtualmente la cobertura de una operadora mediante la utilización de la infraestructura perteneciente a otra empresa operadora. El roaming

¹⁰ TELEFÓNICA, memorial de demanda, pp. 8-9.

“internacional” supone la existencia de un acuerdo entre operadoras que prestan servicios finales en distintos países. Existen dos tipos: saliente y entrante. El Roaming Internacional “saliente” es el que prestan las operadoras extranjeras a TELEFÓNICA en otros países distintos al Perú; por otro lado, el Roaming Internacional “entrante”, por antinomia, es el que presta TELEFÓNICA a sus pares extranjeros en el Perú.

201. Para TELEFÓNICA: *“(…) ni el Roaming Entrante ni el Roaming Saliente forman parte de los Servicios Concedidos en los Contratos de Concesión: Por un lado, el Roaming Internacional (sea Entrante o Saliente) es un Servicio Suplementario o Adicional que no forma parte de los Servicios Concedidos. Por otro lado, el Roaming Saliente ni siquiera se presta en territorio nacional (…)* Aunque lo primero debería bastar para que el Tribunal excluya al Roaming de la base imponible, podemos agregar que ambos conceptos comentados tampoco califican como Servicios Públicos de Telecomunicaciones según las normas aplicables integradas a los Contratos de Concesión. Ni el Roaming Saliente ni el Roaming Entrante cumplen con los requisitos para ser calificados como Servicios Públicos de Telecomunicaciones, según la normativa integrada a los Contratos de Concesión (…)”¹¹. Pese a ello, los DEMANDADOS continúan incumpliendo los CONTRATOS, ya que han incluido el concepto de “Roaming Internacional” en las bases imponibles.

202. El segundo, Interconexión, que es el medio que permite a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones ofrecer a sus abonados la posibilidad de comunicarse con otros usuarios de otros operadores de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza. Se trata, en estricto, de un instrumento para conectar redes de distintos operadores. Por ello, la normativa aplicable integrada a los CONTRATOS la califica como Servicio Adicional a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Además, tampoco califica como Servicio Público de Telecomunicaciones según las normas aplicables integradas a los CONTRATOS. Pese a ello, los DEMANDADOS continúan incumpliendo los CONTRATOS, ya que han incluido el concepto de “Interconexión” en las bases imponibles.

203. Frente a esta situación, TELEFÓNICA solicita como pretensión principal que el Tribunal Arbitral declare que los conceptos “Interconexión” y “Roaming internacional” no forman parte de las bases imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, porque TELEFÓNICA no está contractualmente obligada a realizar pago alguno por dichos conceptos. Consecuentemente, el Tribunal Arbitral deberá declarar que no se le puede exigir el pago de estos conceptos a TELEFÓNICA y que la inclusión de ambos conceptos en las bases imponibles por parte de los DEMANDADOS constituye

¹¹ TELEFÓNICA, memorial de demanda, pp. 9-10.

un incumplimiento contractual. Adicionalmente, deberá ordenarse el cese de dichas conductas unilaterales contrarias a la buena fe contractual. Esto implica la indemnización de cualquier monto que TELEFÓNICA haya tenido que pagar por dichos conceptos, así como dejar sin efecto toda exigencia actual o futura respecto a ese pago, por contravenir los CONTRATOS.

204. Esta parte afirma que no pone en duda su obligación contractual de pagarle a los DEMANDADOS tanto el Aporte por Regulación como el Derecho Especial al Fitel (ahora PRONATEL). Afirma, además, que: “1. (...) Estas obligaciones fueron claramente establecidas para financiar los servicios regulatorios que prestan ambos organismos y, en el caso de Telefónica, se originan en la suscripción de los Contratos de Concesión. Dicho de otra manera, si no existiesen los Contratos de Concesión, no habría derechos y obligaciones de las partes relacionadas a aquellos dos conceptos.

2. Ello es así porque, tanto el Aporte por Regulación como el Derecho Especial al Fitel son pagos que Telefónica realiza en su calidad de titular de las concesiones otorgadas por el MTC. Al ser una obligación incluida en los Contratos que regulan esta concesión, el monto a pagar se calcula a partir de reglas especialmente referidas en los Contratos aquí discutidos, las cuales determinan las bases imponibles correspondientes.

3. El objetivo de nuestra pretensión, en ese sentido, es —principalmente— que el Tribunal Arbitral declare que esas reglas a las que las partes se han sometido contractualmente no incluyen los conceptos de “interconexión” ni de “roaming internacional”. Por tanto, buscamos que se declare que Telefónica no está obligada a pagar el Aporte por Regulación ni el Derecho Especial al Fitel por estos conceptos.

4. Y la razón es muy sencilla. Los Contratos de Concesión establecen que la obligación de pago de Telefónica se determina en función a la legislación aplicable. ¿Y qué dice esta legislación? Pues que el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel se calcula en función de los ingresos brutos percibidos y facturados de Telefónica por la prestación de los Servicios Concedidos. Ni la “interconexión” ni el “roaming internacional” califican como Servicios Concedidos.

5. Además, el Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel -según la misma legislación aplicable- únicamente se aplican a los denominados “Servicios Públicos de Telecomunicaciones”. Veremos, en ese sentido, que ni la “interconexión” ni de “roaming internacional” califican como “Servicios Públicos de Telecomunicaciones” bajo la legislación peruana al incumplir, acumulativamente, con los siguientes requisitos establecidos:

a) Que sea un servicio de telecomunicaciones: esto es así porque existirán obligaciones de las empresas operadoras que no son servicios sino facilidades, servicios suplementarios o adicionales, obligaciones regulatorias, mandatos, liberalidades, etc.

b) Que sea calificado expresamente como tal en la normativa aplicable: ya que pueden existir servicios de telecomunicaciones que, por voluntad del legislador, no calificarán como “Servicios públicos de telecomunicaciones” en el Perú. Es decir, técnicamente puede ser un servicio de telecomunicaciones, pero no por ello calificará como un “Servicio Público”.

c) Que sea brindado al público en general: pues existen servicios que se prestan en otros niveles de la cadena productiva, como por ejemplo los servicios mayoristas.

d) Que se preste sin discriminación alguna: debido a que algunos servicios son consecuencia de pactos privados, exclusivos, excluyentes y voluntarios.

e) Que se cobre una contraprestación tarifaria: Ya que podría tratarse de un ingreso distinto a una tarifa (por ejemplo, un precio) o no recibirse un ingreso adicional por el servicio”.

205. Luego, TELEFÓNICA afirma que esta controversia es contractualmente relevante, porque al oponerse al pago de estos montos sin un Laudo que los respalde, los DEMANDADOS pretenderán, eventualmente, ejercer un derecho de resolución contractual, porque el no pago de estos conceptos constituiría un potencial incumplimiento contractual.

206. Esta parte observa a continuación, que los CONTRATOS señalan que las obligaciones de pago estarán sujetas a las condiciones establecidas en las normas aplicables. Es decir, el procedimiento para determinar la obligación de pago pactada en los CONTRATOS sería aquél que defina la legislación peruana pertinente (cláusulas 8.19 y 22.1 del CONTRATO 1 y cláusulas 8.17 y 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3) y la consecuencia del no pago la potencial resolución contractual (cláusula 18.4.(iv) del CONTRATO 1 y cláusula 18.2.d de los CONTRATOS 2 Y 3).

207. TELEFÓNICA afirma que: “13. (...) las Demandadas vienen cobrándonos conceptos no exigibles en el marco de los Contratos de Concesión al incluirnos, en las bases imponible de todos los años, a la ‘Interconexión’ y al ‘Roaming internacional’ pese a que NO CALIFICAN como Servicios Concedidos ni como Servicios Públicos de Telecomunicaciones”.

208. El demandante afirma que al suscribir los CONTRATOS, adquirió derechos y obligaciones e ingresó a una relación contractual con su concedente, identificando como una de las obligaciones, el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel. Además, como en todo vínculo contractual existe una relación de bilateralidad entre ambas partes que, en el caso particular de los CONTRATOS, está impregnada del principio de reciprocidad de prestaciones. Es decir, por un lado, TELEFÓNICA al participar de la concesión de los servicios de telefonía móvil, obtiene determinados beneficios y asume también riesgos; mientras que, por el otro lado, el concedente garantiza la

prestación de un servicio público a la población y cobra los pagos que legítimamente correspondan en virtud de las obligaciones asumidas por su contraparte contractual. Se trata pues de una relación sinalagmática.

209. TELEFÓNICA afirma que: *“26. En contrapartida [al pago de los conceptos objeto de esta controversia], nuestras contrapartes tienen la obligación de cumplir con la determinación del Derecho Especial y del Aporte por Regulación de acuerdo con las disposiciones pactadas en los Contratos de Concesión. Esta es una obligación contractual esencial de las Demandadas que no se puede soslayar y que se debe cumplir indefectiblemente para hablar de un justo equilibrio sinalagmático”.*

“28. Vemos, entonces, que es importante que, al analizar la naturaleza de los Contratos de Concesión, el Tribunal Arbitral tome en consideración la propia naturaleza de las obligaciones en ellos contraídas. En efecto, en tanto prestaciones recíprocas, la ejecución de las obligaciones de ambas partes hace operativo el sinalagma funcional de los Contratos y, por consiguiente, de un lado, hace exigible a Telefónica el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial y, por otro lado, obliga a las Demandadas a respetar la correcta determinación de estos aportes nacidos en virtud de un contrato”.

210. Respecto del CONTRATO 1, TELEFÓNICA identifica que la cláusula 8.1 regula el alcance de las obligaciones del Concesionario. Estas obligaciones contractuales se extenderían no solo a las expresamente desarrolladas en el acuerdo suscrito, sino también a las que se establecieran normativamente. Es decir, las partes incorporaron expresamente que el incumplimiento de las normas sería considerado como un incumplimiento contractual. Bajo este esquema contractual, la obligación principal del Concesionario es prestar el Servicio Concedido, lo que, según la Cláusula 8.8, debe hacerse de acuerdo con los términos del contrato y las normas aplicables, precisando que, de hecho, el Concesionario sólo está autorizado a prestar el Servicio Concedido (y no otros servicios), conforme a la Cláusula 5.1 (que es delimitado por el concepto de Servicio Público de Telefonía Móvil). Además, la cláusula 8.19 regula expresamente la obligación del Concesionario de pagar los Aportes por Regulación y el Derecho Especial al Fitel exclusivamente bajo el alcance de las leyes aplicables.

211. En relación al CONTRATO 2, TELEFÓNICA identifica que conforme a la cláusula 8.1, el Concesionario debe cumplir las obligaciones que se deriven de este CONTRATO y las normas aplicables. La obligación principal del Concesionario está recogida en el llamado concepto de Servicio de Comunicaciones personales y Servicio Concedido en la cláusula 5.1 (conforme a las definiciones del CONTRATO, delimitado por el concepto de Servicio Público de Telecomunicaciones, el mismo que se presta en el marco de la normativa aplicable). Además, la cláusula 8.17 regula expresamente la

obligación del Concesionario de cumplir con el pago de todo derecho, aporte, tasa, etc., únicamente conforme al monto que establezcan las leyes aplicables.

212. En cuanto al CONTRATO 3, TELEFÓNICA identifica que conforme a la cláusula 8.1, el Concesionario debe cumplir las obligaciones que se deriven del CONTRATO, pero, además, las que se deriven de las normas aplicables. La obligación principal del Concesionario se encuentra recogida en el llamado concepto de Servicio de Comunicaciones Personales y Servicio Concedido en la cláusula 5.1 (según las definiciones del CONTRATO está delimitado por el concepto de Servicio Público de Telecomunicaciones, el mismo que se presta en el marco de la normativa aplicable). Además, la cláusula 8.17 regula expresamente la obligación del Concesionario de cumplir con el pago de todo derecho, aporte, tasa, etc., únicamente conforme al monto que establezcan las leyes aplicables (vigentes al momento de la celebración).

213. A continuación, se identifica que el Aporte por Regulación es un pago que hacen las empresas operadoras, en virtud de sus contratos de concesión, por los servicios que presta OSIPTEL al sector Telecomunicaciones. Luego de describir el marco legal aplicable, afirma que: *“68. En este arbitraje, Telefónica no cuestiona la existencia de los aportes por regulación ni su obligación de pagarlos. Nuestro cuestionamiento es netamente contractual y se sostiene en que los conceptos de “Interconexión” y “Roaming Internacional” no deben ser incluidos en las bases imponible porque no califican como Servicios Públicos de Telecomunicaciones ni como Servicios Concedidos”.*

214. Por su parte, el Derecho Especial al Fitel, es un mecanismo para financiar proyectos de telecomunicaciones en áreas rurales o consideradas de preferente interés social. El financiamiento de este Fondo se realiza a partir de un porcentaje de los ingresos de las empresas operadoras de telecomunicaciones. Luego de describir el marco legal aplicable, TELEFÓNICA afirma que: *“76. Es importante anotar una vez más que, en este arbitraje, Telefónica no cuestiona la naturaleza jurídica del Derecho Especial al Fitel ni su obligación de pagarlo. Nuestro cuestionamiento es netamente contractual y está referido a que los conceptos de “Interconexión” y “Roaming Internacional” no califican como Servicios Públicos de Telecomunicaciones ni son Servicios Concedidos”.*

215. A continuación, TELEFÓNICA afirma que: *“77. De acuerdo con los Contratos de Concesión y a la legislación aplicable, las demandadas deben respetar condiciones acumulativas para incluir un ingreso económico de Telefónica como parte de la base imponible, tanto del Aporte por Regulación como del Derecho especial al Fitel. Estos son:*

a) La base imponible de los Contratos de Concesión únicamente puede incluir ingresos obtenidos de la prestación de Servicios Concedidos;

- b) Para que un servicio pueda ser considerado “concedido”, previamente debe haber sido calificado como Servicio Público de Telecomunicaciones; y*
- c) La base imponible se determina sobre los ingresos brutos facturados y percibidos anualmente, deducidos los Cargos de Interconexión, el Impuesto General a las ventas y el Impuesto de Promoción Municipal”.*

216. Respecto a a), se hace referencia a la definición de servicios concedidos identificado en los CONTRATOS, que remiten a las cláusulas 5.1, que a su vez refieren al Servicio Público de Telefonía Móvil definido en los CONTRATOS, que solo pueden ser prestados dentro de las áreas de concesión. Conforme a estos términos, se afirma que no todos los ingresos obtenidos por TELEFÓNICA deben ser incluidos en la base imponible de los Aportes por regulación y el Derecho Especial al Fitel, ya que conforme al marco de los CONTRATOS, únicamente se pagarán aportes y derechos por aquellos conceptos que se presten por efecto de estos, es decir, que califiquen como Servicios Concedidos (que son los Servicios Públicos de Telefonía Móvil para el CONTRATO 1 y los Servicios de Comunicaciones Personales para los CONTRATOS 2 y 3), todos ellos prestados en el área concedida (territorio peruano).

217. Respecto a b), TELEFÓNICA afirma que los DEMANDADOS solo pueden incluir en la base imponible de los CONTRATOS a los conceptos que califiquen como servicios públicos de telecomunicaciones cuyas características son: (i) Servicio público, que en el Perú requiere de una declaración expresa en una norma y que conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional requiere de una serie de elementos, como su naturaleza esencial para la comunidad, la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo, su naturaleza regular, es decir, debe mantener un estándar mínimo de calidad y la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad; (ii) Servicios Públicos de Telecomunicaciones (artículos 8, 9 y 40 de la Ley de Telecomunicaciones y 23 del Reglamento) que hay que distinguirlos de otras obligaciones de las empresas operadoras que no son servicios sino facilidades, obligaciones regulatorias, mandatos, liberalidades, etc., además deben ser calificados como tales en la normativa aplicable, deben ser brindados al público en general, que se presten sin discriminación alguna y que se cobre una contraprestación tarifaria.

218. Respecto a c), se afirma que LOS DEMANDADOS solo pueden calcular la base imponible sobre los ingresos brutos facturados y percibidos, descontando ingresos por cargos de Interconexión, IGV y el Impuesto de promoción municipal. TELEFÓNICA afirma que: “102. *Los Contratos de Concesión regulan cómo se calcula la base imponible y los montos que se deben pagar a través de una remisión expresa a los procedimientos establecidos en las normas de telecomunicaciones*”, que son: (i) El artículo 1 del Decreto Supremo No. 012-2002-PCM regula la base de cálculo del Aporte por Regulación, mientras en el

caso del Derecho Especial al FITEL, aplica el artículo 64 del Decreto Supremo No. 008-2001-PCM.

219. A continuación, TELEFÓNICA afirma que el Roaming Internacional no debe ser incluido en la base imponible, ya que se trata de una facilidad (y no un servicio) de la cual disponen los sistemas de telefonía móvil y que permite a los usuarios de una empresa de telecomunicaciones efectuar o recibir llamadas telefónicas en su equipo terminal a través de la red de otra empresa operadora. Los términos y condiciones en los que se brinda el Roaming se establecen en los acuerdos entre empresas operadoras (la operadora con la que el usuario mantiene una relación contractual en su país de origen y la operadora anfitriona que ofrece la cobertura en el país visitado acuerdan las tarifas de Roaming para los productos ofrecidos). El ordenamiento jurídico peruano reconoce la accesoriadad del Roaming Internacional al calificarlo como un Servicio Suplementario o Adicional a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones. Los artículos 21 y 21-A del TUO de las Condiciones de Uso vigente hasta el 08 de octubre de 2022, así lo entendió. Los artículos 25 y 47 de la nueva normativa aprobada mediante Resolución de Consejo Directivo No. 172-2022-CD/OSIPTEL, hacen lo propio.

220. El Roaming internacional puede ser Saliente y Entrante. En términos técnicos el Roaming Internacional Saliente es el servicio ofrecido por el Concesionario a un número determinado de sus clientes, cuando éstos se encuentran en otro país (por ejemplo, Italia) y por tanto fuera de su red, quienes utilizan la red del operador extranjero para realizar servicios de telefonía móvil. Para estos efectos, el Concesionario debe haber contratado, previamente, la facilidad con una operadora del país foráneo. Se trata pues de un servicio minorista prestado fuera del área de concesión y que no usa en ningún caso la red del Concesionario, se requiere de la interacción de más de una operadora de telecomunicaciones (las condiciones del acuerdo no están reguladas), el Concesionario ofrece el servicio de roaming saliente a los clientes que cumplan ciertos requisitos (por ejemplo, depende del plan contratado).

221. TELEFÓNICA identifica que, en términos técnicos, el Roaming Saliente se trata de un Servicio de Telecomunicaciones (permite establecer la comunicación entre personas o sistemas, donde la empresa extranjera usa su propia red de telecomunicaciones), pero no es un Servicio Público de Telecomunicaciones en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, porque no se encuentra incluida en la lista taxativa de Servicios Públicos de Telecomunicaciones del Reglamento. Además, no está a disposición del público en general sin discriminación alguna. Por último, existe contraprestación tarifaria. Al no cumplir con todos los requisitos necesarios para ser considerado como un Servicio Público de Telecomunicaciones según la normativa aplicable y, por tanto, según

los CONTRATOS, no es un concepto que deba ser incluido en el cálculo de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.

222. Además, como se trata de una facilidad existente por acuerdo voluntario entre operadoras de diferentes países, el Roaming Internacional no ha sido incluido como un Servicio Concedido (los CONTRATOS establecen específicamente que los Servicios Concedidos se prestan exclusivamente en el territorio peruano).

223. Por su parte, se afirma que el Roaming Internacional Entrante tampoco es un Servicio Público de Telecomunicaciones, ya que se trata de una facilidad prestada por una empresa operadora local a una empresa operadora extranjera, para que uno de los abonados de esta última -que se encuentra geográficamente en Perú- acceda a la red de la empresa local. En este caso, la facilidad es prestada por el Concesionario sin que exista una relación jurídica o comercial con el usuario, tan solo debe existir un acuerdo privado entre ambas operadoras involucradas y habilitar el Roaming. Se trata pues de una facilidad mayorista prestada por el Concesionario en el Perú a operadores extranjeros para que sus clientes (los del operador extranjero) puedan utilizar servicios móviles, que solo puede prestarse previo acuerdo privado mayorista entre las dos operadoras o con un intermediario (las condiciones establecidas en estos acuerdos no están reguladas), y donde el Concesionario recibe el pago de la operadora anfitriona por el uso que su cliente haga de la red (el pago será de acuerdo con las tarifas negociadas entre las dos operadoras) sin tener relación contractual con el cliente final (el de la operadora extranjera). Además, el pago es realizado por la empresa extranjera por el uso de la red (pago mayorista).

224. No se trata pues, en términos técnicos, de un Servicio Público de Telecomunicaciones, porque no es un servicio que el Concesionario ofrece a sus clientes, sino una facilidad que se ofrece a operadoras extranjeras. Además, no está declarado como Servicio Público de Telecomunicaciones en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, no está a disposición del público en general sin discriminación alguna y no existe una contraprestación tarifaria a favor del CONCESIONARIO (Resolución de Consejo Directivo No. 060-2000-CD-OSIPTEL106 -Reglamento General de Tarifas). TELEFÓNICA afirma que esta lógica se replica en los CONTRATOS, los cuales entienden que será tarifa el monto que pague el abonado o usuario del Servicio Público de Telecomunicaciones. En consecuencia, no es un concepto que deba ser incluido en el cálculo de la Base Imponible del Aporte por Regulación y del Aporte Especial al Fitel.

225. Luego TELEFÓNICA identifica que los propios DEMANDADOS han considerado que el Roaming (tanto el entrante como el saliente) es una facilidad y no un servicio público de telecomunicaciones, citando para el efecto la

Resolución de Presidencia No. 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997 (es una facilidad) y la RTF No. 07724-8-2018 del 10 de octubre de 2018.

226. Como conclusión, esta parte entiende que la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial a Fitel debe calcularse sin considerar los ingresos provenientes del Roaming Internacional, ya que estos no provienen la prestación de Servicios Concedidos (pues estos son los únicos que los Concesionarios pueden prestar en virtud de los Contratos de Concesión que contienen la obligación de pago) calificados, además, como Servicios Públicos de Telecomunicaciones, según las normas aplicables integradas a los CONTRATOS.

227. Respecto a los Cargos de Interconexión, se afirma que los ingresos derivados de la relación de interconexión no califican como ingresos percibidos en calidad de contraprestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y, por tanto, no deben formar parte de la base imponible para el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel. De hecho, incluso por mandato expreso de las normas aplicables —incorporadas a los CONTRATOS— deben deducirse de su Base Imponible.

228. TELEFÓNICA desarrolla una explicación acerca del servicio de telefonía móvil, que es un servicio de conexión a la red telefónica pública mediante una red inalámbrica, en la cual los usuarios tienen la posibilidad de originar y recibir/terminar llamadas telefónicas (originación y terminación de llamadas, que pueden ser “on net” y “off net”). Cuando la llamada se origina en la red del operador A y debe terminar en la red del operador B, este último debe prestar a A el servicio de interconexión, sin necesidad de tener una relación comercial con el usuario que origina la llamada.

229. TELEFÓNICA hace suya la definición de Interconexión contenida en el artículo 3 de la Resolución No. 134-2012-CD/OSIPTEL -TUO de las Normas de Interconexión, destacando que es un medio que permite a los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones ofrecer a sus usuarios la posibilidad de comunicarse con otros usuarios de otros proveedores de servicios de telecomunicaciones de la misma naturaleza. Precisamente por ello y debido a que se trata de aspectos técnicos de redes de telecomunicaciones, los DEMANDADOS no podrán concluir que la interconexión en sí misma califica como un servicio público de telecomunicaciones, ya que se trata de una obligación que es extensible a todos los operadores (no le corresponde únicamente al operador dominante), y si bien supone la realización de un acceso bilateral, es a la par un concepto que debe ser remitido a un contexto parcialmente diferente, ya que, siendo definida como una vía de enlace entre redes, el derecho de interconexión presupone necesariamente la pluralidad de las mismas.

230. En este contexto, los cargos de Interconexión (artículo 14 de las Normas de Interconexión) constituyen contraprestaciones que paga o recibe una empresa operadora que se interconecta en las redes de otra. El flujo del pago dependerá del origen de llamada. Se trata de una facilidad para conectar redes de telefonía distintas que está recogida también en los CONTRATOS (cláusula 10 y Secciones 2.02 y 8.14 del CONTRATO 1, cláusulas 2.2 y 10 de los CONTRATOS 2 y 3), los que regulan a la Interconexión, no como Servicio Concedido ni como Servicio Público de Telecomunicaciones, sino como una condición esencial para la prestación de estos. En ese sentido, se afirma que: *“179. (...) estos Contratos recogían e integraban a sí los criterios ya establecidos en la normativa. Desde el año 1994, en virtud del Reglamento de Telecomunicaciones [artículo 106], la interconexión ya se consideraba como una condición esencial de la concesión, pero no como un Servicio Público de Telecomunicaciones”*. Para luego precisar que el TUO de las Normas de Interconexión refleja esta misma situación. Además, se observa que en ninguna parte de la suscripción o mandato de interconexión interviene el usuario final o abonado, por lo que la Interconexión no es parte de los Servicios Concedidos de los CONTRATOS, ya que no tendría sentido que el MTC conceda un servicio que no se presta al usuario final.

231. A continuación, se afirma que los cargos de interconexión han sido expresamente excluidos de la Base Imponible por las normas integradas a los CONTRATOS: Para el pago del Aporte por Regulación (artículo 1 del Decreto No. 012-2002-PCM) y para el Derecho Especial a Fitel, el artículo 2 del mismo dispositivo, lo que ha sido ratificado por el Tribunal Fiscal (por ejemplo, Resolución 17834-10-2012).

232. Además, el Servicio de Interconexión técnicamente es un Servicio Público de Telecomunicaciones pero en el mercado mayorista, porque la estructura de la prestación de este servicio genera que la empresa que usa la red deba pagar un cargo por interconexión, no existiendo ninguna relación entre el usuario de una red con la otra (pago mayorista). No está declarado como Servicio Público de Telecomunicaciones en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, porque es una obligación de los Concesionarios y una condición esencial de la concesión en los CONTRATOS (artículo 106 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones). Tampoco está a disposición del público en general sin discriminación alguna, porque es un servicio mayorista y no existe una contraprestación tarifaria a TELEFÓNICA. Así se recoge en los CONTRATOS (definición y cláusula 9 del CONTRATO 1 y definición en los CONTRATOS 2 y 3) y en el TUO de las Normas de Interconexión (artículo 14) que no le reconoce la naturaleza de una tarifa (ya que tarifa es el precio que paga el abonado o usuario del Servicio Público de Telecomunicaciones). Así ha sido ratificado por

el Tribunal Fiscal (Resolución del Tribunal Fiscal No. 17834-2012 del 26 de octubre de 2012).

233. En consecuencia, se afirma que: *“196. La base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial a Fitel debe calcularse sin considerar los ingresos provenientes del servicio de Interconexión, ya que estos no provienen la prestación de Servicios Concedidos ni de Servicios Públicos de Telecomunicaciones.*

197. (...) un límite para que las Demandadas cobren los conceptos cuestionados en este arbitraje es que estos conceptos solo deben ser incluidos si es que califican como Servicios Concedidos, pues estos son los únicos que los Concesionarios puedan prestar en virtud de los Contratos de Concesión que contienen la obligación de pago”.

234. Respecto a que no es un Servicio Público de Telecomunicaciones según las normas aplicables integradas a los CONTRATOS, ya que si bien es un Servicio Público de Telecomunicaciones, no está a disposición del público en general sin discriminación, no ha sido declarado como Servicio Público de Telecomunicaciones por el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y no existe contraprestación tarifaria a TELEFÓNICA.

235. En conclusión, respecto de su Primera Pretensión Principal, TELEFÓNICA afirma que: *“205. (...) la obligación de pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel nace de los Contratos de Concesión, específicamente de las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000 y 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C (...)*

206. Así, la regulación contractual pactada entre las partes obliga a Telefónica a pagar -y, por lo tanto, le será contractualmente exigible- el Aporte por Regulación y el Derecho a Especial al Fitel de conformidad con las leyes del Perú, es decir, con la normativa aplicable. Esto es así pues los Contratos de Concesión no regulan expresamente el monto, el plazo ni la forma en la que deben pagarse estos conceptos, sino que lo hacen por referencia a la normativa.

207. En tal sentido, conforme a la normativa aplicable, las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial a Fitel se determinan en función de tres límites: (i) que sean ingresos provenientes de la prestación de Servicios Concedidos, (ii) que sean ingresos provenientes de la prestación de Servicios Públicos de Telecomunicaciones y (iii) solo se toman en cuenta los ingresos brutos facturados y percibidos, deducidos los cargos de interconexión.

208. Por tanto, no serán parte de estas Bases Imponibles los ingresos que provengan de facilidades o servicios que no califiquen como Servicios Concedidos y como Servicios Públicos de Telecomunicaciones.

209. Por un lado, como explicamos en la Sección II.E de esta Demanda, el Roaming Internacional (tanto el Entrante como el Saliente) no califican como Servicios Concedidos ni como Servicios Públicos de Telecomunicaciones, por

lo que los ingresos provenientes de la prestación de ambas facilidades no deben formar parte de las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel.

210. Lo anterior implica que, para efectos de los Contratos de Concesión, que integran las normas aplicables en sus cláusulas 8.19 y 22.1 (Contrato Tele 2000) y 8.17 y 8.20 (Contratos Bloque A y Bloque C) no resulta contractualmente exigible a Telefónica pagar el Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel por el concepto de Roaming Internacional.

211. Por otro lado, como explicamos en la Sección II.F de esta Demanda, la Interconexión no califica como Servicio Concedido ni como Servicio Público de Telecomunicaciones, por lo que los ingresos provenientes de la prestación de esta facilidad no deben formar parte de las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel.

212. Al igual que en el caso anterior, esto implica que, para efectos de los Contratos de Concesión, que integran las normas aplicables en sus cláusulas 8.19 y 22.1 (Contrato Tele 2000) y 8.17 y 8.20 (Contratos Bloque A y Bloque C), no resulta contractualmente exigible a Telefónica pagar el Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel por el concepto de Interconexión”.

236. Respecto a la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, afirma esta parte que, como en el marco de los CONTRATOS, no resulta exigible a TELEFÓNICA el Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel por los conceptos de Roaming internacional e Interconexión, la consecuencia necesaria de ello ante la inclusión de ambos conceptos en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y Derecho Especial a Fitel, es el desconocimiento de los términos contractuales de los CONTRATOS; en otras palabras, su indebida inclusión implica un incumplimiento contractual.

237. Más precisamente, se afirma: “216. *Específicamente, la inclusión de estos conceptos supone un incumplimiento de las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000 y 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C al realizarse el cobro del Aporte por Regulación y del Derecho Especial a Fitel de forma contraria a las leyes del Perú (normativa aplicable)*”.

238. En cuanto a la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, se afirma que, existiendo incumplimiento, TELEFÓNICA debe ser indemnizada respecto a los pagos ya realizados, en los que se ha exigido pagar el Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel incluyendo indebidamente en la Base Imponible los conceptos de Roaming internacional e Interconexión y el cobro de intereses y tasas de interés contrarios al ordenamiento jurídico por el supuesto incumplimiento de los pagos oportunos del Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel.

239. A continuación, esta parte afirma que a la fecha ha pagado bajo protesto el Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel por los conceptos de Roaming internacional e Interconexión correspondientes a los ejercicios anuales de 2021 y 2022 (enero a setiembre), por lo que, al no serle exigible, solicita que, en calidad de indemnización se ordene a los DEMANDADOS el pago de S/ 3'160,180.00, más los intereses legales correspondientes. Este reclamo se configura al amparo de los artículos 1152, 1219.3, 1321 y 1428 del Código Civil.
240. Respecto de la antijuridicidad o ilicitud del hecho que genera el daño, se afirma que los DEMANDADOS vienen incumpliendo los CONTRATOS (incumplimiento de sus obligaciones contractuales asumidas): *“228. En este caso, ambas Demandadas exigen a Telefónica que ejecute sus obligaciones de pago contenidas en las cláusulas 8.19 y 22.1 (Contrato Tele 2000) y 8.17 y 8.20 (Contratos Bloque A y Bloque C) de los Contratos de Concesión desatendiendo manifiestamente que las mismas se encuentran determinadas bajo reglas específicas contenidas en la legislación aplicable (es decir, incluyendo en la Base Imponible únicamente aquellos conceptos que no constituyen Servicios Públicos de Telecomunicaciones) e imputando una tasa ilegal por el presunto retraso de la deuda. Siendo así, su conducta se encuentra enmarcada en el artículo 1321 del Código Civil peruano.*
229. Esta indebida exigencia se manifiesta en todas las resoluciones de determinación contenidas en el Anexo A-83 y resumidas en la Sección IV de este escrito (...).”
241. Respecto al factor atributivo de responsabilidad, se afirma la existencia de dolo (artículos 1318 y 1321 del Código Civil del Código Civil), porque los DEMANDADOS vienen incumpliendo manifiesta y declaradamente con su obligación de no imponer sobre TELEFÓNICA un criterio de determinación de las obligaciones de pago que no se encuentre previsto en la legislación aplicable y en los propios términos de los CONTRATOS.
242. En cuanto al nexo causal, se afirma que la conducta antijurídica de los DEMANDADOS viene generando los daños que ahora TELEFÓNICA reclama en este arbitraje (causa-efecto o causalidad adecuada).
243. Respecto al daño, se afirma que este es cierto y se trata de un menoscabo a su patrimonio como consecuencia del incumplimiento. Se trata de un daño emergente, consistente en la carga de incurrir en un gasto puntual o periódico como consecuencia del incumplimiento.
244. Respecto a la Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, se afirma que al considerar que ambos conceptos no deben ser incluidos en las Bases Imponibles y que hacerlo implica un incumplimiento

contractual de los CONTRATOS, entonces corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a los DEMANDADOS a no realizar nuevamente la conducta antijurídica.

245. En cuanto a la Cuarta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, esta parte argumentó que se justifica debido a la prolongada conducta de mala fe de los DEMANDADOS en el tiempo, por lo que es posible que se le continúe exigiendo pagar los conceptos cuestionados en este arbitraje. En tal sentido, la conducta antijurídica y el daño se continuarán generando en el tiempo, lo cual debería ser indemnizable. Al declararse la existencia de un incumplimiento contractual, el Tribunal Arbitral también puede declarar que, si dicha conducta ocurre nuevamente en el futuro, entonces TELEFÓNICA tendrá derecho a ser indemnizada.

246. En lo referente a la Quinta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, se trata de una consecuencia del amparo de la Primera Pretensión Principal, ya que los DEMANDADOS serán obligadas a no incluir en las Bases Imponibles los montos correspondientes a los conceptos de Roaming internacional e Interconexión.

247. Por último, TELEFÓNICA afirma que la indebida exigencia de pagos por conceptos contrarios a lo pactado en los CONTRATOS supone un acto contrario a la buena fe.

248. Esta parte afirma que: *“350. Como se ha observado, en virtud de las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000, las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C, las Demandadas se habían comprometido a respetar el mecanismo de determinación de las obligaciones de pago que tuviera Telefónica como Concesionaria de acuerdo con las disposiciones de la legislación aplicable.*

351. Sin embargo, actuando en contra de la buena fe en la ejecución de los contratos, tanto el MTC como el Osipitel desconocieron su obligación de sujetarse a los términos contractuales y, pese a que su error ha sido advertido en múltiples ocasiones por Telefónica, han insistido e insisten en incluir dentro de la Base Imponible servicios manifiestamente inafectos”.

249. La legislación peruana expresamente compele a las partes a guiar sus conductas de acuerdo con las obligaciones acordadas en su negocio jurídico y las exhorta siempre a actuar bajo el principio de buena fe (artículos 1361 y 1362 del Código Civil).

250. Pero, además, se afirma que: *“354. Pero, además, el Tribunal Arbitral deberá advertir que las partes se encontraban sometidas a guiar sus conductas bajo los principios del 1361 y el 1352 del Código Civil porque así lo habían decidido al establecer cláusulas que aseguraban la obligatoriedad de los términos de los*

Contratos hacia las Demandadas. En efecto, como parte concedente, el Estado expresamente garantizó el cumplimiento de sus obligaciones y, en general, de todos los términos contractuales asumidos en los Contratos.

355. Así, en las Cláusulas 3.2 referentes a las Declaraciones del Concedente de los tres Contratos de Concesión, el MTC se comprometió expresamente a cumplir con los términos pactados y a ejecutar los Contratos de acuerdo con sus propios términos. De hecho, no existe margen para que las Demandadas dejaran de cumplir las disposiciones de la legislación aplicable que reclamamos en este arbitraje en tanto que el Estado reconocía que precisamente no había leyes que le impidieran cumplir con sus obligaciones contractuales.

356. Es claro, entonces, que por referencia a la legislación aplicable peruana y por el contenido propio de las cláusulas de los Contratos, las Demandadas se comprometieron a ejecutar sus obligaciones de acuerdo con el deber de buena fe. Lamentablemente, no han cumplido con su obligación”.

251. Adicionalmente, se afirma que: “357. Telefónica tenía la expectativa legítima de que la conducta de las Demandadas se sujetaría a lo expresamente pactado en los Contratos de Concesión. Sin embargo, tal como venimos sosteniendo, ambas vienen prolongando actos que no solo son contrarios al pacto de las partes sino, en algunos casos, representaciones flagrantes de interpretaciones incongruentes, antojadizas y contrarias a la literalidad de los acuerdos” y que, además, los DEMANDADOS estarían en contra de sus propios actos.

252. En su memorial postulatorio final, TELEFÓNICA insiste en que: “La remisión expresa a la normativa peruana en los Contratos de Concesión es innegable. Contrariar dicha remisión equivaldría a invalidar cláusulas negociadas como la 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000, y las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C, así como cualquier otra obligación contractual relacionada con disposiciones normativas, incluyendo, por poner un ejemplo, las consecuencias contractuales del incumplimiento de las Condiciones de Uso. Negar su efecto contractual sería considerarlas inválidas e incapaces de tener una consecuencia legal.

La integración contractual permite que la normativa se convierta en una obligación contractual que genere un "reglamento contractual" aplicable a ambas partes, lo que implica que Telefónica está obligada a cumplir con lo establecido en la normativa correspondiente y, a su vez, tiene el derecho de exigir que no se le aplique aquello que la norma no establece. Esta integración contractual se produce de manera recíproca y tiene efectos legales vinculantes”¹².

¹² TELEFÓNICA, memorial postulatorio final, pp. 4-5.

253. Luego se afirma que: *“Nuestros Contratos de Concesión y la legislación aplicable a la que ellos nos remiten garantizan que los únicos conceptos que pueden considerarse como afectos para el pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel son aquellos que técnico-jurídicamente califiquen como Servicios Públicos de Telecomunicaciones y Servicios Concedidos”*¹³.

254. A continuación, se alega que: *“Como hemos visto a lo largo de este proceso arbitral (y como enfatizaremos en el presente Memorial Final), las partes suscribimos los Contratos de Concesión bajo una interpretación acordada respecto a la naturaleza y alcance de los conceptos “cargos de interconexión” y “roaming internacional”.*

*Estos conceptos no son tributarios, sino que derivan de una interpretación técnica y legal sobre qué es y qué no es un Servicio Público de Telecomunicaciones y un Servicio Concedido*¹⁴.

255. Luego, TELEFÓNICA afirma que: *“22. La remisión a las normas contenida en los Contratos de Concesión genera una obligación contractual con características positivas y negativas: por un lado, es cierto que Telefónica se encuentra contractualmente obligada a cumplir con lo dispuesto en la legislación aplicable. De hecho, su incumplimiento podrá significar la aplicación de penalidades o, peor aún, la caducidad de los Contratos de Concesión. Pero, por otro lado, también le genera el derecho contractual a que no se le apliquen reglas contrarias a la legislación aplicable a sus Contratos”.*

256. Luego, TELEFÓNICA identifica que: *“41. (...) las partes han sido precavidas al momento de manifestar su voluntad sobre las normas que desean que se integren al contrato. En este sentido, encontramos expresamente manifestada la remisión a la regulación peruana en distintas disposiciones de los Contratos aquí controvertidos (Cl. 8.19 y 22.1 Contrato Tele 2000, Cl. 8.17 y 8.20 Contratos Bloque A y bloque C)”.*

257. En lo referido a la Interconexión, se afirma que: *“144. (...) el Estado peruano estableció en los Contratos de 1994 un criterio de cálculo para la determinación de las bases imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel que expresamente excluye a los cargos de interconexión de todo pago. Es decir, en virtud de lo pactado en estos contratos-ley, los cargos de interconexión deben considerarse como inafectos a la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.*

145. Pues bien, al iniciar la Política de Apertura del mercado de telecomunicaciones en 1998 (hasta ese entonces los Contratos de 1994 le

¹³ TELEFÓNICA, memorial postulatorio final, p. 5.

¹⁴ TELEFÓNICA, memorial postulatorio final, pp. 6-7.

otorgaban a su titular un derecho de exclusividad en el mercado), el Estado peruano emitió una serie de normas y lineamientos a través de los cuales se comprometió a establecer un régimen de homogeneidad y no discriminación entre operadores que, en última instancia, tendría un impacto sobre la interconexión. En efecto, ahora que se reconocía la participación de más de un operador debía garantizarse que estos competieran en iguales condiciones.

(...)

147. Estas condiciones quedaron claramente reflejadas en el texto y espíritu de los Contratos de Concesión aquí discutidos, que en sus Bases e informes aprobatorios establecieron con claridad que la suscripción de los mismos se daba en cumplimiento de la Política de Apertura y del régimen de libre competencia sobre el que debían participar los operadores. Veremos, más adelante, que en el caso específico del Contrato Tele 2000 se celebró incluso un Convenio de Estabilidad que prohíbe expresamente un trato discriminatorio o diferenciado.

148. Más importante aún, en el 2002, el Estado emitió una norma donde reconfirmaba todo lo anterior. El Decreto Supremo 12-2002-PCM, norma que precisa la base de cálculo del aporte por regulación y precisan el Derecho Especial, debía, como su nombre lo indica precisar la base de cálculo que debían pagar todos los operadores.

149. ¿Cuál debía ser el criterio sobre el que sustentara esta precisión de cálculo? Pues el más beneficioso para los concesionarios: el criterio de cálculo establecido en los Contratos de Concesión de 1994. Y así lo expresó el propio Decreto Supremo 12-2002:

Que, el contrato de concesión cuya titularidad le corresponde a la empresa Telefónica del Perú S.A.A., suscrito con el Estado Peruano y aprobado mediante Decreto Supremo N° 11-94-TC del 13 de mayo de 1994, establece criterios para el cálculo y pago de los aportes por regulación y el Derecho Especial destinado al FITEL, lo cual hace necesario establecer un régimen homogéneo y no discriminatorio, aplicable a las empresas y entidades bajo el ámbito de OSIPTEL;

150. A pesar de la claridad de estas condiciones que normativamente no han variado, las Demandadas, ilegítima e irrazonablemente, se apartaron del criterio de cálculo establecido en los Contratos de 1994 y confirmado en el Decreto Supremo. A diferencia de las condiciones aplicadas a esos Contratos, aquí no excluye los cargos de interconexión de la base imponible, cobrándonos el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel por ellos.

151. Por supuesto, el establecimiento de dos regímenes paralelos con criterios de cálculo distintos es discriminatorio, anticompetitivo y no homogéneo. Esto no solo supone un abuso de derecho y una contradicción de los actos propios de las Demandadas, sino un atentado contra la seguridad jurídica y la confianza legítima con las que se negociaron y suscribieron los Contratos de Concesión aquí discutidos. (...)

152. Es una vulneración al principio de confianza legítima y al principio de seguridad jurídica. En este caso, la Administración ofreció seguridades respecto a la interpretación contractual que aplicaría en el marco de la Política de Apertura, publicando lineamientos claramente delimitados y estableciendo un marco regulatorio que definía los criterios de cálculo para casos como el discutido en este arbitraje.

(...)

157. Este principio ha sido recurrentemente analizado por tribunales arbitrales internacionales que lo han redirigido o interpretado también bajo la doctrina de las expectativas legítimas. Con las salvedades del caso, podemos observar que el contenido o premisa subyacente es el mismo que el señalado sobre la confianza legítima: la Administración no puede desconocer las seguridades brindadas a través de un marco legislativo específico en detrimento de los derechos de un privado. Más aún, cuando sus actuaciones administrativas tienen efectos contractuales”.

258. Por otro lado, se hace referencia al Decreto Supremo 20-1998-MTC que aprobó los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú que debían ser aplicables tanto a operadores de telefonía fija como a los operadores de telefonía móvil, bajo condiciones sujetas a un estándar (los Contratos de Concesión de 1994) que debían ser respetadas por los DEMANDADOS en este caso. TELEFÓNICA afirma que: “197. (...) bajo estas condiciones, que crearon más que una legítima expectativa en los distintos agentes del mercado, se suscribió, en 1998, el Contrato Tele 2000 aquí discutido y, posteriormente, incluso implicaron que el Estado peruano reconozca como válidos y contractualmente vinculantes, ciertos criterios para el cálculo del pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al FITEL”.

259. Luego se precisa que en febrero de 2002, el Estado peruano promulgó el Decreto Supremo 012-2002-PCM, titulado “Precisan base de cálculo del Aporte por Regulación a cargo de empresas bajo el ámbito de competencia de Organismos Reguladores y precisan Derecho Especial destinado al FITEL”, que reafirmó los criterios claros para el cálculo del pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial, en cuyos considerandos se indicó que: “Que, el contrato de concesión cuya titularidad le corresponde a la empresa Telefónica del Perú S.A.A., suscrito con el Estado Peruano y aprobado mediante Decreto Supremo N° 11-94-TC del 13 de mayo de 1994, establece criterios para el cálculo y pago de los aportes por regulación y el Derecho Especial destinado al FITEL, lo cual hace necesario establecer un régimen homogéneo y no discriminatorio, aplicable a las empresas y entidades bajo el ámbito de OSIPTEL”. TELEFÓNICA afirma que: “214. La literalidad de la norma no deja espacio a dudas sobre lo que las partes interpretamos respecto a los cargos de interconexión. Los Contratos de Concesión ENTEL Perú y CPT ya establecían

un criterio para el cálculo del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, y la nueva norma debía seguir ese derrotero.

215. En efecto, los criterios interpretativos para el cálculo y pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al FITEL (en ese entonces ambos tributos eran administrados directamente por el Osiptel) que se establecieron en el propio Decreto Supremo 012-2002 debían necesariamente seguir los criterios de cálculo previamente establecidos en los Contratos de Concesión de 1994. Y no podía ser de otra manera pues estos Contratos no solo habían establecido, en su momento, un régimen preferente para una sola operadora (que ahora debía ser igualado para todas las otras operadoras), sino que además habían establecido el criterio por primera vez en el ordenamiento peruano, con éxito.

216. Pero, veamos, ¿cuál era este criterio establecido en los Contratos de Concesión de 1994 que las demandadas se comprometieron contractualmente a reproducir para los Contratos de Concesión de Telefónica Móviles? Pues, exactamente aquel único criterio razonable que se podría extraer de la lectura del Decreto Supremo 012-2002: la exclusión de los cargos de interconexión.

217. En efecto, las Cláusulas 6.05 de los Contratos CPT y ENTEL Perú de 1994 habían establecido con claridad y por vez primera en el ordenamiento peruano, el criterio de cálculo para el pago de aportes:

Sección 6.05: Base de cálculo para el pago de derechos y tasas

La base de cálculo para la determinación de los tasas y derechos especiales creados por la LEY DE TELECOMUNICACIONES y por la Ley N° 26285, a que se refieren las Secciones anteriores, está constituida por los ingresos brutos facturados y percibidos anualmente por concepto de la prestación de SERVICIOS PUBLICOS DE TELECOMUNICACIONES, deducido el IGV u otros impuestos con similares efectos.

Forman parte de la base de cálculo, además, los ingresos provenientes de las liquidaciones entre empresas por el tráfico internacional de entrada y salida del país. Quedan excluidos de la base imponible, los cargos de interconexión.

(...)

220. Es a todas luces evidente que el texto del Decreto Supremo 012-2002 no puede tener una lectura distinta al texto de los Contratos de Concesión de 1994. Sea por la literalidad de ambas disposiciones o por las enormes evidencias detrás de la construcción del Decreto Supremo 012-2002, se concluirá que los cargos de interconexión deben ser excluidos del cálculo de los aportes”.

260. Respecto al Roaming, TELEFÓNICA insiste en que ambas partes interpretaron que el Roaming es una facilidad, no un servicio público de telecomunicaciones.

261. Ello sería así, porque en el marco del otorgamiento del Contrato de Concesión de Tele 2000, se afirma que el Estado peruano realizó declaraciones

a los concesionarios sobre la interpretación que debe dársele al concepto Roaming. En particular, hace referencia al Comité Especial de Telecomunicaciones del COPRI, en su Informe Final sobre la entrega en Concesión del Contrato de Tele 2000, en el que se hizo referencia a que la naturaleza del Roaming se definió a través de dos decisiones el Osiptel.

262. A partir de ello: *“268. Siendo así, es claro que el Roaming no podría ser parte del Servicio Concedido de los Contratos de Concesión. Véase al respecto las definiciones de servicio concedido que brindan los tres Contratos aquí discutidos (...) [cláusula 5.1 de los CONTRATOS]*

269. Y si no son servicios concedidos, incluso si admitiésemos la tesis errada respecto a que sí califican como Servicios Públicos de Telecomunicaciones, entonces las Demandas han excedido sus facultades contractuales y, en contravención a los límites de los Contratos de Concesión, pretenden incluir en la base imponible un concepto que escapa del pacto entre las partes”.

263. Por último, TELEFÓNICA afirma que: *“276. Evidentemente, lo que solicitamos en este proceso arbitral no es una revisión, sino una interpretación contractual y la declaración de incumplimientos contractuales. Por tanto, lo petitionado en sede judicial y en sede arbitral no es similar como graficaremos al mostrar las pretensiones entre ambos procesos”.*

264. En su memorial de cierre, TELEFÓNICA precisa que: *“2. Contrariamente a lo señalado por la contraparte, Telefónica no ha cuestionado ni el contenido de la base imponible, ni el alcance de las Resoluciones de Determinación, sino las consecuencias contractuales que derivan de ello: dichos actos de la Administración contradicen los términos de los Contratos de Concesión y, por lo tanto, constituyen incumplimientos contractuales más allá de la discusión regulatoria”.*

265. Por otro lado, indica esta parte que: *“4. Específicamente, las Demandadas se han concentrado en señalar que la última frase de la Pretensión tornaría no arbitrable nuestros reclamos pues, de declararse fundada, supondría que el Tribunal Arbitral se arrogue atribuciones de imperio. Esto es falso.*

5. Tal como hemos señalado en las Audiencias, la indicación final de la Pretensión “pues no forman parte de las Bases Imponibles” no es más que la causa del incumplimiento contractual que denunciamos. En efecto, tal como se desprende de una lectura integral de la Pretensión, Telefónica le ha solicitado al Tribunal Arbitral que emita una declaración de inexigibilidad contractual de dos conceptos que fueron incluidos en las Resoluciones de determinación pese a no ser Servicios Concedidos”.

266. También se afirma que: *“28. La decisión sobre si los conceptos controvertidos en este arbitraje son o no Servicios Concedidos, como podrá*

advertir el Tribunal Arbitral, no es una discusión tributaria, sino contractual. La Autoridad Tributaria no podría establecer si existe una vulneración a los derechos de Telefónica en el marco de los Contratos de Concesión.

29. Por ello, la tarea del Tribunal Arbitral que exigen las Pretensiones planteadas en nuestra demanda es la de interpretar los Contratos de Concesión y, a partir de lectura de las obligaciones contenidas en ellos, evaluar la conducta de las Demandadas durante cerca de veinte años de controversia. Por supuesto, esta labor de interpretación debe realizarse no solo a partir del análisis del propio texto contractual sino también a partir de las Leyes y Disposiciones Aplicables a los Contratos como señalan estos mismos". Para estos efectos, se cita la cláusula 21 del CONTRATO 3.

267. *A partir de esta afirmación, TELEFÓNICA entiende que: "30. La Demandante considera que, de esta evaluación, solo se podrá concluir que tanto el MTC como el Osiptel han venido incumpliendo las Cláusulas de Obligaciones de Pago y Régimen Tributario Aplicable contenidas en los Contratos de Concesión. Como consecuencia de este hallazgo, el Tribunal podrá concluir que, los conceptos denunciados no son Servicios Concedidos y, consecuentemente, no generan una obligación de pago".*

268. *Sobre este particular, se afirma: "34. Durante las Audiencias, la contraparte ha desprendido la idea de que las Cláusulas de Obligaciones de Pago y Régimen Tributario Aplicable cuyo incumplimiento denunciarnos contendrían meras afirmaciones de cumplimiento sobre el pago del APR y el DE al que todas las operadoras de telefonía se encuentran obligadas. Se ha querido dar a entender que, en el mejor de los casos, si es que existen obligaciones que se desprenden de estas cláusulas, estas son sencillamente una afirmación de lo que dicta la legislación y que solo se encuentran en cabeza de Telefónica, y no del MTC o del Osiptel.*

35. Asumir una posición como esta vaciaría de todo contenido jurídico a ambas cláusulas y, sobre todo, niega el carácter recíproco y silanagmático de la obligación. Ciertamente, las cláusulas recogen, en parte, algunas de las obligaciones que la legislación impone a todas las operadoras, pero no se puede limitar su sentido únicamente a este extremo pues no se trata de una condición unidireccional.

36. El Tribunal Arbitral debe advertir que no nos encontramos frente a meros dispositivos de remisión que carecen de un sentido contractual. Si es que las partes pactamos la inclusión de dos cláusulas referidas a las obligaciones de pago y al régimen tributario aplicable, necesariamente estas deben tener un sentido dentro de los propios Contratos de Concesión.

37. Este sentido es el de crear obligaciones y derechos tanto en cabeza de Telefónica como del MTC y el Osiptel. Cualquier interpretación, incluso la más estricta, nos llevará a la misma conclusión.

38. Y es que debemos ser claros en señalar que cualquier interpretación que se haga de las Cláusulas de Obligaciones de Pago y de Régimen Tributario Aplicable involucra realizar un análisis tanto del objeto de los Contratos como de los riegos o cargas asumidas por las partes”.

269. TELEFÓNICA culmina sus argumentos, afirmando: “41. Primero, como se observa, irremediamente se debe concluir que existe un componente que es exclusivamente contractual en el incumplimiento de las Cláusulas señaladas y, de hecho, que responde tanto al objeto de los Contratos mismos (determinar cuál es el objeto de la concesión). Este componente no se encuentra en la legislación ni en las facultades inherentes de la Administración.

Por el contrario, el objeto y riesgos asumidos por Telefónica en las Concesiones se encuentran dentro de los límites señalados en los propios Contratos y a ellos se debe acudir para determinar cualquier obligación que incorpore dentro de sí el elemento concesión.

42. De un lado, respecto al objeto del contrato, Telefónica ha venido señalando que esta es una controversia sobre Servicios Concedidos pues no es posible, en ningún sentido, interpretar cuál es el alcance jurídico de las cláusulas de Obligaciones de Pago, y, por ende, establecer si estas se han incumplido, sin determinar qué se debe pagar en virtud de ellas.

43. En efecto, la prestación de los servicios que se obtienen en virtud de una concesión otorgada por el Estado solo puede estar limitada al objeto de lo que el Estado ha concedido. En esa medida, las obligaciones de las partes (cualesquiera sean ellas) en el contrato de concesión relevante solo puede alcanzar a los servicios efectivamente concedidos.

44. En este caso, ni el roaming ni la interconexión, en ningún sentido, forman parte del objeto de la concesión otorgada a Telefónica. En parte alguna de los Contratos de Concesión se encontrará que se regulan estos dos servicios como servicios otorgados a las concesiones de Telefónica y, de hecho, el pronunciamiento de la Corte Suprema no tiene mayor impacto sobre este punto como veremos en el acápite III infra.

45. Segundo, las Cláusulas de Obligaciones de Pago y de Régimen Tributario Aplicable contienen obligaciones de naturaleza sinalagmática que deben interpretarse según la asignación de cargas y riesgos de cada parte. Tal como hemos señalado en las Audiencias, en una relación sinalagmática ambas partes en un contrato comparten cargas, obligaciones y/o prestaciones. En efecto, el cumplimiento de una de las partes de alguna de sus obligaciones tiene una contrapartida en el cumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

46. Lo anterior debe leerse de la siguiente manera. Como natural consecuencia del establecimiento de un vínculo contractual, con derechos y obligaciones, existe una relación de bilateralidad entre ambas partes que, en el caso particular de los Contratos discutidos, está impregnada del principio de reciprocidad de prestaciones. Es decir, por un lado, Telefónica, al participar de la concesión de los servicios de telefonía móvil, obtiene determinados beneficios y asume

también riesgos; mientras que, por el otro lado, el concedente garantiza la prestación de un servicio público a la población y cobra los pagos que legítimamente correspondan en virtud de las obligaciones asumidas por su contraparte contractual dentro de los límites establecidos en los propios Contratos de Concesión.

47. Nos encontramos, entonces, frente a una relación sinalagmática en la que la interdependencia de las obligaciones asumidas tanto por Telefónica como por las Demandadas obedece a una recíproca causalidad entre ellas. Decimos, así, que las obligaciones que asumimos en los tres Contratos de Concesión sirven de causa a las obligaciones de nuestra contraparte (y viceversa).

48. Por parte de Telefónica, sus obligaciones son indispensables en tanto que no solo son una condición elemental que debe cumplir como sociedad concesionaria, sino también porque la recaudación de estos conceptos cumple con un objetivo para nuestras contrapartes contractuales: financiar los servicios del Fitel (ahora Pronatel) y del Osiptel. Esta es la obligación que asume Telefónica cuando adquiere la calidad de concesionario, de acuerdo con las Cláusulas de Obligaciones de Pago y Régimen Tributario.

49. De otro lado, nuestras contrapartes tienen la obligación respetar los límites de los Contratos de Concesión al momento de cobrar el Derecho Especial y del Aporte por Regulación. En tanto la obligación de pago se sujeta a la existencia de un título habilitante (esto es, los Contratos de Concesión), entonces todo cobro por fuera de dicho título es contrario a los riesgos económicos asumidos por Telefónica. Esta son las obligaciones del MTC y del Osiptel de acuerdo con las Cláusulas de Obligaciones de Pago y Régimen Tributario: respetar que Telefónica pague solo por aquello que el Contrato le autoriza a prestar como Servicio Concedido.

50. Solo a partir del adecuado cumplimiento de estas obligaciones por ambas partes podemos hablar de un justo equilibrio sinalagmático. Por ello, es importante tener en consideración algo más. Al analizar el objeto de los Contratos de Concesión, el Tribunal Arbitral debe tomar en consideración la propia naturaleza de las obligaciones en ellos contraídas por Telefónica y sus contrapartes y cómo conversan estas con los servicios concedidos.

51. En el caso de los Contratos de Concesión aquí discutidos, la asignación de riesgos que asumió cada parte necesariamente tiene que estar vinculada al objeto de los Contratos. Como decíamos en el acápite anterior, todas las obligaciones, riesgos y cargas que hemos asumido las partes solo pueden estar circunscritas al objeto del contrato; de otra forma, no son riesgos ni cargas del contrato.

(...)

55. Como señalamos durante las Audiencias, si bien es cierto que el APR y el DE al FIDEL nacen por Ley, no es menos cierto que solo pueden ser cobrados a quienes cuentan con un título habilitante. Es decir, el alcance de los Contratos de Concesión es el límite que las Demandadas se comprometieron a respetar a favor de Telefónica”.

Posición de los DEMANDADOS

270. En su memorial de contestación de la demanda, el MTC identifica que el Aporte al FIDEL constituye un tributo (Tribunal Fiscal, Resolución N°416-1-2009, emitida con carácter de observancia obligatoria), que ostenta la naturaleza tributaria de una “Contribución”, por lo que le resultan de aplicación las normas contenidas en el TUO del Código Tributario.

271. El artículo 12 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones (Decreto Supremo N° 013-93-TCC y modificatorias), dispone: “*Artículo 12°.- Los operadores de servicios portadores en general, de servicios finales públicos, del servicio público de distribución de radiodifusión por cable y del servicio público de valor añadido de conmutación de datos por paquetes (acceso a Internet), destinarán un porcentaje del monto total de su facturación anual, a un Fondo de Inversión de Telecomunicaciones que servirá exclusivamente para el financiamiento de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares de preferente interés social. El referido Fondo podrá financiar también redes de transporte de telecomunicaciones.*”

El porcentaje sobre la facturación a que se hace referencia, será específicamente señalado por el reglamento de esta Ley.” El artículo 238 del Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, regula esto último.

272. Se destaca, que: “52. (...) una gama de servicios de telecomunicaciones se encuentran en el ámbito de aplicación del Aporte al FIDEL”.

273. El artículo 13 de la Ley de Telecomunicaciones, define a los Teleservicios o Servicios Finales y señala al Servicio Telefónico Fijo y/o Móvil como una de sus modalidades, en los términos siguientes: “*Artículo 13.- Se considera teleservicios o servicios finales a aquellos servicios de telecomunicaciones que proporcionan la capacidad completa que hace posible la comunicación entre usuarios.*”

Forman parte de estos servicios finales, entre otros, los siguientes:

a) *El servicio telefónico, fijo y móvil (...).”*

274. En cuanto a la condición que exige el carácter público que tienen que adoptar este tipo de servicios, el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones señala: “*Artículo 40°.- Serán considerados servicios públicos de telecomunicaciones aquellos servicios declarados como tales en el reglamento de esta Ley, que estén a disposición del público en general y cuya utilización se efectúe a cambio del pago de una contraprestación. Su prestación será normada por la presente Ley y podrá ser reglamentada cuando por las características del servicio ello*

fuere necesario (...)". El artículo 23 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones específica en qué términos debe darse su disponibilidad al público y el tipo de contraprestación mencionadas generalmente en la ley de telecomunicaciones, agregándose en su segundo párrafo, entre otros, que los servicios finales de telecomunicaciones pueden ser públicos, en los términos allí descritos.

275. El MTC afirma que, de la "57. (...) *interpretación de ambas normas, para el caso de los servicios finales, se colige que éstos tendrán carácter público siempre que cumplan con lo siguiente: (i) que sean declarados como públicos en el reglamento general de telecomunicaciones, es decir, que dicho carácter le sea reconocido en la indicada norma; (ii) que estén a disposición del público en general y; (iii) que se provean a cambio de una contraprestación de naturaleza tarifaria; siendo que las dos últimas características (disponibilidad pública y contraprestación tarifaria) deben efectuarse sin discriminación a ningún usuario y en el marco de las capacidades de oferta técnica de los operadores que los ofrecen. Condiciones que tienen que ser objeto de verificación por cada tipo de servicio final de telecomunicaciones (el servicio telefónico) a fin de determinar su carácter público*".

276. MTC identifica que, en diversos artículos de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, se da cuenta del cumplimiento de cada una de las condiciones o requisitos por parte del servicio telefónico final y/o móvil para considerarlo un servicio público (artículos 3 y 67 de la Ley; artículos 9, 10 y 53(1) del Reglamento).

277. Seguidamente, el MTC concluye que: "63. *En tal sentido, se puede afirmar que el servicio final de telecomunicaciones denominado "Servicio Telefónico fijo y/o móvil", en su integridad (y no solo una parte, componente y/o servicio que la facilita o completa); ostenta la calidad de servicio público de telecomunicaciones en virtud a lo indicado en el segundo párrafo del artículo 23° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones; con lo se ha completado el análisis del aspecto material de la hipótesis de incidencia del Aporte al FITEL*".

278. Por otro lado, el sujeto que presta los servicios públicos objeto de esta contribución es una "Operadora de Telecomunicaciones", quien, conforme con el Glosario de Términos del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, es aquella persona que cuenta con concesión, autorización o registro para la prestación de uno o más servicios de telecomunicaciones.

279. Por su parte, el artículo 121 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, establece que los servicios portadores, finales y de difusión de carácter público, se prestan bajo el régimen de concesión, por lo que el cumplimiento del aspecto subjetivo de la hipótesis de incidencia del Aporte al

FITEL implica que el sujeto que va prestar el servicio telefónico fijo y/o móvil, debe contar con las autorizaciones de ley para brindarlos (en este caso concesión), ostentando la condición de “Operadora de Telecomunicaciones”.

280. Respecto a la cuantificación de la base imponible, el régimen legal hace referencia al concepto de “ingresos facturados y percibidos” (artículos 238 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y 13 del Reglamento de la Ley N° 28900), el cual conforme al Tribunal Fiscal en la Resolución N° 00292-1-2012, debe entenderse como “ingresos” para efectos del cálculo de, entre otros, el Aporte al FITEL: *“Que así, el término ingreso empleado para la determinación de la base imponible del Aporte por Regulación a OSIPTEL y del Derecho Especial Destinado al FITEL, debe ser entendido en su acepción común, esto es como caudal que entra en poder de alguien”*. El MTC entiende que ello incluye todo el caudal de ingresos (facturados y percibidos) que obedece a la prestación de este tipo de servicios públicos de telecomunicaciones, en el entendido incluso, que estos provengan de prestaciones intrínsecas, adicionales, necesarias y/o complementarias, sin reparar en su denominación o su formato de cobro; siempre que estos fluyan a la esfera patrimonial del sujeto incidido (el operador de telecomunicaciones), ya que obedecen a la contraprestación económica de un servicio final público de telecomunicaciones.

281. Respecto a los Cargos de Interconexión, los ingresos por este concepto forman parte de la base imponible del Aporte al FITEL, conforme a lo dispuesto en los artículos 8, 13 y 40 de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 53(1) de su Reglamento: (i) Los servicios de telecomunicaciones se clasifican, entre otros, en servicios finales; (ii) Es un servicio final público el servicio telefónico (que permite la capacidad de comunicación completa entre usuarios); y (iii) El servicio telefónico es un servicio público que permite una comunicación: en tiempo real, a través de la red de telecomunicaciones y en ambos sentidos de transmisión.

282. A continuación, se identifica que cuando se realice el servicio telefónico entre usuarios de diferentes operadores, debe comprender necesariamente a un “servicio de terminación de llamada”, puesto que solo en este caso es necesario que un operador A contacte con otro operador B para que le brinde el servicio telefónico completo a su cliente. Así, la terminación de llamada es parte del servicio telefónico y, por lo tanto, es parte de un servicio final público de telecomunicaciones, por lo que cumple con los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones. Por tanto, se afirma que en este contexto se concluye que está gravado con el Aporte al FITEL, el total de ingresos obtenidos por el servicio telefónico, independientemente de si se cursa con o sin la intervención de la interconexión o si se percibe por llamadas originadas y terminadas en la red del mismo operador u originadas y terminadas en la red de diferente operador. En este último caso se generan dos

obligaciones económicas: (i) Relación Cliente - Operador A: El Cliente tiene una relación contractual con el "Operador A" y como contraprestación por la llamada telefónica se obliga a pagar la tarifa correspondiente; y (ii) Relación Operador A - Operador B: El "Operador A" y el "Operador B" tienen una relación contractual de interconexión (para hacer efectivo el término de la llamada), y como contraprestación por la terminación de la llamada, el "Operador A" paga al "Operador B" el cargo de interconexión correspondiente. En otras palabras, se genera un doble ingreso, donde es el usuario del servicio telefónico quien finalmente asume los cargos por interconexión que paga el Operador A al Operador B, como parte de su tarifa. Así, al ser parte del servicio telefónico, la terminación de llamada está calificada como teleservicio público o servicio final público y evidentemente cumple con los requisitos establecidos en el artículo 40 de la Ley de Telecomunicaciones, ya que: (i) La terminación de llamada al ser parte del servicio telefónico cumple con el requisito de estar a disposición del público en general; (ii) La terminación de llamada cumple con el requisito de ser prestado a cambio del pago de una contraprestación; y (iii) La terminación de llamada cumple con el requisito de ser declarado como tal en el TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones. En consecuencia, constituyen parte de la base imponible del Derecho Especial destinado al FITEL, ya que obedecen a la contraprestación económica de un servicio final público de telecomunicaciones. Estas contraprestaciones entre operadoras se denominan "cargos de interconexión" (Resolución de Consejo Directivo N° 031-2015-CD/OSIPTEL).

283. El MTC destaca que, a nivel jurisprudencial, se han emitido diversas sentencias favorables al FITEL (ahora PRONATEL) en los cuales se analiza la naturaleza jurídica de la "Interconexión", a efectos de considerar los ingresos por "cargos de interconexión" como parte de la base imponible del Aporte al FITEL, como lo es la Sentencia de Casación N° 17772-2019 de 4 de abril de 2018 de la Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia y la Sentencia de Casación N° 16510-2018 de 5 de noviembre de 2019, de la Sexta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia.

284. En conclusión, esta parte afirma que los "cargos de interconexión" forman parte de la base imponible para determinar los tributos de pago de "Aporte de Regulación al Osipitel" y del "Derecho Especial destinado a Fitel", aclarando que, conforme a lo dispuesto en el artículo 238 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, cuando se dispone la deducción de los cargos de interconexión de la base imponible del Aporte al FITEL, lo que se refiere no es a los ingresos percibidos por las operadoras, sino a los pagos efectuados por estas por el servicio de interconexión que le posibilita la terminación de llamadas en otro operador (costo del servicio que presta a los clientes). A la fecha se han emitido diversas sentencias favorables a FITEL (ahora PRONATEL), en los que

se ampara este proceder: (i) Sentencia de Casación N° 16510-2018 de 5 de noviembre de 2019, de la Sexta Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia; y (ii) Resolución N° 17 de 31 de enero de 2018 (Exp. N° 04915-2017), emitida por el Décimo Octavo Juzgado Contencioso Administrativo con su especialidad en tributario y aduanero.

285. Por otra parte, se afirma que los ingresos por Roaming Internacional forman parte de la Base Imponible del Aporte al FITEC, porque califica como servicio público de telecomunicaciones, por las mismas razones que las ya tratadas.

286. El "Roaming internacional" en telefonía es un término que se utiliza para describir la posibilidad que tiene un cliente de efectuar y recibir llamadas, utilizando su propio terminal, cuando se desplaza hacia la cobertura de otro Operador en un país distinto al Operador de su país de origen con el cual contrató el servicio de telefonía. Esto quiere decir que con el Roaming Internacional se extiende la cobertura de utilización de servicios de voz más allá de la red de la operadora de su país, permitiendo al usuario continuar utilizando el número de teléfono de su operadora local y los servicios de telecomunicaciones contratados en cualquier otro país. Para ello deberán existir acuerdos entre el Operador del lugar del cual proviene el cliente y el Operador del lugar en el cual el cliente está de visita.

287. En este caso, se tiene que el servicio de Roaming Internacional es cobrado al usuario del servicio (cliente) por la operadora con el que tiene contratado el servicio telefónico (operador de origen). Por su parte el operador de la red de telecomunicaciones que facilita su red a fin de que el usuario pueda comunicarse en su país (operador de visita), le cobra al operador de origen por el uso de red para dicho fin. Siendo este último ingreso el que se incorpora como parte del gravamen del Aporte al FITEC, porque califica como un servicio público de telecomunicaciones.

288. En ese sentido, el MTC afirma que al haberse verificado que el servicio de Roaming Internacional es un servicio público de telecomunicaciones que se brinda dentro del territorio nacional, el ingreso que perciben los operadores por dicho concepto se encuentra afecto al Aporte por Regulación al OSIPTEL y al Derecho Especial destinado a FITEC. El Poder Judicial también ha adoptado posiciones favorables al gravamen de los ingresos obtenidos por el Roaming Internacional por parte del Aporte al FITEC: Resolución N° 10 de 12 de marzo de 2021 (Exp. N° 10631-2019), del Décimo Octavo Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo con Subespecie en Temas Tributarios y Aduaneros, confirmado por la Resolución N° 17 de 23 de julio de 2021, emitida por la Sexta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo Sub Especialidad en Temas Tributarios y Aduaneros.

289. A continuación, el MTC afirma que: “124. En primer término, cabe indicar que el pago del Aporte al FITELEL no tiene ni debería tener una motivación u origen de tipo contractual, como afirma Telefónica; sino que por el contrario, y dada su naturaleza jurídica impositiva, el pago de dicha obligación tributaria (Aporte al FITELEL) obedece a una disposición de naturaleza legal y en virtud a que el contribuyente (Telefónica), a juicio de la Administración Tributaria, ha incurrido en la materialidad descrita en la hipótesis de incidencia del referido aporte.

125. En dicho contexto, lo único que han efectuado las herramientas contractuales suscritas por Telefónica (contratos de concesión), es el reconocimiento de la obligación de pago preexistente por mandato de normas tributarias (Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento y el Código Tributario), lo que se evidencia cuando las cláusulas pertinentes de estos contratos, exigen remitirse a la “legislación aplicable” para hacer efectivo el pago del aporte.

126. Asumir la postura planteada por Telefónica (esto es, que el Aporte al FITELEL tiene origen contractual y que consecuentemente, su base imponible está contenida en las cláusulas antes indicadas) para justificar el uso de la vía arbitral a fin de lograr pretensiones de evidente índole tributarias como: la circunscripción de uno de sus elementos esenciales (su base imponible) a determinados servicios y/o, la elección de un régimen tributario a otro para determinar los intereses aplicables a la moratoria de sus pagos a cuenta; resultaría no solo un contrasentido jurídico de tipo procesal, sino que implicaría asumir que en materia de obligaciones tributarias, la legislación resulta supletoria a cualquier herramienta contractual; lo que en puridad significa no solo negar el carácter tributario del Aporte al FITELEL (...), sino vaciar de contenido a todo el derecho tributario, lo que debe ser merituado por el Tribunal Arbitral a efectos del impacto jurídico del laudo.

127. Como consecuencia de lo anterior, entender que la remisión a la “legislación aplicable” efectuada en las cláusulas de los contratos, como que el Aporte al FITELEL deba pagarse en virtud a que los conceptos materia su gravamen califiquen como servicios concedidos resulta una falacia jurídica, pues ni la referida “legislación aplicable” para dicho efecto (ley de telecomunicaciones, su reglamento y eventualmente, el Código Tributario) así como tampoco los contratos de concesión, hacen alusión alguna a que la base imponible del aporte se circunscriba solo al servicio concedido (esto es, al servicio final o teleservicio del tipo servicio telefónico); lo que si hace, en congruencia a su naturaleza tributaria, es señalar taxativamente las actividades (entiéndase, operaciones y/o servicios) que son objeto de su gravamen, pero en ningún caso estas, deben (como enfáticamente afirma la demandante) estar sujetas solamente a servicios que han sido materia de la concesión; señalar ello, nuevamente, sería sujetar la potestad tributaria (entendida como facultad de crear y regular tributos) a la voluntad de las partes actuantes de un contrato, lo que contraviene absolutamente a todo razonamiento jurídico en materia tributaria.

128. Ello es así porque conforme al mandato constitucional (artículo 74° de la Constitución Política del Perú) la potestad tributaria en torno al Aporte al FIDEL (...) debe ser plasmada mediante vehículo normativo con rango de ley, lo cual excluye a que deba estar sujeta a la manifestación de voluntad de alguna o ambas partes al extremo de la relación jurídica tributaria que impone dicha ley tributaria (vale decir, la Administración o el contribuyente); por lo que lo planteado por Telefónica rompe con la lógica más básica de diseño y construcción del tejido normativo tributario.

(...)

130. Ahora bien, incluso de una revisión rápida de las cláusulas contractuales señaladas por Telefónica como sustento de su argumentación, se puede verificar que en su literalidad no concuerdan con lo planteado por ella, es decir, no contienen una descripción taxativa de los servicios que deben estar gravados con el Aporte al FIDEL (esto es de su base imponible), y menos aún que esta deba circunscribirse solo a los servicios concedidos (...)

131. De las referidas cláusulas se tiene que reconocen el cumplimiento de una obligación de pago de diversos conceptos, entre ellos, las contribuciones que establezcan las leyes y disposiciones aplicables, lo que más bien se condice con la naturaleza tributaria del aporte al FIDEL, pues según ha sido expuesto en los acápite anteriores, goza del estatus de una contribución de naturaleza tributaria y, por el mismo motivo, tiene que haber sido establecida por una ley (la ley de telecomunicaciones); lo que más bien abona nuestra postura; en el sentido de que los contratos, al no tener injerencia alguna como forma de expresión de la materia tributaria (o del poder tributario en específico), no pueden contener elementos substanciales de la contribución, tales como su base imponible”.

290. Además, en lo referente al argumento de su contraria, acerca de que debe tratarse de un servicio concedido, el MTC observa que TELEFÓNICA luego de citar las disposiciones contractuales sobre este particular, concluye que existe una limitación contenida en los CONTRATOS de que no todos los ingresos obtenidos por TELEFÓNICA deben ser incluidos en la base imponible de los Aportes por regulación y el Derecho Especial al Fitel, lo que no es cierto por lo ya explicado, y porque, como consta de las disposiciones aplicables del Aporte al FIDEL, los servicios de valor añadido (acceso a internet), que pertenecen al ámbito de la base imponible de Aporte al FIDEL, no forman parte del conjunto de servicios por los que se hace necesario gozar de una concesión (que sea o se vincule a un servicio concedido).

291. Respecto de la Primera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal, esta parte afirma que no existe incumplimiento contractual alguno, toda vez que nos encontramos frente a una pretensión vinculada a materia tributaria, al estar referida al contenido de un elemento específico de una contribución de naturaleza tributaria (esto es, su base imponible), la que no

puede (ni debe) estar contenida en herramientas jurídicas de tipo contractual; siendo que las controversias al respecto se tienen que discutir ordinariamente en la vía administrativa y, eventualmente, ante el Poder Judicial.

292. Respecto a la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, se afirma que no existiendo incumplimiento contractual alguno en los términos planteados por TELEFÓNICA, no pueden sobrevenir el pago de montos indemnizatorios a favor de la demandante.

293. En lo que se refiere a la Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, se alega que se trataría, respecto a PRONATEL, de una privación del ejercicio una de sus facultades tributarias que ostenta en virtud a su calidad de administrador tributario del Aporte al FITEL.

294. Tratándose de la Cuarta Pretensión Accesorio a la Primera la Primera Pretensión Principal, se insiste la inexistencia de incumplimiento contractual alguno en los términos planteados por TELEFÓNICA, por lo que no puede sobrevenir el pago de montos indemnizatorios a favor de la demandante por eventuales cobros a futuro.

295. Por último, en cuanto a la Quinta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, al corresponder el pago del Aporte al FITEL por los referidos conceptos, también corresponde la aplicación de los intereses que autorizan las normas tributarias aplicables, por lo que la pretensión carece de sustento válido.

296. En su memorial postulatorio final, destacan los siguientes argumentos: “34. *Los Contratos de Concesión solamente han reconocido la obligación de pago preexistente por mandato de normas tributarias (Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento y el Código Tributario), lo que se evidencia cuando las cláusulas contractuales se remiten a la ‘legislación aplicable’ para hacer efectivo el pago del aporte.*

(...)

36. Al respecto, ratificamos que el numeral 8.19 de la cláusula octava y el numeral 22.1 de la cláusula Vigésimo Segunda del Contrato Tele 2000 no regulan, ni establecen de forma expresa la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al FITEL por los conceptos (i) ‘Interconexión’ y (ii) ‘Roaming internacional’.

37. Esto se debe a que los Contratos de Concesión en la regulación peruana vigente no regulan tributos. Asimismo, el modelo tributario nacional no permite que las partes que constituyen una relación jurídico contractual puedan crear, modificar o regular bases imponibles de un tributo a través de los respectivos

contratos, de conformidad al principio de legalidad, el cual es reconocido por el Código Tributario y la Constitución Política del Perú. Por lo que, debemos señalar que, en nuestro ordenamiento nacional, las partes que se relacionan a través de un Contrato, no pueden regular tributos.

38. Asimismo, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 1351 y 1354 del Código Civil Peruano, las partes relacionadas jurídicamente a través de un contrato no tienen la libertad de pactar aquello que las normas de carácter imperativo impiden o disponen. Por tanto, no es posible que las partes hayan pactado la base imponible de tributos a través del Contrato de Concesión. Dicho acto sería contrario a Ley.

39. Luego de la revisión de las cláusulas mencionadas por Telefónica en su demanda arbitral no se concluye que dichos conceptos no formen parte de la base imponible del aporte, sino que Telefónica tiene la obligación de cumplir con pago de, entre otras, la contribución tributaria del Aporte al FTEL según lo que establezcan las normas aplicables, las que para el presente caso son la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General y el Código Tributario, de conformidad a su naturaleza tributaria.

40. En consecuencia, atendiendo a su naturaleza tributaria, no es posible encontrar en los contratos de concesión referencias a la base imponible del Aporte al FTEL. las cláusulas de los contratos de concesión no pueden contener pacto alguno sobre el contenido del Aporte al FTEL (principio de legalidad), por lo que la pretensión de Telefónica carece de sustento legal y contractual y debe ser declarada infundada.

41. Respecto a la primera pretensión principal, también corresponde precisar que las cláusulas 8.17 y 8.20 de los Contratos de Concesión (Bloques A y C), no regulan ni establecen de forma expresa, ni de ninguna otra forma, la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional" (...)

42. Como se puede verificar, en ningún acápite, extremo, ni párrafo de los Contratos de Concesión las partes han creado o modificado tributos. Tampoco se ha estipula el hecho generador o se ha regulado la base de cálculo imponible por algún tributo.

43. La razón principal de tal constatación es que los Contratos de Concesión no pueden regular tributos en la normatividad vigente peruana. Nuestro modelo tributario no permite que las partes que constituyan una relación contractual puedan crear, modificar o regular las bases imponibles de un tributo a través de los respectivos contratos.

(...)

59. Al respecto, desvirtuando la posición de TELEFÓNICA, ratificamos que los Contratos de Concesión tampoco tienen la potestad de regular qué es o no, un servicio público de telecomunicaciones, ya que ello es facultad imperativa del Estado a través de la normatividad vigente.

(...)

70. El Código Civil es claro cuando señala que es sujeto de indemnización quien no ejecuta sus obligaciones. En ningún extremo de los Contratos de Concesión se ha pactado que es obligación del MTC “determinar la base imponible de los tributos”, por lo tanto, es una obligación inexistente (no es potestad de las partes poder crear tributos)”.

297. En su memorial de cierre, destacan las siguientes afirmaciones: “32. Ratificamos que el pago del Aporte al FITEL no tiene origen contractual; sino que por el contrario, y dada su naturaleza jurídica tributaria (impositiva), el pago de dicha obligación tributaria (Aporte al FITEL) obedece a una disposición de naturaleza legal y en virtud a que el contribuyente, a juicio de la Administración Tributaria, ha incurrido en la materialidad descrita en la hipótesis de incidencia del referido aporte.

35. Al respecto, ratificamos que el numeral 8.19 de la cláusula octava y el numeral 22.1 de la cláusula Vigésimo Segunda del Contrato Tele 2000 no regulan ni establecen la base imponible del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al FITEL por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional".

36. Esto se debe a que, conforme a la normativa vigente, los Contratos de Concesión no regulan tributos. Asimismo, el modelo tributario nacional no permite que las partes que constituyen una relación jurídico contractual puedan crear, modificar o regular bases imposables de un tributo a través de los respectivos contratos, de conformidad al principio de legalidad, el cual es reconocido por el Código Tributario y la Constitución Peruana. En tal sentido, debemos ratificar que, en nuestro ordenamiento nacional, las partes que se relacionan a través de un Contrato, no pueden regular tributos.

37. Asimismo, de acuerdo a lo estipulado en los artículos 1351 y 1354 del Código Civil Peruano, las partes relacionadas jurídicamente a través de un contrato no tienen la libertad de pactar aquello que las normas de carácter imperativo impiden o disponen. Por tanto, no es jurídicamente posible que las partes hayan pactado la base imponible de tributos a través del Contrato de Concesión.

38. Las cláusulas mencionadas por Telefónica en su demanda no señalan que dichos conceptos no formen parte de la base imponible del aporte, sino que Telefónica tiene la obligación de cumplir con pago de la contribución tributaria del Aporte al FITEL según lo que establezcan las normas aplicables (Ley de

Telecomunicaciones, su Reglamento y el Código Tributario), de conformidad a su naturaleza tributaria.

(...)

51. No obstante, dicho fundamento también es un argumento de fondo porque desvirtúa la posición de TELEFÓNICA respecto a que la interconexión y el roaming internacional no formarían parte de las Bases Imponibles de los tributos Aporte por Regulación y Derecho Especial al FTEL. En los Contratos de Concesión no se pactan sobre los elementos de las bases imponibles de los tributos, con lo cual no existen obligaciones respecto a los componentes de la base imponible de los tributos en cuestión. Al no existir obligaciones contractuales sobre los que está o no está incluido en las Bases Imponibles de los referidos tributos, podemos concluir que tampoco existe incumplimiento contractual alguno por parte del MTC y OSIPTEL”.

298. En su memorial de contestación de la demanda, OSIPTEL desarrolla una serie de argumentos. Este Colegiado hará el esfuerzo por no repetir argumentos ya desarrollados por el MTC.

299. OSIPTEL inicia sus argumentos, destacando que el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel son tributos, de la especie contribución. En ejercicio de la potestad tributaria que le confiere el artículo 74 de la Constitución, el legislador creó el Aporte por Regulación mediante el artículo 10 de la Ley Marco de los Organismos Reguladores de la Inversión en los Servicios Públicos (Ley N° 27332, publicado el 29 de julio de 2000); y el Derecho Especial al Fitel mediante el artículo 12 del T.U.O de la Ley de Telecomunicaciones (texto único de la ley, que incluye sus normas modificatorias y complementarias, aprobado por Decreto Supremo N° 013-93-TCC).

300. Luego, destaca que: “El hecho de que Telefónica reconozca en su demanda la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel significa que la naturaleza tributaria del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, incluyendo su pertenencia a la especie contribución, no está en discusión: ni es un punto controvertido en este arbitraje ni ha sido sometido, en modo alguno, a la competencia del Tribunal Arbitral”¹⁵.

301. OSIPTEL afirma que los CONTRATOS no estipulan que le será inexigible el pago del Aporte por Regulación y/o del Derecho Especial al Fitel por algún concepto como la “Interconexión” o el “Roaming internacional”. Por el contrario, estipulan la obligación de TELEFÓNICA de pagar todo tributo que establezcan las normas peruanas, sin hacer excepción alguna o excluir algún concepto. Menos aún se estipula que ciertos conceptos (como la “Interconexión” y el

¹⁵ OSIPTEL, memorial de contestación de demanda, p. 41.

“Roaming internacional”) no forman parte de las Bases Imponibles de determinados tributos (como el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel.

302. Es más, identifica que, por tratarse de tributos, los CONTRATOS no regulan las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel. No puede inferirse, a través de una interpretación contractual, lo que forma parte o no forma parte de esas Bases Imponibles. Precizando, además, que: *“3. Por la misma razón, no se podría inferir, válidamente, a través de una interpretación contractual de los contratos que Telefónica invoca, lo que forma parte o no forma parte de las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel o, más precisamente, que los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional” no forman parte de las Bases Imponibles de estos dos tributos. Tal interpretación no solo sería contraria a la voluntad común de las partes expresada en el texto de esos contratos, sino también a las normas imperativas contenidas en el artículo 74° de la Constitución y en la Norma IV del Código Tributario precedentemente citadas, y, por ende, sería una interpretación opuesta a la buena fe. Y por cualquiera de esas razones, sería una interpretación inválida que, como tal, debe ser descartada. Las normas jurídicas que rigen la interpretación contractual lo confirman.*

4. En efecto, la primera parte del artículo 168° del Código Civil señala que el acto jurídico, como lo son los contratos invocados por Telefónica, «debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él [...]». En armonía con ello, el segundo párrafo del artículo 1361° del mismo Código añade: «Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla». Agrega la parte pertinente del artículo 1362° del citado Código: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la [...] común intención de las partes». De la aplicación sistemática de estos artículos, al caso que aquí nos ocupa, resulta: 1) se presume que lo declarado en esos contratos contiene la voluntad común de las partes contratantes (no solo de Telefónica, sino también de la parte con quien contrató); 2) esos contratos no contienen cláusula alguna que establezca que no será exigible a Telefónica el pago de algún tributo (como el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel) por algún concepto (como la “Interconexión” o el “Roaming Internacional”) o, lo que es lo mismo, que excluya de su respectiva Base Imponible algún concepto; 4) en consecuencia, la voluntad común de las partes, expresada en esos contratos, nunca fue la de establecer lo que forma parte o no forma parte de las Bases Imponibles de algún tributo, como lo son el Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, o, más precisamente, que los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional” no forman parte de las Bases Imponibles de estos dos tributos; 5) interpretar lo contrario sería ir en contra de la voluntad común de las partes, expresada en esos contratos; 6) si Telefónica afirma lo contrario tiene la

carga de probarlo, esto es, tiene que probar que tanto ella como la parte con quien contrató tuvieron, al momento de contratar y pese a lo expresado en los contratos, la voluntad común de que el pago de aquellos tributos por esos conceptos fuera inexigible a Telefónica, cosa que no ha acreditado. Es más, Telefónica ni siquiera ha ofrecido medio probatorio alguno conducente a probar ese hecho.

5. De manera similar, la segunda parte del artículo 168° del Código Civil señala que el acto jurídico, como lo son los contratos invocados por Telefónica, «debe ser interpretado de acuerdo con [...] el principio de la buena fe»; a lo que la parte pertinente del artículo 1362° del mismo Código añade: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe [...]». Por su importancia, la doctrina especializada se ha ocupado ampliamente de este principio. Así, Erich Danz enseña que la buena fe significa «confianza, seguridad y honorabilidad basadas en ella, por lo que se refiere, sobre todo, al cumplimiento de la palabra dada; especialmente la palabra fe, fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, confiando en que ésta no la engañará». En tal sentido, si al momento de la celebración de los contratos que Telefónica invoca se encontraban vigentes el artículo 74° de la Constitución y la Norma IV del Código Tributario, precedentemente citados (vigencia que se mantiene hasta la actualidad); y, si según esos preceptos constitucionales y legales, es jurídicamente imposible que a través de un contrato se puedan crear, modificar o regular tributos, y tampoco alguno de sus extremos como lo es su hecho generador o su Base Imponible, y menos establecer exoneraciones o excluir algún concepto de su respectiva Base Imponible; entonces, no se podría inferir, a través de una interpretación contractual, lo que esos preceptos constitucionales y legales prohíben, esto es, considerar que los referidos contratos que Telefónica invoca establecen lo que forma parte o no forma parte de las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, o, más precisamente, que los conceptos de “Interconexión” y “Roaming internacional” no forman parte de las Bases Imponibles de estos dos tributos. Ergo, no se podría concluir, a partir de una interpretación contractual, que no es exigible a Telefónica el pago de dichos tributos por esos conceptos. Corrobora esta conclusión el artículo 1354° del Código Civil, que dice. «Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo.» Si las partes no pueden pactar en contra de norma imperativa, menos se puede interpretar, válidamente, en contra de lo que las normas imperativas establecen”.

303. OSIPTEL destaca a continuación, que ninguno de los CONTRATOS contiene una garantía de estabilidad en materia tributaria, es decir, no cuentan, para efectos tributarios, con la cobertura del Contrato Ley establecida en el último párrafo del artículo 62 de la Constitución. Basta para dichos efectos revisar las cláusulas 8.19 y 22.1 del CONTRATO 1, así como las cláusulas 8.17

y 8.20 de los CONTRATOS 2 Y 3. Ninguna de ellas prohíbe que se apliquen a TELEFÓNICA las disposiciones tributarias que se emitan en el futuro, incluyendo las que modifiquen el régimen tributario vigente al momento de la celebración de esos CONTRATOS. Por el contrario, cada uno de los CONTRATOS contiene sendas cláusulas de sometimiento y adecuación automática de sus estipulaciones a las normas que emitan las autoridades peruanas, tanto a las vigentes al momento de la celebración de esos contratos como a las que se emitan después de su celebración (cláusula 22.12 del CONTRATO 1 y cláusula 22.6 de los CONTRATOS 2 y 3).

304. Culmina afirmando que: *“5. Por los fundamentos expuestos, se colige que, incluso por las propias cláusulas de los contratos invocados por Telefónica, que han sido previamente citadas, toda la controversia que Telefónica plantea en este arbitraje relacionada con materia tributaria, como es el caso del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel, incluyendo a esos efectos la discusión sobre lo que debe entenderse por “servicio público de telecomunicaciones” o lo que forma parte o no forma parte de las Bases Imponibles de dichos tributos (como ocurre con la “Interconexión” y el “Roaming internacional), no puede resolverse en función de esos contratos; sino, única y exclusivamente, en función de lo que disponen las normas del ordenamiento jurídico peruano, lo que implica la aplicación de las decisiones y jurisprudencia de los órganos estatales con competencia para interpretarlas. En términos más sencillos, los contratos que Telefónica invoca no resultan útiles para resolver la controversia que es objeto de este arbitraje”.*

305. En su memorial de cierre, OSIPTEL observa que: *“1. Tal como ha sido reiteradamente aceptado por las partes de este arbitraje (en el caso de Telefónica: en su Demanda, Memorial Final y también en sus informes orales), no son puntos controvertidos los siguientes: 1) que el Aporte por Regulación al Osiptel y el Derecho Especial al Fitel son tributos, de la especie contribución; 2) que los órganos administradores de ambos tributos, como es el caso del Osiptel, cuentan con facultades legales para señalar su Base Imponible; 3) que la Autoridad Tributaria cuenta con facultades legales para determinar el régimen tributario aplicable a las obligaciones tributarias, como es el caso de los pagos a cuenta; y 4) que los contratos de concesión que Telefónica invoca en este arbitraje no contienen una garantía de estabilidad tributaria”.*

306. Respecto al argumento de la asunción de riesgos, se afirma que: *“3. Sobre la base de ello, cabría precisar que –como afirma Telefónica– es posible que dos partes en un contrato privado puedan tomar acuerdos sobre el riesgo de una modificación tributaria o de una decisión tributaria, y eso puede ser verdad, cuando el señor “X” y el señor “Y”, dos privados, se ponen de acuerdo pueden acordar entre ellos, que tomarán el riesgo de una decisión tributaria determinada. Sin embargo, esos acuerdos en el marco de contratos*

absolutamente privados (ósea entre dos partes privadas distintas al Estado Peruano) deben tomar nota de lo que señala el artículo 26 del Código Tributario: «Artículo 26 del C.T.- TRANSMISION CONVENCIONAL DE LA OBLIGACION TRIBUTARIA

Los actos o convenios por los que el deudor tributario transmite su obligación tributaria a un tercero, carecen de eficacia frente a la Administración Tributaria.»

4. Ahora bien, si uno de los contratantes es el Estado peruano, como en este caso (no es OSIPTEL ni el Ministerio de Transporte, es el Estado Peruano), que cede a un privado la posibilidad de actuar en la economía nacional brindando un servicio público, se tiene necesariamente que tomar nota de los alcances del orden público peruano que está establecido en el régimen económico de la Constitución Política. En ese sentido es errónea la perspectiva de interpretación de los contratos de concesión planteada por los peritos de AXON sobre la base de cómo funciona un mercado mayorista. En efecto, todo contrato por el cual el Estado cede a un privado en concesión algún servicio público, no solamente es una cuestión de mercado mayorista, es una cuestión de servicio a los ciudadanos y por lo tanto está regida por las leyes de la República.

*5. Y en ese marco, no es posible que el Estado Peruano celebre alguna garantía en un contrato de concesión a un privado que incluya una determinada prevención de riesgos en materia tributaria salvo que se trate de un convenio de estabilidad tributaria. Eso funciona así en el Perú y en todo el mundo, y no existe algún modelo donde el Estado cobra tributos porque su *lus Imperium* se lo exige, pero una empresa a la que se le ha concedido por la vía contractual un servicio público bajo las leyes de la República pueda pedir a través de un arbitraje la indemnización por esos pagos que realiza.*

(...)

7. Conforme a ello, no hay forma de interpretar que en estos contratos de concesión celebrados entre Telefónica y el Estado Peruano, este último se haya comprometido con la otra parte a cobrar de determinada forma el tributo, o a garantizar una base imponible determinada cuyo contenido además se desentrañe del propio contrato. A esta claridad han llegado además, durante los interrogatorios de la Audiencia de Pruebas, los peritos presentados por Telefónica (KPMG y el Dr. Huapaya), y también es confirmado por el hecho que en su momento el contratista original de uno de los contratos de concesión (Bellsouth) firmó además un contrato de estabilidad tributaria, que venció ya hace algunos años, quedando aún vigente el contrato de concesión”.

307. Respecto al argumento acerca de los servicios concedidos, OSIPTEL se pronuncia, afirmando que: “3. Sin embargo, Telefónica ha sostenido una relación intrínseca entre servicios concedidos en los contratos de concesión y la base imponible del tributo. Este argumento se ha venido construyendo a lo largo del proceso arbitral, y no estaba contenido en los alcances de la primera pretensión principal de la demanda arbitral. Es evidente que en un contrato de concesión se establezcan cuáles son los servicios que se conceden. Eso es

parte del objeto contractual. Pero no puede ipso facto determinarse (o mejor dicho “interpretarse”) que los servicios concedidos son la base imponible del tributo. Señalarlo significaría introducir un enredo conceptual en la interpretación del contrato y en la interpretación de las normas tributarias.

4. Además, Telefónica, y su perito Huapaya, han señalado que el título habilitante del tributo es el contrato de concesión. Es un craso error, pues el Estado peruano no puede incluir en los contratos de concesión, salvo que sean contratos de estabilidad tributaria, alguna regla de orden tributario que le garantice a la otra parte.

5. No es posible analizar servicios concedidos en un contrato de concesión bajo las leyes peruanas, sin conocer el sistema de fuentes y métodos que la Constitución y las leyes peruanas establecen, y tampoco es posible analizar si hay un servicio concedido o un servicio público de telecomunicaciones, sin tomar nota de los métodos de interpretación de un contrato”.

308. Por último, OSIPTEL, afirma que: *“5. Efectivamente, en los contratos de concesión materia del presente arbitraje, no existe cláusula (o elemento de acuerdo contractual) alguna que establezca: (i) qué y/o cuál es una base imponible de estos tributos, (ii) la estabilización de una determinada base imponible en un momento dado, (iii) la determinación de una fuente de interpretación de las normas tributarias al interno del contrato, que permita aislar un contenido del contrato en relación a las fuentes propias del derecho tributario peruano. Por ello, y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 62° y 74° de la Constitución Política del Perú, que eran los presupuestos de orden público fundamentales en el proceso de negociación y celebración de los contratos de concesión, éstos no contenían –ni contienen– la asunción de “riesgo tributario” alguno, de forma que cualquier interpretación diferente significaría actuar en contra de ese orden público constitucional, del principio de la buena fe del contrato y del objeto de los contratos de concesión materia del presente arbitraje.*

6. En ese sentido, no es posible sostener bajo ningún argumento que, entre las garantías otorgadas al concesionario en los contratos de concesión materia del presente arbitraje, se encontraba los alcances de las Bases Imponibles del Aporte por Regulación a Osiptel y del Derecho Especial al FITELE. Argumentar el contenido o contexto de un contrato de concesión, extrayendo de los instrumentos de la política de apertura del Estado peruano en materia de telecomunicaciones o de las disposiciones de índole tributario, elementos que configuren actos de “discriminación tributaria”, que a su vez generen atentado contra la seguridad jurídica y la confianza legítima, significaría nuevamente actuar en contra del orden público constitucional, del principio de la buena fe del contrato y del objeto de los contratos de concesión materia del presente arbitraje.

7. Ahora, queremos apuntar, casi subrayándolo, que el principio de “No discriminación” –como ha sido interpretado por Telefónica en su Memorial Final y en su intervención en Audiencia–, resulta manifiestamente incorrecto, porque lo que ha señalado el Decreto Supremo mencionado por la contraparte es –nuevamente– materia tributaria, y se encuentra fuera del ámbito de competencia de este arbitraje. Así, lo que señale un legislador o un reglamentador tributario para cumplir con los objetivos constitucionales de la capacidad jurídica, y que se ve reflejado en el diseño normativo de un tributo, no es una materia que se deba dilucidar en un arbitraje. Si se pusiera en cuestión de un tribunal arbitral esa materia, lo que estaríamos haciendo es asumir que esa disposición legal o reglamentaria es un instrumento para darle a las partes de estos contratos de concesión “estabilidad de interpretación respecto de las bases imponibles del Aporte por Regulación a Osiptel y el Derecho Especial al FITEL”, lo que viola el texto y el contexto de los acuerdos contractuales, y por lo tanto es imposible de abordar en esta sede, pues se configuraría una causal de anulación del laudo arbitral, de conformidad con lo establecido en el literal d) del inciso 1 del artículo 63° de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071).

8. Finalmente, cabe referir que si un contribuyente quisiera discutir el cumplimiento de ello y la posible vulneración del principio de No Discriminación en relación a tributos, tendría que acudir a los fueros correspondientes: la jurisdicción ordinaria o, más precisamente, los procesos constitucionales de la libertad”.

Decisión del Tribunal Arbitral

309. En esta Primera Pretensión Principal, TELEFÓNICA solicita que el Tribunal Arbitral declare que, conforme a lo pactado en las cláusulas 8.19 y 22.1 del CONTRATO 1, las cláusulas 8.17 y 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3, y a la legislación aplicable, a TELEFÓNICA no le es exigible el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por los conceptos (i) "Interconexión" y (ii) "Roaming internacional", pues estos no formarían parte de las Bases Imponibles, al ser contractualmente inexigibles.

310. TELEFÓNICA afirma que la cláusula 8.1 de los CONTRATOS regula el alcance de las obligaciones del Concesionario (que se extienden no solo a las expresamente desarrolladas en el acuerdo suscrito, sino también a las que se establecieron normativamente), incorporando expresamente que el incumplimiento de las normas sería considerado como un incumplimiento contractual. En las cláusulas 8.8 y 5.1 del CONTRATO 1 y 5.1. de los CONTRATOS 2 y 3, se regula que TELEFÓNICA sólo está autorizada a prestar el Servicio Concedido (y no otros servicios), delimitado por el concepto de Servicio Público de Telecomunicaciones. Como parte de las obligaciones

contractuales convenidas, considerando el Servicio Concedido¹⁶, en la cláusula 8.19 del CONTRATO 1 y en la cláusula 8.17 de los CONTRATOS 2 y 3 se regula expresamente la obligación de TELEFÓNICA de pagar los Aportes por Regulación y el Derecho Especial al Fitel exclusivamente bajo el alcance de las leyes aplicables.

311. En ese sentido, TELEFÓNICA destaca que, al suscribir los CONTRATOS, adquirió derechos y obligaciones (y asumió riesgos¹⁷) e ingresó a una relación contractual (principio de reciprocidad de las prestaciones) con su concedente, identificando como una de sus obligaciones contractuales el pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel¹⁸, mientras que el concedente: “26. *En contrapartida (...) tienen la obligación de cumplir con la determinación del Derecho Especial y del Aporte por Regulación de acuerdo con las disposiciones pactadas en los Contratos de Concesión. Esta es una obligación contractual esencial de las Demandadas que no se puede soslayar y que se debe cumplir indefectiblemente para hablar de un justo equilibrio sinalagmático*”¹⁹. Es más, TELEFÓNICA afirma que: “49. *De otro lado, nuestras contrapartes tienen la obligación respetar los límites de los Contratos de Concesión al momento de cobrar el Derecho Especial y del Aporte por Regulación. En tanto la obligación de pago se sujeta a la existencia de un título habilitante (esto es, los Contratos de Concesión), entonces todo cobro por fuera de dicho título es contrario a los riesgos económicos asumidos por Telefónica. Estas son las obligaciones del MTC y del Osiptel de acuerdo con las Cláusulas de Obligaciones de Pago y Régimen Tributario: respetar que Telefónica pague solo por aquello que el Contrato le autoriza a prestar como Servicio Concedido*”²⁰.

312. Según TELEFÓNICA, estas obligaciones contractuales relacionadas con estos pagos fueron pactadas en las cláusulas antes citadas (que TELEFÓNICA las identifica como las “Cláusulas de Obligaciones de Pago y de Régimen

¹⁶ TELEFÓNICA, numeral 43 del memorial de cierre: “43. (...) *la prestación de los servicios que se obtienen en virtud de una concesión otorgada por el Estado solo puede estar limitada al objeto de lo que el Estado ha concedido. En esa medida, las obligaciones de las partes (cualesquiera sean ellas) en el contrato de concesión relevante solo puede alcanzar a los servicios efectivamente concedidos*”.

¹⁷ TELEFÓNICA identifica, por ejemplo, que el no pago del Aporte por Regulación o del Derecho Especial al Fitel, genera la potencial resolución contractual (cláusula 18.4.(iv) del CONTRATO 1 y cláusula 18.2.d de los CONTRATOS 2 y 3).

¹⁸ TELEFÓNICA, numeral 205 del memorial de demanda: “205. (...) *la obligación de pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel nace de los Contratos de Concesión, específicamente de las cláusulas 8.19 y 22.1 del Contrato Tele 2000 y 8.17 y 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C (...)*”.

¹⁹ TELEFÓNICA, numeral 26 del memorial postulatorio final.

²⁰ TELEFÓNICA, numeral 49 del memorial final.

Tributario Aplicable”), precisando, además, que los CONTRATOS exigen a las partes remitirse a la legislación aplicable para definir los procedimientos y alcances de las obligaciones de pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, cuyo cálculo se realiza en función de los ingresos brutos percibidos y facturados de TELEFÓNICA por la prestación de los Servicios Concedidos (y que además, califiquen como Servicios Públicos de Telecomunicaciones). Caso contrario, deberán ser excluidos.

313. TELEFÓNICA afirma que al haberse pactado la remisión expresa a la normativa peruana, estamos frente a la figura legal de la integración contractual, la cual permite que la normativa se convierta en una obligación contractual que genere un "reglamento contractual" aplicable a ambas partes, lo que implica que TELEFÓNICA está obligada a cumplir con lo establecido en la normativa correspondiente y, a su vez, tiene el derecho de exigir que no se le aplique aquello que la norma no establece. Esta integración contractual se produce de manera recíproca y tiene efectos legales vinculantes. A partir de esta “integración contractual”, TELEFÓNICA afirma que las partes habrían suscrito los CONTRATOS bajo una interpretación acordada respecto a la naturaleza y alcance de los conceptos “cargos de interconexión” y “Roaming internacional”.

314. En ese sentido, TELEFÓNICA alega que los DEMANDADOS incumplen los CONTRATOS al exigirle el pago de los Aportes por Regulación y del Derecho Especial al Fitel por dos conceptos que no califican como Servicios Concedidos²¹ ni como Servicios Públicos de Telecomunicaciones. El primero, el “Roaming Internacional” (tanto entrante como saliente), que se trata de una facilidad (y no un Servicio Concedido) y, además, no se cumple con los requisitos para ser calificados como Servicios Públicos de Telecomunicaciones, según la normativa integrada a los CONTRATOS. El segundo, la “Interconexión”, que la normativa aplicable integrada a los CONTRATOS la califica como Servicio Adicional a los Servicios Públicos de Telecomunicaciones y tampoco califica como Servicio Público de Telecomunicaciones.

315. Por tanto, TELEFÓNICA sostiene que como los conceptos “Interconexión” y “Roaming Internacional” no forman parte de las bases imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, y su parte no está contractualmente obligada a realizar pago alguno por dichos conceptos, corresponde que este Colegiado declare que no se le puede exigir el pago de estos conceptos a TELEFÓNICA y que la inclusión de ambos conceptos en las bases imponibles por parte de los DEMANDADOS constituye un incumplimiento contractual de las cláusulas de Obligaciones de Pago y Régimen Tributario aplicable contenida en

²¹ TELEFÓNICA, numeral 44 del memorial de cierre: “En este caso, ni el roaming ni la interconexión, en ningún sentido, forman parte del objeto de la concesión otorgada a Telefónica. En parte alguna de los Contratos de Concesión se encontrará que se regulan estos dos servicios como servicios otorgados a las concesiones de Telefónica (...)”.

los CONTRATOS. Adicionalmente, alega que deberá ordenarse el cese de dichas conductas unilaterales contrarias a la buena fe contractual. Esto implica la indemnización de cualquier monto que TELEFÓNICA haya tenido que pagar por dichos conceptos, así como dejar sin efecto toda exigencia actual o futura respecto a ese pago, por contravenir los CONTRATOS.

316. Ello, por cuanto, si bien TELEFÓNICA afirma que no pone en duda su obligación contractual de pagarle a los DEMANDADOS tanto el Aporte por Regulación como el Derecho Especial al Fitel, estas obligaciones se originan de la suscripción de los CONTRATOS, porque son pagos que realiza en su calidad de titular de las concesiones otorgadas por el MTC. Es más, afirma que al ser obligaciones incluidas en los CONTRATOS, el monto a pagar se calcula a partir de reglas especialmente referidas en los CONTRATOS, las cuales determinan las bases imponibles correspondientes.

317. También afirma esta parte que la indebida exigencia de pagos por conceptos contrarios a lo pactado en los CONTRATOS supone un acto contrario a la buena fe (artículos 1361 y 1362 del Código Civil), ya que en virtud a lo dispuesto en las cláusulas 8.19 y 22.1 del CONTRATO 1 y 8.17 y 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3, como en lo dispuesto en la cláusula 3.2 de los CONTRATOS -Declaraciones del Concedente, los DEMANDADOS se habían comprometido a cumplir con los términos pactados y a ejecutar los CONTRATOS de acuerdo con sus propios términos; es decir, en este caso, a respetar el mecanismo de determinación de las obligaciones de pago que tuviera TELEFÓNICA como Concesionaria de acuerdo con las disposiciones de la legislación aplicable.

318. Por otro lado, TELEFÓNICA alega que “(...) tenía la expectativa legítima de que la conducta de las Demandadas se sujetaría a lo expresamente pactado en los Contratos de Concesión. Sin embargo (...) ambas vienen prolongando actos que no solo son contrarios al pacto de las partes sino, en algunos casos, representaciones flagrantes de interpretaciones incongruentes, antojadizas y contrarias a la literalidad de los acuerdos”²².

319. Sobre este particular, y haciendo un esfuerzo de síntesis, TELEFÓNICA esencialmente sostiene que el Estado peruano estableció en los Contratos de 1994²³ un criterio de cálculo para la determinación de las bases imponibles del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al Fitel que expresamente excluye a los cargos de interconexión de todo pago. Al iniciar la Política de Apertura del mercado de telecomunicaciones en 1998, el Estado peruano emitió una serie de normas (especialmente destaca el Decreto Supremo N° 20-1998-MTC que

²² TELEFÓNICA, numeral 357 del memorial de demanda.

²³ Un contrato ley celebrado con TELEFÓNICA, ajeno a este caso.

aprobó los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú) y lineamientos²⁴ a través de los cuales se comprometió a establecer un régimen de homogeneidad y no discriminación entre operadores que *“quedaron claramente reflejadas en el texto y espíritu de los Contratos de Concesión aquí discutidos”*²⁵. Luego en el año 2002, se emite el Decreto Supremo N° 12-2002-PCM que precisa la base de cálculo del aporte por regulación y precisa el Derecho Especial al Fitel, que hizo suyo lo dispuesto en los Contratos de 1994.

320. TELEFÓNICA sostiene que a pesar de la claridad de estas condiciones que normativamente no han variado, los DEMANDADOS se apartaron del criterio de cálculo establecido en los Contratos de 1994 y confirmado en el Decreto Supremo. Esto, alega TELEFÓNICA, resulta en *“(…) el establecimiento de dos regímenes paralelos con criterios de cálculo distintos es discriminatorio, anticompetitivo y no homogéneo. Esto no solo supone un abuso de derecho y una contradicción de los actos propios de las Demandadas, sino un atentado contra la seguridad jurídica y la confianza legítima [que TELEFÓNICA afirma que los tribunales arbitrales internacionales la denominan “expectativas legítimas”] con las que se negociaron y suscribieron los Contratos de Concesión aquí discutidos”*²⁶. Sobre esto último, TELEFÓNICA afirma que *“(…) la Administración ofreció seguridades respecto a la interpretación contractual que aplicaría en el marco de la Política de Apertura, publicando lineamientos claramente delimitados y estableciendo un marco regulatorio que definía los criterios de cálculo para casos como el discutido en este arbitraje”*²⁷ y, que *“(…) incluso implicaron que el Estado peruano reconozca como válidos y contractualmente vinculantes, ciertos criterios para el cálculo del pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al FITEL”*²⁸.

321. Por último, para desarrollar su mandato, TELEFÓNICA afirma que este Tribunal Arbitral debe realizar *“una interpretación contractual”*²⁹, *“y, a partir de la*

²⁴ TELEFÓNICA destaca que, en el marco del otorgamiento del CONTRATO 1, el Estado peruano habría realizado declaraciones a los concesionarios sobre la interpretación que debe dársele al concepto Roaming. En particular, hace referencia al Comité Especial de Telecomunicaciones del COPRI, en su Informe Final sobre la entrega en Concesión del CONTRATO 1, en el que se hizo referencia a que la naturaleza del Roaming se definió a través de dos decisiones de Osiptel.

²⁵ TELEFÓNICA, numeral 147 del memorial de cierre.

²⁶ TELEFÓNICA, numeral 151 del memorial de cierre.

²⁷ TELEFÓNICA, numeral 152 del memorial de cierre.

²⁸ TELEFÓNICA, numeral 197 del memorial de cierre.

²⁹ TELEFÓNICA, numeral 29 del memorial de cierre.

*lectura de las obligaciones contenidas en ellos, evaluar la conducta de las Demandadas durante cerca de veinte años de controversia. Por supuesto, esta labor de interpretación debe realizarse no solo a partir del análisis del propio texto contractual sino también a partir de las Leyes y Disposiciones Aplicables a los Contratos como señalan estos mismos*³⁰.

322. A este efecto, cabe tener en cuenta que la interpretación es la operación mediante la cual se le atribuye un significado a los signos que manifiestan la voluntad contractual, entendida como “voluntad común” de una determinada regulación contractual. Como señala BIANCA: “*La interpretación es la operación que determina el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual*”³¹.

323. La interpretación es siempre necesaria, porque todos los signos, cualquiera que sea el código al que pertenecen, tienen un alea de indeterminación semántica que tras un significado aparente puede esconder un diverso y más justo significado. Incluso cuando se dice que “no hay necesidad de interpretación porque el contrato es claro y tiene claramente un cierto significado”, en realidad –aún si inadvertidamente– se interpreta, pues se elige un significado en lugar de otro³².

324. Como señala FERNÁNDEZ CRUZ³³, “*la interpretación es la operación que realiza el aplicador de la ley, el intérprete y las propias partes, sobre el significado jurídicamente relevante del acuerdo contractual*”.

³⁰ TELEFÓNICA, numeral 30 de su memorial de cierre.

³¹ BIANCA, Massimo. Diritto Civile. Tomo 3. Milano: Giuffrè, 1998, p. 377. En este mismo sentido DIENER, Maria Cristina. Il Contratto in generale. Milano: Giuffrè, 2002, p. 467. En la misma línea, CARRESI señala: “la interpretación importa una indagación dirigida a determinar el significado jurídicamente relevante del complejo de proposiciones en el cual se articula el contenido contractual y por tanto tiende a individualizar la concreta manera de ser de la autorregulación” (CARRESI, Franco. Il Contratto. En: Trattato di Diritto Civile e Commerciale. XXI, tomo 2. Milano: Giuffrè, 1987, p. 499).

³² Ver ROPPO, Vincenzo. Ob. Cit., pp. 465-466. Ver también en este sentido DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. 2ª. Edición. Madrid: Tecnos, 1986, p. 265; FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: Estudios sobre el CONTRATO en General. Por los Sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). Lima: ARA, 2003. p. 746.

³³ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: Estudios sobre el CONTRATO en General. Por los Sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). Lima: ARA, 2003. p. 728.

325. Para efectuar esa tarea de interpretación, el Código Civil contiene diversas reglas de interpretación del acto jurídico y del contrato, en sus artículos 168, 169, 170 y 1362.

326. Debe recordarse que entre los destinatarios de las reglas interpretativas están los jueces y los árbitros³⁴. En efecto, el destinatario de las reglas interpretativas es el juez o el árbitro, interesado en el contrato por su rol de decidir controversias nacidas en torno al contrato. Para decidir las controversias contractuales el juez o el árbitro debe individualizar la existencia y el contenido de los derechos y de las obligaciones contractuales; estos dependen del significado justo del contrato y, por tanto, de su interpretación.

327. Es indispensable entonces, para resolver la presente controversia, llevar a cabo una labor de interpretación, siguiendo para tal efecto las normas contenidas en el Código Civil.

328. Siguiendo a FERNÁNDEZ CRUZ³⁵, *“los criterios legales hermenéuticos de interpretación subjetivos recogidos por el Código Civil peruano, son los siguientes:*

- *La regla de interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes (arts. 168° y 1362° c.c.).*
- *La regla de interpretación según la buena fe (arts. 168° y 1362° c.c.).*
- *La regla de interpretación sistemática (arts. 169° c.c.).*
- *La regla de interpretación funcional (arts. 170° c.c.).*

(...)

En doctrina, se ha postulado también otros criterios o reglas interpretativas, entre las que cabe destacarse aquéllas referidas a la interpretación de expresiones generales e indicaciones demostrativas y las reglas de interpretación objetiva, referidas, por ejemplo, al principio de conservación del contrato; la de interpretación según los usos y costumbres; la regla de interpretación contra el autor de una cláusula (que en el c.c. peruano ha sido recogido como regla de interpretación objetiva, en el art. 1401°); y otras.

Todas las reglas legales de interpretación contenidas en los artículos 168°, 169°, 170° y 1362° del Código Civil peruano constituyen reglas de interpretación subjetiva, en el sentido que están dirigidas a clarificar la común intención de las partes. En cambio, las reglas de interpretación objetiva, están más bien dirigidas a fijar el significado del contrato cuando resulta dudosa la común intención de los contratantes, por lo que en este supuesto el significado del contrato se complementa o uniforma recurriendo a cánones legales fundamentalmente destinados a garantizar la conservación del contrato, conforme a normativas

³⁴ Ver en este sentido DÍEZ-PICAZO, Luis. Ob. Cit., p. 261.

³⁵ Ob. Cit. pp. 734 y 736.

típicas de estándares contractuales (como, por ejemplo, cuando las estipulaciones de un contrato de compraventa pactadas por las partes, se complementan con la normatividad típica del contrato de compraventa establecida por la Ley) o de equidad”.

329. Este proceso hermenéutico debe considerar, necesariamente, por propia exigencia del Código Civil, el criterio de interpretación textual o literal (artículo 168 del Código Civil³⁶) el cual se basa en el significado expreso de las palabras del texto y de sus conexiones sintácticas, según el código lingüístico compartido por la comunidad de parlantes a la cual pertenecen los contratantes.

330. Como señala ALPA: *“Las partes usan, como es obvio, las expresiones que son propias en su lenguaje, usualmente impreciso, no técnico, creado del patrimonio cultural individual, del ambiente, de la práctica y así. Entendido como complejo de signos de comunicación, el lenguaje de las partes debe ser indagado en su fórmula expresa y después en su relevancia objetiva. Con la advertencia, sin embargo, que el lenguaje usado por una parte en tanto puede ser tenido presente y considerado relevante, en cuanto sea conexo con la posibilidad de atribuirle significado por la contraparte: es decir, lo que se debe indagar es en efecto no la intención individual, subjetiva y aislada, sino la común intención y por consiguiente ocurre considerar como la contraparte ha entendido, o habría podido o tenido que entender el signo lingüístico (dando relieve a su confianza)”*³⁷.

331. El artículo 168 del Código Civil señala que los actos jurídicos se interpretan de acuerdo con lo expresado en ellos y en virtud del principio de la buena fe. Esta norma recoge el principio de literalidad (además del de buena fe) para la interpretación de las normas.

332. Sobre este principio, el artículo 1361 del Código Civil señala: *“Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.*

333. Es importante señalar que estas normas exigen guiarse por el principio de la buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362 del mismo cuerpo legal, según el cual: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.*

³⁶ “El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él [...]”.

³⁷ ALPA, Guido. Ob. Cit., p. 96.

334. En caso este método no resulte suficiente a consideración del juzgador, a efectos de dar una respuesta interpretativa adecuada, el artículo 169 del Código Civil establece: *“Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”*.
335. De acuerdo con este principio, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Así, se busca eliminar cualquier duda o contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el contrato no pierda su finalidad.
336. Debe preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o “duplicadas” algunas de ellas.
337. Luego el artículo 170 del Código Civil regula el criterio de interpretación teleológica: *“Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”*.
338. De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquélla que guarde coherencia con el objeto o la finalidad del contrato.
339. Bajo este marco conceptual, corresponde que el Tribunal Arbitral realice su análisis interpretativo.
340. Las cláusulas contractuales alegadas por TELEFÓNICA son las siguientes:

CONTRATO 1

Sección 8.19 Obligaciones de Pago

La SOCIEDAD CONCESIONARIA deberá cumplir con el pago de todo derecho, tasa, canon, contribución, aporte y cualquier otro monto que establezcan las leyes aplicables, incluyendo los referidos a los siguientes conceptos, en cuanto corresponda, derecho de concesión, tasa anual de explotación comercial del servicio concedido, canon anual, aporte por los servicios de supervisión que le preste el OSIPTEL, derecho especial destinado al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), entre otros.

Sección 22.1 Ley Aplicable

Este CONTRATO se regirá y ejecutará de acuerdo con las leyes del Perú.

CONTRATO 2

8.17 Obligaciones de Pago

La Sociedad Concesionaria deberá cumplir con el pago de todo derecho, tasa, contraprestación por canon, contribución, aportes y cualquier otro monto que establezcan las Leyes Aplicables

8.20 Régimen Tributario Aplicables

La Sociedad Concesionaria está sujeta a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que se encuentre vigente durante la Concesión, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponda al ejercicio de su actividad. Asimismo, la Sociedad Concesionaria podrá acceder a los beneficios tributarios que las normas otorguen, en tanto cumpla con los procedimientos, requisitos y condiciones señalados en las mismas.

CONTRATO 3

8.17 Obligaciones de Pago

La Sociedad Concesionaria deberá cumplir con el pago de todo derecho, tasa, contraprestación por canon, contribución, aportes y cualquier otro monto que establezcan las Leyes y Disposiciones Aplicables.

8.20 Régimen Tributario Aplicables

La Sociedad Concesionaria está sujeta a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que le resulte aplicable, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponda al ejercicio de su actividad. Asimismo, la Sociedad Concesionaria podrá acceder a los beneficios tributarios que las normas otorguen, en tanto cumpla con los procedimientos, requisitos y condiciones señalados en las mismas.

341. Este Colegiado debe proceder seguidamente a realizar una interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes en el marco de los artículos 168 y 1362 del Código Civil, conjuntamente según la buena fe.

342. En síntesis, recordemos que TELEFÓNICA postula que, conforme a lo pactado en las cláusulas 8.19 y 22.1 del CONTRATO 1, las cláusulas 8.17 y 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3 (denominadas por TELEFÓNICA “Cláusulas de Obligaciones de Pago y de Régimen Tributario Aplicable”), y la legislación aplicable (TELEFÓNICA afirma que las partes pactaron expresamente la remisión a la normativa peruana), los DEMANDADOS habrían incumplido sus obligaciones contractuales respecto al pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel (TELEFÓNICA asumió una obligación de pago y los DEMANDADOS asumieron una obligación de cumplir con la determinación del Derecho Especial y del Aporte por Regulación de acuerdo con las disposiciones pactadas en los CONTRATOS). Además, TELEFÓNICA afirma que estas obligaciones se originan de la suscripción de los CONTRATOS, porque son

pagos que realiza en su calidad de titular de las concesiones otorgadas por el MTC.

343. Conforme a estos métodos de interpretación, este Colegiado observa que las cláusulas 22.1 del CONTRATO 1 y 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3, meramente identifican que TELEFÓNICA se encuentra sujeta a la legislación peruana y que, en materia tributaria TELEFÓNICA debe “(...) *cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponda al ejercicio de su actividad*”.

344. El Tribunal Arbitral no observa la existencia de obligación contractual alguna. Como en toda actividad económica, las cláusulas bajo análisis simplemente refieren que a TELEFÓNICA le corresponde cumplir con la legislación tributaria peruana aplicable a su actividad económica.

345. A la misma interpretación arriba este Colegiado, respecto de la cláusula 8.19 del CONTRATO 1 y la cláusula 8.17 de los CONTRATOS 2 y 3.

346. Estas cláusulas meramente identifican que TELEFÓNICA, al igual que cualquier persona o empresa en el Perú “(...) *deberá cumplir con el pago de todo derecho, tasa, canon [los CONTRATOS 2 y 3 hablan de “contraprestación por canon”], contribución, aporte y cualquier otro monto que establezcan las leyes aplicables*”.

347. Nuevamente, el Tribunal Arbitral no observa la existencia de obligación contractual alguna. Como en toda actividad económica, las cláusulas bajo análisis simplemente refieren que a TELEFÓNICA le corresponde pagar lo que la legislación tributaria peruana aplicable (y no el CONTRATO) disponga³⁸.

348. Es más, ninguna de las citadas cláusulas contractuales, como tampoco alguna otra (que, en todo caso, no ha sido traída a conocimiento de este Colegiado) menciona expresamente alguna obligación contractual de los DEMANDADOS de cobrar tributos de alguna determinada manera, cuál sería la base imponible “contractual” que se debería aplicar para el pago del Aporte por Regulación y el Derecho Especial al FITEL, que la Interconexión y el Roaming internacional no serían parte de la base imponible “contractual” o que exista alguna obligación contractual en cabeza de los DEMANDADOS de cobrar los tributos (o alguno de ellos) de alguna determinada manera.

³⁸ Artículo 74 de la Constitución Política del Perú: “*Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo*”.

349. Para este Colegiado, las cláusulas contractuales meramente reconocen la existencia de una obligación legal preexistente en cabeza de TELEFÓNICA (no de los DEMANDADOS).

350. Además, la afirmación de TELEFÓNICA acerca de que su obligación de pago tributario deviene de una obligación “contractual” derivada de la suscripción del CONTRATO no se sostiene. Es la legislación tributaria la que determina con carácter general y abstracto los supuestos, condiciones, tasas y demás en los que, independientemente de la identidad específica de una persona o una empresa, debe tributarse. Cuando TELEFÓNICA suscribió los CONTRATOS, fue la Ley y no los CONTRATOS, la que generó la obligación “legal” de esa empresa a pagar diferentes tributos (impuestos, contribuciones, tasas, etc) que correspondan, de acuerdo a la actividad que desarrolle.

351. Distinto es el caso de las cláusulas contractuales que, referidas a la terminación de los CONTRATOS, sancionan esa posibilidad en caso TELEFÓNICA no cumpla con el régimen tributario peruano³⁹. Este efectivamente se trata de un riesgo contractual asumido únicamente en cabeza de TELEFÓNICA, que no tiene reciprocidad contractual alguna, simple y llanamente porque quien legalmente debe cumplir el régimen tributario peruano es TELEFÓNICA, régimen que no lo regula los CONTRATOS, sino la Ley⁴⁰.

352. Y una interpretación sistemática de las cláusulas citadas, permite arribar a la misma conclusión: TELEFÓNICA se encuentra legalmente sometida a la legislación tributaria peruana y legalmente debe tributar conforme a sus términos.

353. Además, la alegada “integración contractual” propuesta por TELEFÓNICA resulta impertinente, porque la obligación de TELEFÓNICA es legal (y no contractual). En efecto, como ya se indicó, las cláusulas alegadas por TELEFÓNICA no regulan la relación contractual concedente-concesionario, supuesto que sí ameritaría integrar al contrato la legislación aplicable a este.

354. Es más, incluso si se pudiera afirmar la existencia de alguna obligación contractual a partir de la integración que se alega, dicha integración es tan genérica (de acuerdo con la “normativa aplicable”), que las partes, en ese escenario, habrían pactado supeditarse a lo que determinen los únicos que

³⁹ Cláusula 18.4 del CONTRATO 1 y cláusula 18.2 de los CONTRATOS 2 y 3.

⁴⁰ Cuánto mas cuando las dos partes expresamente han reconocidos en este arbitraje que los CONTRATOS no son contratos ley, a diferencia de los Contratos de 1994, en cuyo apartado 6:05 expresamente preveía reglas contractuales acerca de la base de cálculo para el pago de ciertos derechos y tasas.

pueden válidamente interpretar esa normativa legal aplicable: las autoridades administrativas/judiciales. Y, en este caso, como consta de la amplia información que han proporcionado las partes, aparece que se habría determinado que la Interconexión y el Roaming internacional son Servicios Públicos de Telecomunicaciones, por lo que estarían afectos al pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel⁴¹. Por consiguiente, aun en este escenario, no existe incumplimiento contractual de los DEMANDADOS.

355. Sin embargo, este Colegiado es enfático, en el sentido de que, al no tratarse de un tema contractual, no tiene competencia alguna para pronunciarse acerca de lo identificado en el numeral precedente, por lo que en esta decisión solo observa la existencia de pronunciamientos de diversas autoridades legales tributarias, a quienes les compete, de manera exclusiva, esta materia.

356. En cuanto al argumento de “servicio concedido”, basta afirmar que, al no existir una obligación contractual emanada de las cláusulas alegadas por TELEFÓNICA, carece de objeto pronunciamiento alguno. Cualquier determinación acerca de lo reclamado en este arbitraje, pertenece al campo de la ley tributaria.

357. A la misma conclusión arriba este Colegiado, respecto a que la alegada indebida exigencia de pagos de los conceptos objeto de este reclamo serían contrarios a lo pactado en los CONTRATOS, lo que supondría un acto contrario a la buena fe (artículos 1361 y 1362 del Código Civil), ya que, al no existir obligación contractual alguna respecto a la materia controvertida, mal se puede sostener que la actuación de los DEMANDADOS violaría la buena fe contractual.

358. De la misma manera, el alegado abuso de derecho⁴² y la existencia de la figura de los actos propios tampoco se sostienen. El primero, porque, como ya se indicó, al no existir obligación contractual alguna, simplemente no cabe alegar la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho. Lo mismo sucede con los actos propios, porque al no existir obligación contractual alguna, no cabe alegar que los DEMANDADOS habrían actuado en contrario a sus actuaciones contractuales anteriores.

⁴¹ En los siguientes dos expedientes: 1) Expediente N° 10631-2019, que en sede casatoria se identificó como el Expediente de Casación N° 18320-2021; 2) Expediente N° 11362-2016 y luego como el Expediente de Casación N° 11366-2021.

⁴² Código Civil: “Artículo II.- Ejercicio abusivo del derecho

La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso”.

359. Un último tema que este Colegiado considera pertinente pronunciarse, antes de analizar el argumento de la “confianza legítima”, es la afirmación de TELEFÓNICA, acerca de que las cláusulas contractuales alegadas en este arbitraje no serían meros dispositivos de remisión y que si así se dispone, se vaciaría de todo contenido jurídico a ambas cláusulas y, sobre todo, negaría el carácter recíproco y silanagmático de la obligación (crear obligaciones y derechos tanto en cabeza de TELEFÓNICA como de los DEMANDADOS)⁴³.

360. La afirmación de TELEFÓNICA haría sentido, si es que, a partir de la interpretación de las alegadas cláusulas contractuales, pudiera afirmarse la efectiva existencia de obligaciones contractuales. Sin embargo, este Colegiado, a partir de una interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes, conjuntamente según la buena fe y, además, conforme a una interpretación sistemática, ha arribado a la convicción racional de que las cláusulas contractuales meramente reconocen la existencia de una obligación legal preexistente de TELEFÓNICA (no de los DEMANDADOS): TELEFÓNICA se encuentra legalmente sometida a la legislación tributaria peruana y legalmente debe tributar conforme a sus términos. En consecuencia, este argumento de TELEFÓNICA tampoco se sostiene.

361. En consecuencia, de lo desarrollado hasta este punto: Al no existir obligación contractual alguna, no existe incumplimiento contractual por los DEMANDADOS.

362. Por último, TELEFÓNICA ha alegado que tenía la confianza legítima de que los DEMANDADOS respetarían el marco legal aplicable conforme a la Política de Apertura del mercado de telecomunicaciones iniciado en el año 1998 y de los lineamientos a través de los cuales el Estado peruano se comprometió a establecer un régimen de homogeneidad y no discriminación entre operadores. Sin embargo, TELEFÓNICA afirma que los DEMANDADOS se han apartado de ese marco legal y lineamientos en este caso, estableciéndose, en consecuencia, dos regímenes paralelos con criterios de cálculo distintos que sería discriminatorio, anticompetitivo y no homogéneo, alegándose que, en consecuencia, existiría un atentado contra la seguridad jurídica y la confianza legítima [que TELEFÓNICA afirma que los tribunales arbitrales internacionales la denominan “expectativas legítimas”] con las que se negociaron y suscribieron los CONTRATOS.

363. Sobre este particular, este Colegiado observa que el hecho de que TELEFÓNICA haya tenido las expectativas que afirma y, aún si hipotéticamente consideramos que esas expectativas estarían demostradas en este arbitraje, resulta irrelevante para resolver esta controversia, porque TELEFÓNICA no ha

⁴³ TELEFÓNICA, numeral 34 y siguientes del memorial de cierre.

cumplido con la carga de la prueba de demostrar que esas “expectativas” se hicieron constar como obligaciones contractuales de los DEMANDADOS. En otras palabras, las “expectativas legítimas” o “confianza legítima” que ha alegado TELEFÓNICA en este arbitraje, se limitan a aquellas que esta parte subjetiva⁴⁴ y unilateralmente afirma le motivaron a suscribir los CONTRATOS con los DEMANDADOS, pero no tienen un correlato contractual que amerite un pronunciamiento de este Tribunal Arbitral.

364. En consecuencia, en base a todo lo desarrollado, este Tribunal Arbitral arriba a la convicción racional de que corresponde declarar infundada la Primera Pretensión Principal de la demanda.

365. Respecto de las cinco pretensiones accesorias, conforme a su naturaleza, corresponde que sigan la misma suerte de la Pretensión Principal.

366. Respecto de la Primera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal, basta señalar que al no existir obligación contractual, no existe, a su vez, incumplimiento contractual.

367. En cuanto a la Segunda Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal, al no existir incumplimiento contractual alguno, no cabe otorgar indemnización alguna.

368. Respecto a la Tercera Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal, al no existir incumplimiento contractual alguno, no cabe disponer que los DEMANDADOS cesen cualquier acto dirigido a cobrar los montos por por conceptos demandados.

369. En relación a la Cuarta Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal, al no existir incumplimiento contractual alguno, no cabe disponer que TELEFÓNICA sea indemnizada por el monto equivalente al que se vea obligada a pagar (tratándose de pagos pendientes o por determinar en el futuro) por los conceptos de "Interconexión" y "Roaming internacional", en aquellos casos que continúen incorporados en las Bases Imponibles del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.

370. Por último, respecto a la Quinta Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal, no existiendo incumplimiento contractual alguno, no cabe disponer que no se actualice la deuda ni se apliquen intereses.

⁴⁴ Laudo CIADI EDF v. Rumania, numeral 219: “*Legitimate expectations cannot be solely the subjective expectations of the investor*”.

VI. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA Y SUS PRETENSIONES ACCESORIAS

Segunda Pretensión Principal: Se declare que, conforme a lo pactado en las Cláusulas 8.20 de los Contratos Bloque A y Bloque C y la Cláusula 22.1 del Contrato Tele 2000, el régimen aplicable a Telefónica del Perú para el pago a cuenta con retraso del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel es el contenido en el artículo 33 del Código Tributario.

Primera Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal: Se declare que la aplicación de una tasa de interés moratorio (TIM) distinta a la establecida en el artículo 33 del Código Tributario para los pagos a cuenta del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel constituye un incumplimiento contractual.

Segunda Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal: Se declare que la TIM exigible a cualquier retraso de pago a cuenta de Telefónica correspondiente al pago del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, conforme al Contrato de Concesión y el Código Tributario, es la tasa que establezca la Sunat.

Tercera Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal: Se ordene a las Demandadas cesar cualquier acto dirigido a cobrar intereses moratorios distintos al tipo y tasa de interés previstos en el artículo 33 del Código Tributario para los pagos a cuenta del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel.

Cuarta Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal: Que se declare que Telefónica tiene derecho a ser indemnizada por el monto equivalente al que se vea obligada a pagar (tratándose de pagos a cuenta pendientes o por determinar en el futuro), en aquellos casos en que las Demandadas los continúen cobrando intereses moratorios distintos al del tipo y tasa establecidos en el artículo 33 del Código Tributario.

Posición de TELEFÓNICA

371. Esta parte precisa que está planteando esta pretensión, debido a que los DEMANDADOS han aplicado una metodología contraria a la pactada en los Contratos de Concesión, para calcular la Tasa de Interés Moratorio (TIM) aplicable a los pagos a cuenta del Derecho Especial al Fitel, además de imponer una tasa de interés compensatorio, que afectan todos los conceptos del servicio móvil incluidos en las resoluciones de determinación que corresponden a los CONTRATOS. Por tanto, la petición es acerca del tipo y Tasa de Interés Moratorio aplicables a TELEFÓNICA en el marco de los CONTRATOS.

372. La parte contraria estaría vulnerando la cláusula 22.1 del CONTRATO 1 y las cláusulas 8.20 del CONTRATO 2 y el CONTRATO 3, al exigir a TELEFÓNICA que pague una Tasa de Interés Moratorio distinta a la establecida por el artículo 33 del Código Tributario, ya que su contraparte insiste en aplicar una TIM establecida a partir de un Decreto Supremo (norma con rango Infra-legal).

373. Luego se afirma que: *“275. Así, lo que cuestionamos es la decisión de nuestra contraparte de usar una metodología de cálculo de intereses que no responde a lo expresamente establecido en la legislación aplicable a los Contratos de Concesión. Veremos que se ha desviado a Telefónica del régimen tributario aplicable (el del Código Tributario) a uno especial que viola, incluso, la literalidad de la propia norma”*.

374. TELEFÓNICA entiende que las obligaciones de pago a las que se encuentra sujeto en el marco de la concesión están reguladas en los CONTRATOS, los mismos que, además, señalan de manera clara y expresa cuál es el régimen tributario que les corresponde y el espacio-tiempo en que deben ser aplicadas. Ello, por cuanto: *“277. (...) la aplicación de intereses en este caso está estrictamente sujeta al cumplimiento de una obligación contractual determinada (en particular, al retraso del pago del Derecho Especial al Fitel). En ese sentido, el interés moratorio pactado tiene como finalidad indemnizar la mora en el pago. 278. Tiene, en ese sentido, un propósito indemnizatorio anclado en la propia naturaleza de los Contratos. En efecto, el interés moratorio busca reparar el incumplimiento tardío de una obligación, por lo que depende entonces de la determinación de la existencia de una obligación contractual”*.

375. Es más, afirma que: *“280. En este caso, como se ha señalado en el acápite referente a la primera pretensión principal, la obligación principal discutida es una de naturaleza contractual en tanto nace en virtud de los derechos conferidos en los Contratos de Concesión. Correspondientemente, cualquier discusión sobre la naturaleza de los intereses aplicables al cumplimiento tardío de esa obligación también será convencional. Si la discusión sobre el supuesto incumplimiento de la contraprestación contractual (el pago del Derecho) debe sustanciarse en el fuero arbitral, lo propio debe hacerse con las consecuencias contractuales de dicho incumplimiento”*.

376. En el CONTRATO 1, TELEFÓNICA apela a las cláusulas 8.1, 8.19 y 22.1. En el CONTRATO 2, se apela a las cláusulas 8.1, 8.17 y 8.20. Respecto al CONTRATO 3, se apela a las cláusulas 8.1, 8.17 y 8.20.

377. A partir de estas estipulaciones contractuales, TELEFÓNICA afirma que: *“285. Es claramente apreciable que todos los Contratos de Concesión*

establecieron un mecanismo legal expreso para la determinación de las obligaciones tributarias a las que se encuentra sujeta Telefónica. En pocas palabras, en tanto sociedad concesionaria, nos encontramos obligados a pagar derechos de aportes, tasas o contribuciones a las Demandadas durante el plazo que dure la concesión y siempre que la determinación de estos pagos se encuentre sujeta a la legislación tributaria nacional aplicable”.

378. Sin embargo, según TELEFÓNICA: “295. (...) las deudas que estuvieron o estarían pendientes de pago por concepto de pago a cuenta mensual se han actualizado de acuerdo con un procedimiento contrario al régimen tributario aplicable al que refieren los Contratos de Concesión”.

379. Esta actualización se realizó conforme a lo previsto en el artículo 239 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que regula los pagos a cuenta del aporte FITEL:

“Artículo 239.- Pagos a cuenta

Las personas naturales o jurídicas habilitadas a prestar los servicios públicos de telecomunicaciones señalados en el numeral 1 del artículo 238, abonarán con carácter de pago a cuenta del aporte que en definitiva les corresponda abonar por concepto del derecho especial, cuotas mensuales equivalentes al uno por ciento (1%) de sus ingresos brutos facturados y percibidos durante el mes anterior.

En el mes de enero de cada año se efectuará la liquidación final, debiéndose abonar la cuota de regularización respectiva. Si quedara saldo a favor del aportante, éste podrá aplicarlo a los respectivos pagos a cuenta de los meses siguientes o alternativamente podrá hacer uso de los mecanismos que determine oportunamente el Ministerio.

Conjuntamente con el pago a cuenta mensual, las empresas presentarán al Ministerio una declaración jurada en el formato que éste apruebe. Asimismo, el pago de regularización debe efectuarse al Ministerio, de conformidad con las normas reglamentarias del FITEL.

La declaración jurada y el pago correspondiente se efectuarán dentro de los diez (10) días calendario del mes siguiente al que corresponde el pago a cuenta.

Vencido este plazo, pagarán por cada mes de retraso y de manera acumulativa, las tasas máximas de interés compensatorio y moratorio fijados por el Banco Central de Reserva, vigentes a la fecha de pago”.

380. TELEFÓNICA afirma que el último párrafo del artículo citado no le resulta aplicable conforme a los CONTRATOS porque: “298. (...) No lo es por la sencilla razón que el régimen tributario correcto es el señalado en una norma jerárquicamente superior; esto es, el artículo 33 del Código Tributario que dispone un tipo de interés y tasa distintos”.

381. Y la razón de esto es que: *“299. En efecto, nuestra contraparte ha venido soslayando la existencia de una norma superior que regula específicamente el tipo y tasa de interés aplicables para los Contratos de Concesión y que, consecuentemente, prima sobre la última parte del artículo 239 del Reglamento. Ciertamente, el artículo 33 del Código Tributario regula expresamente cuál es el tipo de interés aplicable a estos casos”*.
382. TELEFÓNICA afirma que el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones fue aprobado mediante una norma infralegal (decreto supremo), mientras que el Código Tributario tiene rango de Ley. Frente a cualquier conflicto de normas como este referido a la regulación de un mismo supuesto, se deben aplicar criterios de solución de antinomias normativas. En este caso, una norma de rango reglamentario, como lo es el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, no puede primar por sobre una norma con rango legal como lo es el Código Tributario (la norma de menor rango resulta inválida, en base a la primacía del criterio de jerarquía normativa).
383. Esta parte observa que, conforme al artículo 33 del Código Tributario, se podrá fijar una tasa distinta a la establecida por la SUNAT, solo cuando esta sea aprobada mediante una norma especial específica: una Resolución Ministerial de Economía y Finanzas: *“Tratándose de los tributos administrados por otros Órganos, la TIM será la que establezca la SUNAT, salvo que se fije una diferente mediante Resolución Ministerial de Economía y Finanzas”*.
384. El mencionado artículo no habla de “una norma especial” cualquiera. La norma especial expresamente requerida por la norma tributaria es una resolución emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, que no es el caso de la tasa del BCR que fue aprobada mediante la Circular 021-2007-BCRP, del 30 de septiembre de 2007, y que, bajo ningún supuesto, cumple con el mandato establecido en el Código Tributario.
385. Esta situación, según TELEFÓNICA: *“308. Es decir, nos encontramos ante un doble incumplimiento por parte del Fitel, por un lado, ante la aplicación de una disposición emitida por un órgano distinto al requerido legalmente (el BCR en lugar del Ministerio de Economía y Finanzas), y, por otro, lado ante una norma de distinta jerarquía a la establecida (una circular frente a una resolución ministerial)”*.
386. TELEFÓNICA insiste en que el criterio de jerarquía de normas prima expresamente por sobre el de especialidad, y así está reconocido en la Constitución peruana (artículo 51) y por el Tribunal Constitucional. Es más, se afirma que: *“310. Este mismo criterio es reconocido contractualmente en los Contratos de Concesión. Por ejemplo, en las circulares de absolución a las consultas a las Bases Integradas del Contrato de Tele 2000 se dijo*

expresamente que los conflictos entre las normas aplicables a esta relación jurídica se resuelven usando el principio de jerarquía normativa”.

387. También se apela a una sentencia del Tribunal Constitucional (expediente 0004-2004-AI/TC, 0011-2004-AI/TC, 0012- 2004-AI/TC, 0013-2004-AI/TC, 0014-2004-AI/TC, 0015-2004-AI/TC, 0016- 2004-AI/TC y 0027-2004-AI/TC (acumulados).

388. Además, se destaca que mientras el FITELE fue administrado por el OSIPTEL (hasta el año 2006), este último organismo aplicó estrictamente lo dispuesto en el artículo 33 del Código Tributario, pese a la existencia de la disposición recogida en el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones que en los últimos años han venido usando para aplicar el tipo y tasa de interés incorrectos. TELEFÓNICA reconoce que esto fue así, en tanto el Reglamento General del OSIPTEL (decreto supremo 008-2001-PCM, artículo 69), dispone que en caso suceda un retraso en el pago de la deuda corresponde que se aplique solo el interés moratorio de acuerdo con el cálculo y régimen previstos en el Código Tributario.

389. TELEFÓNICA insiste en que: “325. *En tal sentido, debido a que las obligaciones tributarias en los Contratos de Concesión se rigen, en virtud de las cláusulas 22.1 (Contrato Tele 2000) y 8.20 (Contratos Bloque A y C), por el ordenamiento jurídico peruano, se debe entender que, en el marco de estos, solo resultan contractualmente exigibles los intereses moratorios del artículo 33 del Código Tributario”.*

390. Respecto a la Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, esta parte afirma que en marco de los CONTRATOS, no resulta exigible a TELEFÓNICA una TIM distinta a la establecida en el artículo 33 del Código Tributario, por lo que, como consecuencia necesaria de ello, la aplicación de una metodología de cálculo distinta es un desconocimiento de los términos contractuales de los CONTRATOS y su indebida inclusión implica un incumplimiento contractual.

391. En cuanto a la Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, busca que se determine cuál es la tasa de interés aplicable a los intereses moratorios de los pagos a cuenta, que no es otra que la dispuesta conforme a los términos del artículo 33 del Código Tributario, al no existir una Resolución Ministerial de Economía y Finanzas que fije alguna TIM distinta (una circular del BCR no tiene el rango de una Resolución Ministerial emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas), corresponde aplicar únicamente la TIM que haya fijado y fije la SUNAT para los periodos de fiscalización correspondiente a efectos de cuantificar los intereses moratorios aplicables.

392. Respecto a la Tercera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, TELEFÓNICA afirma que habiendo quedado demostrado que el cobro de un tipo y una tasa de interés distintos al artículo 33 del Código Tributario implica un incumplimiento contractual de los CONTRATOS, entonces corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a los DEMANDADOS abstenerse de realizar nuevamente la conducta antijurídica o insistir en su ejecución. TELEFÓNICA afirma que: *“337. Nótese que nuestro pedido no implica desconocer las facultades de las Demandadas para cobrar el Aporte por Regulación y el Derecho Especial a Fitel e imponer intereses, sino que, en la parte que implica un incumplimiento contractual o exigencia indebida a Telefónica, solicitamos al Tribunal que las compela a abstenerse, precisamente, de las conductas que generan los incumplimientos contractuales, esto es, aplicar intereses de forma contraria a la normativa aplicable a los Contratos de Concesión”*.

393. En cuanto a la Cuarta Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, esta parte afirma que al estar expuesta a que los DEMANDADOS insistan en su posición, se generará la conducta antijurídica y el daño, por lo que el Tribunal Arbitral no solo debe ordenar el cese de cualquier conducta, sino que, en caso esta sea reiterativa, se declare que TELEFÓNICA tiene derecho a ser indemnizada por el monto que se le obligue pagar como intereses distintos al tipo y tasa establecidos en el artículo 33 del Código Tributario.

394. TELEFÓNICA alega que, además, los DEMANDADOS, por referencia a la legislación aplicable peruana y por el contenido propio de las cláusulas de los CONTRATOS, se comprometieron a ejecutar sus obligaciones de acuerdo con el deber de buena fe (que no han cumplido) y que: *“357. Telefónica tenía la expectativa legítima de que la conducta de las Demandadas se sujetaría a lo expresamente pactado en los Contratos de Concesión. Sin embargo, tal como venimos sosteniendo, ambas vienen prolongando actos que no solo son contrarios al pacto de las partes sino, en algunos casos, representaciones flagrantes de interpretaciones incongruentes, antojadizas y contrarias a la literalidad de los acuerdos”*.

358. Esta manifestación evidente de abuso se expresa con claridad, por ejemplo, en el pedido contenido en nuestra segunda pretensión principal. En efecto, sin justificación normativa que la ampare y contradiciendo su conducta anterior, el Fitel decidió modificar el régimen tributario aplicable a Telefónica e imponerle un tipo y tasa distintos a los hasta entonces previstos. Es evidente, en este caso, la transgresión al principio de buena fe e, incluso, a la doctrina de los actos propios”.

395. En su memorial de cierre, destacan varias afirmaciones de esta parte.

396. En primer lugar, TELEFÓNICA insiste en que: “2. Contrariamente a lo señalado por la contraparte, Telefónica no ha cuestionado ni el contenido de la base imponible, ni el alcance de las Resoluciones de Determinación, sino las consecuencias contractuales que derivan de ello: dichos actos de la Administración contradicen los términos de los Contratos de Concesión y, por lo tanto, constituyen incumplimientos contractuales más allá de la discusión regulatoria”.

397. Luego se afirma que, como lo ha señalado en este arbitraje, ya existe una decisión firme de la Autoridad Competente que confirma cuál es el régimen tributario aplicable a los intereses por el retraso de los Pagos a Cuenta. El 23 de junio de 2023, la Sala Plena del Tribunal Fiscal ha publicado un precedente de observancia obligatoria sobre cuál es el régimen aplicable a los intereses, confirmando así que este se encuentra contenido en el artículo 33 del Código Tributario. Ya hemos señalado que el derecho peruano le otorga la calidad de precedente vinculante a esta decisión por lo que nos encontramos frente a la interpretación oficial de la Autoridad Competente y no existe ninguna labor de interpretación adicional que deba hacer el Tribunal Arbitral.

398. En ese sentido, afirma que: “71. Por el contrario, si es que se acepta que la Cláusula de Régimen Tributario Aplicable tiene un contenido jurídico de acuerdo con lo que hemos señalado antes, se deberá aceptar que este contenido se encuentra en lo ya confirmado por la Autoridad. Nos encontramos, por lo tanto, en un ejercicio de confirmación (declarativo) de lo ya decidido.

72. En efecto, el pedido de declaración o confirmación que siempre ha realizado Telefónica en este arbitraje respecto al régimen aplicable a los intereses moratorios sigue siendo el mismo. Si bien hasta antes del precedente se contaba con los actos que el MTC había venido realizando al declarar que el régimen tributario sí se encontraba en el artículo 33 (pero aplicando en los hechos otra norma), lo cierto es que con la publicación del precedente de observancia obligatoria es totalmente claro que existe una posición final que declara y ordena aplicar el artículo 33, pero que, además, expresamente, señala que se debe inaplicar el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones”.

399. Luego esta parte afirma que: “73. Considerando lo anterior, debemos advertir que, a efectos de emitir la declaración o confirmación requerida, el Tribunal Arbitral debe realizar un ejercicio de interpretación contractual únicamente. Sobre la base de este ejercicio de interpretación de cláusulas contractuales y de su contenido, el Tribunal Arbitral puede emitir declaraciones que, de ninguna forma, suponen una usurpación de facultades públicas.

74. (...) el Tribunal Arbitral solo debe convalidar dentro de la relación contractual de las Partes la interpretación de la norma que ya ha realizado el órgano competente y declarar que esta es aquella a la que remite la legislación tributaria aplicable a los Contratos en sus Cláusulas 8.20 y 8.17”.

400. A continuación, esta parte, en relación a las cláusulas contractuales, afirma que: *“77. Como queda evidenciado de la propia naturaleza de esta disposición, la cláusula de Régimen Tributario Aplicable hace una remisión normativa a la legislación vigente, comprometiendo a las partes a su cumplimiento, con las consecuencias que de ello derivan. Una mirada descuidada podría llevar a asumir que la existencia de una cláusula como esta no tiene incidencia en las obligaciones de las Partes puesto que, independientemente de su inclusión, Telefónica igual se encontraría obligada a cumplir con el pago de tributos.*

78. ¿Cuál es este efecto contractual pactado por Telefónica y el Estado peruano en los Contratos de Concesión? Por un lado, la limitación del Estado de aplicar irrazonable y/o ilegalmente estas normas. Más aún cuando es nuestra propia contraparte (el OSIPTEL y luego el MTC) quien las aplicaría. Por el lado de Telefónica, el efecto del incumplimiento sería que le resuelvan los Contratos de Concesión.

79. En efecto, si el MTC considerase que Telefónica ha venido incumpliendo con sus obligaciones de pago al no realizarlas de acuerdo con la legislación aplicable, podría recurrir a la Cláusula 18.2(d) que expresamente indica que el Estado peruano como concedente (representado por el MTC) puede resolver los Contratos de Concesión si es que se incumple con las Cláusulas de Obligaciones de Pago y de Régimen Tributario Aplicable.

80. Así, se aprecia con claridad el equilibrio contractual derivado del respeto a las normas tributarias aplicables a los Contratos de Concesión. Telefónica se enfrenta a una posible resolución contractual si incumple sus obligaciones tributarias (es decir, contractualiza una consecuencia derivada de las normas tributarias). A cambio, y dada la gravedad del remedio aplicable conforme a la cláusula 18.2(d), el MTC y el OSIPTEL se comprometen a no aplicar dicho régimen de forma irrazonable y/o ilegal”.

Posición de los DEMANDADOS

401. Sobre este particular, esta parte observa que, en los CONTRATOS se establece como obligación General que: *“Son obligaciones de la Sociedad Concesionaria, todas las que se deriven del texto del presente Contrato, las establecidas en la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento General, las disposiciones que dicte el MTC y el OSIPTEL, en materias de su competencia y las que están vigente durante el Plazo de la Concesión, principalmente pero no limitativas, las señaladas en las siguientes cláusulas. (...)”.*

402. Es obligación de TELEFÓNICA, en relación con el Aporte por el Derecho Especial destinado al FITEL, lo regulado en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, y las disposiciones que dicte el MTC y el OSIPTEL que estén vigentes durante el tiempo que dure la concesión. No

existiendo, como puede apreciarse ninguna obligación expresa a utilizar una determinada normativa diferente de las citadas precedentemente.

403. En consecuencia, a efectos de determinar la aplicación de intereses por el pago extemporáneo del Aporte al FITELEL, el FITELEL en su oportunidad y el PRONATELEL no se encuentran supeditados a aplicar una normativa en particular.

404. Es más, según la cláusula 8 de los CONTRATOS, que regula las "OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA", y específicamente la cláusula 8.1, se debería aplicar para el cálculo de los intereses del Aporte al FITELEL pagado extemporáneamente lo regulado en: (i) La Ley de Telecomunicaciones; (ii) El Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones; (iii) El Reglamento del Servicio Público de Telefonía Móvil; (iv) Las disposiciones que dicte el MTC en materias de su competencia; (v) Las disposiciones que dicte el OSIPTELEL en materias de su competencia; (vi) Lo establecido en las secciones de la Cláusula 8, que contiene, entre otros, la "Obligación de pago" o el "Régimen Tributario Aplicable" (Secciones 8.19 u 8.20 según corresponda), estableciéndose que TELEFÓNICA está sujeta a la legislación tributaria nacional, regional y municipal vigentes durante la concesión.

405. En ese sentido, se afirma que los CONTRATOS: (i) No regulan el procedimiento para la aplicación de intereses de deudas relacionadas al Aporte al FITELEL, sino que hacen la remisión a la legislación que se le sea aplicable; (ii) No establecen un mecanismo legal expreso que el PRONATELEL deba aplicar, sino que hacen la remisión a la legislación que se le sea aplicable.

406. En ese contexto, el FITELEL en su oportunidad y ahora el PRONATELEL a fin de determinar el pago del Aporte al FITELEL y los correspondientes intereses, deberá remitirse a la legislación aplicable siendo estas la Ley de Telecomunicaciones, el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y las normativas tributarias que le sean aplicables.

407. Se insiste que, además, en la cláusula 8 de los CONTRATOS que regula las "OBLIGACIONES Y DERECHOS DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA" no se establece la obligación de aplicar el TUO del Código Tributario para el cálculo de los intereses por pagos extemporáneos del Aporte al FITELEL.

408. Respecto a la alegada antinomia entre lo regulado en el artículo 239 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones y el artículo 33 del TUO del Código Tributario, se destaca que el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones (originalmente fue el artículo 218) regula de manera literal que, por los pagos a cuenta del Aporte al FITELEL efectuados con retraso se pagarán por cada mes de retraso y de manera acumulativa, las tasas máximas

de interés compensatorio y moratorio fijados por el Banco Central de Reserva, vigentes a la fecha de pago, con lo cual no existe discusión alguna respecto de la normativa a aplicar. Mientras que el artículo 33 del TUO del Código Tributario establece de manera general la tasa de interés moratorio a aplicar para tributos pagados extemporáneamente. Dichas normativas tienen la calidad de norma especial y norma general (y supletoria) respectivamente.

409. Para determinar la normativa aplicable al cálculo de intereses en esta materia, se hace referencia al artículo 74 de la Constitución Política del Perú que regula el Principio de Legalidad en cuanto a la creación, modificación y derogación de tributos. Este Principio de Reserva de Ley se encuentra establecido en la Norma IV del Título Preliminar del TUO del Código Tributario.

410. En lo que se refiere a la regulación de los intereses a aplicarse por los pagos extemporáneos de tributos (Aporte al FITEL), se afirma que no requiere que sea regulado en una norma con rango de Ley, toda vez que el interés no es un elemento esencial del tributo, por lo que su regulación en el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones cumple con el Principio de Legalidad y Reserva de Ley, pudiendo ser aplicado válidamente por el PRONATEL.

411. Esta parte hace referencia a la pericia presentada (Tributos & Sociedades Asesores) en específico el apartado que hace referencia a la Norma IX del Código Tributario, para afirmar seguidamente que en el supuesto de que el Código Tributario no regule una determinada materia puede aplicarse válidamente lo regulado en otra normativa tributaria que sí la prevé, como ha sucedido en el presente caso, toda vez que el Código Tributario no prevé expresamente la aplicación de intereses para el supuesto de los pagos a cuenta del Aporte al FITEL hechos fuera de fecha, lo que sí ha sido regulado en el artículo 239 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

412. Es más, en caso se afirmara que sí existe antinomia, esta parte entiende que se daría entre lo regulado en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y el TUO del Código Tributario, toda vez que ambas normativas regulan obligaciones tributarias diferentes. En ese sentido, al ser normas que tienen la misma jerarquía correspondiente no habría razón para examinar el criterio de jerarquía, sino los criterios de competencia y de especialidad, en cuanto a la materia que regulan.

413. Pero, además, se destaca que en el presente caso el artículo 33 del TUO del Código Tributario no regula la aplicación de intereses de los pagos a cuenta del Aporte al FITEL pagados extemporáneamente, lo que sí es regulado expresamente en el artículo 239 del Reglamento General de Ley de Telecomunicaciones, razón por la cual no nos encontramos en el caso de dos

normas que regulan un mismo supuesto, por lo que no tiene sentido aplicar el criterio de jerarquía en la presente controversia.

414. A continuación, se afirma que la primera, segunda y tercera pretensiones accesorias a la Segunda Pretensión Principal carecen de asidero legal. Tampoco corresponde la indemnización solicitada respecto de los intereses moratorios y compensatorios que se cobre a TELEFÓNICA por la aplicación válida de lo regulado en el TUO de la Ley de Telecomunicaciones y su Reglamento, toda vez que estas son obligaciones tributarias que TELEFÓNICA debe efectuar no contenidas ni reguladas en los contratos de concesión materia de cuestionamiento.

415. Respecto al Aporte por Regulación, OSIPTEL indica que lo administra desde su creación, y durante todo ese tiempo ha aplicado el régimen tributario que TELEFÓNICA invoca (artículo 33 del Código Tributario) a los pagos a cuenta con retraso de ese tributo. En lo referente al Derecho Especial al Fitel, se precisa que fue administrado por OSIPTEL hasta el año 2006, pasando desde entonces a ser administrado por otra entidad dependiente del MTC. Durante todo ese tiempo, OSIPTEL aplicó también el régimen tributario que TELEFÓNICA invoca (artículo 33 del Código Tributario) a los pagos a cuenta con retraso de este otro tributo.

416. OSIPTEL entiende que, en consecuencia, esta pretensión no le alcanza, destacando que actuó de la manera indicada en cumplimiento de su propio Reglamento General, que dispone que en caso suceda un retraso en el pago de la deuda corresponde que se aplique solo el interés moratorio de acuerdo con el cálculo y régimen previstos en el Código Tributario.

417. Por último, OSIPTEL destaca que, en lo referente a los daños, son de aplicación las disposiciones contenidas en el T.U.O. de la Ley del Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444), y solo supletoriamente las del Código Civil. En particular, se hace referencia al artículo 260 incisos 2 y 3 del primer dispositivo legal.

418. En sus memoriales de cierre, el MTC y OSIPTEL insistieron en los argumentos que sustentan su defensa contra esta pretensión.

Decisión del Tribunal Arbitral

419. En esta Segunda Pretensión Principal, TELEFÓNICA solicita que se declare que, conforme a lo pactado en las cláusulas 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3 y la cláusula 22.1 del CONTRATO 1, el régimen aplicable a TELEFÓNICA para el pago a cuenta con retraso del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, es el contenido en el artículo 33 del Código Tributario.

420. Esta parte alega que los DEMANDADOS estarían vulnerando las mencionadas cláusulas contractuales, al exigir a TELEFÓNICA que pague una Tasa de Interés Moratorio distinta a la establecida por el artículo 33 del Código Tributario, ya que su contraparte insiste en aplicar una TIM, que no responde a lo expresamente establecido en la legislación aplicable a los CONTRATOS. Además, TELEFÓNICA afirma que se está aplicando una tasa de interés moratorio establecida a partir de un Decreto Supremo, más precisamente el artículo 239 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, mientras que el artículo 33 del Código Tributario es una ley (norma superior). Ante la existencia de una antinomia normativa, debe primar la norma de rango legal (primacía del criterio de jerarquía normativa).

421. TELEFÓNICA entiende que las obligaciones de pago, se encuentran sujetas conforme a lo regulado en los CONTRATOS, los mismos que señalan de manera clara y expresa cuál es el régimen tributario que les corresponde y el espacio-tiempo en que deben ser aplicadas. Ello, por cuanto: *“277. (...) la aplicación de intereses en este caso está estrictamente sujeta al cumplimiento de una obligación contractual determinada (en particular, al retraso del pago del Derecho Especial al Fitel). En ese sentido, el interés moratorio pactado tiene como finalidad indemnizar la mora en el pago”*.

422. TELEFÓNICA alega que: *“280. (...) En este caso (...) la obligación principal discutida es una de naturaleza contractual en tanto nace en virtud de los derechos conferidos en los Contratos de Concesión. Correspondientemente, cualquier discusión sobre la naturaleza de los intereses aplicables al cumplimiento tardío de esa obligación también será convencional. **Si la discusión sobre el supuesto incumplimiento de la contraprestación contractual (el pago del Derecho) debe sustanciarse en el fuero arbitral, lo propio debe hacerse con las consecuencias contractuales de dicho incumplimiento”***. (El énfasis es agregado)

423. Además, TELEFÓNICA alega que los DEMANDADOS, por referencia a la legislación aplicable peruana y por el contenido propio de las cláusulas de los CONTRATOS, se comprometieron a ejecutar sus obligaciones de acuerdo con el deber de buena fe (que no han cumplido) y que: *“357. Telefónica tenía la expectativa legítima de que la conducta de las Demandadas se sujetaría a lo expresamente pactado en los Contratos de Concesión. Sin embargo, tal como venimos sosteniendo, ambas vienen prolongando actos que no solo son contrarios al pacto de las partes sino, en algunos casos, representaciones flagrantes de interpretaciones incongruentes, antojadizas y contrarias a la literalidad de los acuerdos.*

358. Esta manifestación evidente de abuso (...) contradiciendo su conducta anterior (...) Es evidente, en este caso, la transgresión al principio de buena fe e, incluso, a la doctrina de los actos propios”.

Tribunal Arbitral

Fernando Cantuarias Salaverry (presidente)

José Antonio Moreno Rodríguez

Gonzalo García Calderón Moreyra

424. TELEFÓNICA observa que ya existe una decisión firme de la Autoridad Competente que confirma cuál es el régimen tributario aplicable a los intereses por el retraso de los Pagos a Cuenta (Decisión de la Sala Plena del Tribunal Fiscal de 23 de junio de 2023, que tiene la calidad de precedente de observancia obligatoria). Frente a esto, esta parte afirma que al existir una interpretación oficial de la Autoridad Competente, no existe ninguna labor de interpretación adicional que deba hacer el Tribunal Arbitral, sino ante “(...) un ejercicio de confirmación (declarativo) de lo ya decidido⁴⁵”.

425. Por último, para desarrollar su mandato, TELEFÓNICA afirma que: “(...) a efectos de emitir la declaración o confirmación requerida, el Tribunal Arbitral debe realizar un ejercicio de interpretación contractual únicamente (...) el Tribunal Arbitral solo debe convalidar dentro de la relación contractual de las Partes la interpretación de la norma que ya ha realizado el órgano competente y declarar que esta es aquella a la que remite la legislación tributaria aplicable a los Contratos en sus Cláusulas 8.20 y 8.17⁴⁶”.

426. Para estos efectos, el Tribunal Arbitral remite a las partes a los numerales 322 al 338 de este Laudo, en los que identifica el marco conceptual que se aplicará a la labor interpretativa que seguidamente realizará este Colegiado.

427. Las cláusulas contractuales alegadas por TELEFÓNICA son las siguientes:

CONTRATO 1

Sección 22.1 Ley Aplicable

Este CONTRATO se regirá y ejecutará de acuerdo con las leyes del Perú.

CONTRATO 2

8.20 Régimen Tributario Aplicables

La Sociedad Concesionaria está sujeta a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que se encuentre vigente durante la Concesión, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponda al ejercicio de su actividad. Asimismo, la Sociedad Concesionaria podrá acceder a los beneficios tributarios que las normas otorguen, en tanto cumpla con los procedimientos, requisitos y condiciones señalados en las mismas.

CONTRATO 3

8.20 Régimen Tributario Aplicables

La Sociedad Concesionaria está sujeta a la legislación tributaria nacional, regional y municipal que le resulte aplicable, debiendo cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponda al ejercicio de su actividad. Asimismo, la Sociedad Concesionaria podrá acceder a los

⁴⁵ TELEFÓNICA, numeral 71 del memorial de cierre.

⁴⁶ TELEFÓNICA, numerales 73 y 74 del memorial de cierre.

beneficios tributarios que las normas otorguen, en tanto cumpla con los procedimientos, requisitos y condiciones señalados en las mismas.

428. Este Colegiado debe proceder seguidamente a realizar una interpretación de la voluntad declarada y de la común intención de las partes el marco de los artículos 168 y 1362 del Código Civil, conjuntamente según la buena fe.

429. En síntesis, recordemos que TELEFÓNICA postula que, conforme a lo pactado en las cláusulas 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3 y la cláusula 22.1 del CONTRATO 1, el régimen aplicable a TELEFÓNICA para el pago a cuenta con retraso del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, es el contenido en el artículo 33 del Código Tributario. Por lo que, como los DEMANDADOS no estarían observando las obligaciones de pago reguladas en los CONTRATOS, estarían vulnerando las mencionadas cláusulas contractuales (incumplimiento contractual) al exigir a TELEFÓNICA que pague una Tasa de Interés Moratorio distinta a la establecida por el artículo 33 del Código Tributario, ya que su contraparte insiste en aplicar una TIM, que no responde a lo expresamente establecido en la legislación aplicable a los CONTRATOS.

430. Conforme a estos métodos de interpretación, este Colegiado observa que las cláusulas 22.1 del CONTRATO 1 y 8.20 de los CONTRATOS 2 y 3, meramente identifican que TELEFÓNICA se encuentra sujeta a la legislación peruana y que, en materia tributaria TELEFÓNICA debe “(...) *cumplir con todas las obligaciones de naturaleza tributaria que corresponda al ejercicio de su actividad*”.

431. El Tribunal Arbitral no observa la existencia de obligación contractual alguna. Como en toda actividad económica, las cláusulas bajo análisis simplemente refieren que a TELEFÓNICA le corresponde cumplir con la legislación tributaria peruana aplicable a su actividad económica⁴⁷.

432. Es más, ninguna de las citadas cláusulas contractuales, como tampoco alguna otra (que, en todo caso, no ha sido traída a conocimiento de este Colegiado) menciona expresamente alguna obligación contractual de los DEMANDADOS de cobrar tributos de alguna determinada manera, cuál sería la base imponible “contractual” algún tributo y, para efectos de esta Pretensión, cuál sería el régimen aplicable a los intereses por la demora en el pago de los tributos.

433. Para este Colegiado, las cláusulas contractuales meramente reconocen la existencia de una obligación legal preexistente en cabeza de TELEFÓNICA (no de los DEMANDADOS).

⁴⁷ Artículo 74 de la Constitución Política del Perú: “*Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo*”.

434. Además, la afirmación de TELEFÓNICA acerca de que su obligación de pago tributario deviene de una obligación “contractual” derivada de la suscripción del CONTRATO y, por tanto, los intereses que debe pagar, tendría una connotación contractual no se sostiene. Es la legislación tributaria la que determina con carácter general y abstracto los supuestos, condiciones, tasas y demás (incluido el pago de los intereses) en los que, independientemente de la identidad específica de una persona o una empresa, debe tributarse. Cuando TELEFÓNICA suscribió los CONTRATOS, fue la Ley y no los CONTRATOS, la que generó la obligación “legal” de esa empresa a pagar diferentes tributos (impuestos, contribuciones, tasas, etc) que correspondan, de acuerdo a la actividad que desarrolle.

435. Por otro lado, la alegada “integración contractual” propuesta por TELEFÓNICA resulta impertinente, porque la obligación de TELEFÓNICA es legal (y no contractual). En efecto, como ya se indicó, las cláusulas alegadas por TELEFÓNICA no regulan la relación contractual concedente-concesionario, supuesto que sí ameritaría integrar al contrato la legislación aplicable a este.

436. Es más, incluso si se pudiera afirmar la existencia de alguna obligación contractual a partir de la integración que se alega, dicha integración es tan genérica (de acuerdo con la “normativa aplicable”), que las partes, en ese escenario, habrían pactado supeditarse a lo que determinen los únicos que pueden válidamente interpretar esa normativa legal aplicable: las autoridades administrativas/judiciales. Y, en este caso, como consta de la amplia información que han proporcionado las partes, aparece que el Tribunal Fiscal habría determinado que corresponde cobrar los tributos de acuerdo con el artículo 33 del Código Tributario y no según el Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones⁴⁸⁴⁹.

437. Sin embargo, este Colegiado es enfático, en el sentido de que, al no tratarse de un tema contractual, no tiene competencia alguna para pronunciarse acerca de si la decisión del Tribunal Fiscal o de alguna otra autoridad tributaria (o judicial) sería la correcta en este caso. TELEFÓNICA ha pedido que este

⁴⁸ Acuerdo 02-2023 de la Sala Plena del Tribunal Fiscal: “Para efectos de calcular el interés moratorio aplicable a los pagos a cuenta del Aporte al Derecho Especial destinado al PRONATEL (antes FITEL), se debe utilizar la Tasa de Interés Moratorio (TIM) aprobada por la SUNAT, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 33 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013- EF.

En tal sentido, corresponde inaplicar el último párrafo del artículo 239 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2007-MTC, modificado por Decreto Supremo N° 019-2012-MTC, por contravenir el segundo párrafo del artículo 33 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, aprobado por Decreto Supremo N° 133-2013- EF¹²”.

⁴⁹ Esta incompetencia, al no tratarse de un tema contractual, alcanza también al argumento de TELEFÓNICA, quien afirma que se está aplicando una tasa de interés moratorio establecida a partir de un Decreto Supremo (artículo 239 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones), mientras que el artículo 33 del Código Tributario es una ley (norma superior) y que, ante la existencia de una antinomia normativa, debe primar la norma de rango legal (primacía del criterio de jerarquía normativa). Esta determinación obviamente pertenece a las instancias tributarias correspondientes.

Tribunal Arbitral declare o confirme la decisión del Tribunal Fiscal, pedido que no se condice con su competencia en cuestiones exclusivamente contractuales, por lo que en esta decisión este Colegiado solo observa la existencia de pronunciamientos de diversas autoridades legales tributarias, a quienes les compete, de manera exclusiva, la determinación de los intereses aplicables a las obligaciones tributarias en cabeza de TELEFÓNICA. Por consiguiente, aun en este escenario, no existe incumplimiento contractual de los DEMANDADOS.

438. TELEFÓNICA alega que los DEMANDADOS, por referencia a la legislación aplicable peruana y por el contenido propio de las cláusulas de los CONTRATOS, se comprometieron a ejecutar sus obligaciones de acuerdo con el deber de buena fe (que no han cumplido). Sobre este particular, basta afirmar que, al no existir una obligación contractual emanada de las cláusulas alegadas por TELEFÓNICA, mal se puede sostener que la actuación de los DEMANDADOS violaría la buena fe contractual.

439. De la misma manera, el alegado abuso de derecho y la existencia de la figura de los actos propios tampoco se sostienen. El primero, porque, como ya se indicó, al no existir obligación contractual alguna, simplemente no cabe alegar la existencia de un ejercicio abusivo de un derecho. Lo mismo sucede con los actos propios, porque al no existir obligación contractual alguna, no cabe alegar que los DEMANDADOS habrían actuado en contrario a sus actuaciones contractuales anteriores.

440. Un último tema que este Colegiado considera pertinente pronunciarse, es acerca de la siguiente afirmación de TELEFÓNICA: *“357. Telefónica tenía la expectativa legítima de que la conducta de las Demandadas se sujetaría a lo expresamente pactado en los Contratos de Concesión. Sin embargo, tal como venimos sosteniendo, ambas vienen prolongando actos que no solo son contrarios al pacto de las partes sino, en algunos casos, representaciones flagrantes de interpretaciones incongruentes, antojadizas y contrarias a la literalidad de los acuerdos”*.

441. Sobre este particular, este Colegiado observa que el hecho de que TELEFÓNICA haya tenido las expectativas que afirma y, aún si hipotéticamente consideramos que esas expectativas estarían demostradas en este arbitraje, resulta irrelevante para resolver esta controversia, porque TELEFÓNICA no ha cumplido con la carga de la prueba de demostrar que esas “expectativas” se hicieron constar como obligaciones contractuales de los DEMANDADOS. En otras palabras, las “expectativas legítimas” o “confianza legítima” que ha alegado TELEFÓNICA en este arbitraje, se limitan a aquellas que esta parte subjetiva y unilateralmente afirma le motivaron a suscribir los CONTRATOS con los DEMANDADOS, pero no tienen un correlato contractual que amerite un pronunciamiento de este Tribunal Arbitral.

442. En consecuencia, en base a todo lo desarrollado, al no existir obligación contractual alguna y no existir por tanto incumplimiento contractual por los

DEMANDADOS, este Tribunal Arbitral arriba a la convicción racional de que corresponde declarar infundada la Segunda Pretensión Principal de la demanda.

443. Respecto de las cuatro pretensiones accesorias, conforme a su naturaleza, corresponde que sigan la misma suerte de la Pretensión Principal.

444. Además, respecto de la Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, basta señalar que al no existir obligación contractual, no existe, a su vez, incumplimiento contractual.

445. En cuanto a la Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, no existiendo disposición contractual alguna que permita afirmar que las partes han pactado una tasa en particular, el pedido de TELEFÓNICA es infundado.

446. Respecto a la Tercera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, al no existir obligación contractual alguna que, además, hubiere sido incumplida por los DEMANDADOS, el pedido de que cese cualquier acto dirigido a cobrar intereses moratorios distintos al tipo y tasa de interés previstos en el artículo 33 del Código Tributario para los pagos a cuenta del Aporte por Regulación y del Derecho Especial al Fitel, es infundado.

447. Por último, en cuanto a la Cuarta Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, no existiendo obligación contractual y menos incumplimiento alguno, la pretensión de daños no se sostiene.

VII. DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES

448. Corresponde, finalmente, que este Colegiado se pronuncie acerca de las costas y costos de este arbitraje.

449. Las dos partes han reclamado expresamente que sea su contraria la que asuma íntegramente las costas y costos. Para estos efectos, TELEFÓNICA, el MTC y OSIPTEL han presentado sus respectivos memoriales de costos.

450. TELEFÓNICA solicita que su contraparte asuma los siguientes costos:

Descripción	Costas (incluye IGV en caso haya sido aplicado)
Honorarios de abogados	
Baxel Consultores, honorarios	S/ 324,000.00 (más IGV)
Baxel Consultores, honorarios de éxito	S/ 40,000.00 (más IGV)
Honorarios de expertos	
Axon Consulting Group	S/ 445,850.00
KPMG	S/ 82,950.00
Ramón Huapaya	S/ 45,000.00
Gastos	
Gastos arbitrales (honorarios y gastos del Centro)	S/ 2,685,705.88
Gastos de consultores legales externos	S/ 22,500.00

451. El MTC solicita la siguiente condena de costos:

OTROSI DIGO: Respecto a la **Liquidación de Costos**, el MTC informa que el único costo incurrido por la Entidad en el presente arbitraje es el relacionado a la contratación del servicio legal tributario para elaboración del Informe Pericial sobre la aplicación de los intereses a los pagos a cuenta del Aporte por el Derecho Especial Destinado al FITEL, cuyo costo ascendió a S/ 40,000.00 (incluido los impuestos de ley). Adjuntamos la Orden de Servicio N°0003254 y la Factura N°E001-813, emitida por TS Asesores S.A.C.]

452. Por último, OSIPTEL reclama en costos: (i) S/ 135,000 y S/ 40,000 por asesoría legal externa; y (ii) S/ 40,000 por honorarios periciales.

453. Sobre este particular, el convenio arbitral pactado por las partes no dispone de una regla aplicable a este tema.

454. Por su parte, el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, identifica que los costos arbitrales comprenden:

“Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.

455. Además, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje establece que los “costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”⁵⁰.

456. Conforme a los términos de este Laudo, el Colegiado observa que TELEFÓNICA es la parte perdedora en el fondo, por lo que este Colegiado considera pertinente condenarla al pago del íntegro de los costos del Centro de Arbitraje y de los honorarios del Tribunal Arbitral. Como esta parte, en los hechos, los han cancelado en su integridad, en la parte resolutive de este Laudo solo se le condenará a asumirlos.

457. En cuanto a los costos de defensa legal y pericial de las partes, el Tribunal Arbitral verifica que los DEMANDADOS han sido la parte perdedora respecto de las excepciones y defensas previas que han deducido. Además, aun cuando los DEMANDADOS se han sometido a los reglamentos del Centro de Arbitraje, no cumplieron en su momento con contribuir con el cincuenta por ciento (50%) de los costos del Centro de Arbitraje y de los honorarios del Tribunal Arbitral.

458. Teniendo en cuenta lo indicado, este Colegiado considera razonable disponer que cada parte asuma íntegramente los gastos o costos que sufrió en su defensa legal y en cualquier otro ítem como gastos periciales, gastos de opinión de expertos legales, etc.

VIII. PARTE RESOLUTIVA

459. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

⁵⁰ Las normas pertinentes del Reglamento de Arbitraje aplicable a este caso, disponen reglas similares a las contenidas en la Ley de Arbitraje.

460. Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO.- Se declara **INFUNDADA** la Objeción al Arbitraje planteada por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES.

SEGUNDO.- Se declara **INFUNDADA** la Excepción de Incompetencia propuesta por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES.

TERCERO.- Se declara **INFUNDADA** la Excepción de Litis Pendencia propuesta por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES.

CUARTO.- Se declara **INFUNDADA** la Excepción de Cosa Juzgada propuesta por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES.

QUINTO.- Se declara **IMPROCEDENTE** la Excepción de Prescripción Extintiva propuesta por el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSION PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES.

SEXTO.- Declarar **INFUNDADAS** la Primera Pretensión Principal, la Primera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, la Segunda Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, la Tercera Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, la Cuarta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal y la Quinta Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la demanda de TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

SÉTIMO.- Declarar **INFUNDADAS** la Segunda Pretensión Principal, la Primera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, la Segunda Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal, la Tercera Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal y la Cuarta Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal de la demanda de TELFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.

OCTAVO.- **FIJAR** los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/ 730,750,50 (Setecientos treinta mil setecientos cincuenta con 50/100 Soles) sin incluir el IGV y los servicios del Centro de Arbitraje en la suma de S/ 302,037.40 (Trescientos dos mil treinta y siete con 40/100 soles) sin incluir el IGV, conforme a las liquidaciones de honorarios dispuestas por el Centro de Arbitraje.

NOVENO.- DISPONER que TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. asuma en su integridad los costos arbitrales (honorarios del Tribunal Arbitral y del Centro de Arbitraje) que ha cancelado en su oportunidad.

Fuera de estos conceptos, se dispone que cada parte asuma íntegramente los gastos o costos que sufrió en su defensa legal y en cualquier otro ítem como gastos periciales, gastos de opinión de expertos legales, etc.



FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY
Presidente del Tribunal Arbitral



JOSÉ ANTONIO MORENO RODRÍGUEZ
Árbitro



GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA
Árbitro