

Lima, 21 de octubre de 2010

10898-2010

Señores  
**ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN  
TELECOMUNICACIONES - OSIPTEL**  
Calle La Prosa N° 136  
San Borja.-

**Ref.: Caso Arbitral N° 1430-062-2008**

De mi consideración:

Por medio de la presente cumplo con notificarles el laudo correspondiente al caso arbitral de la referencia, emitido el 20 de octubre de 2010 por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Aurelio Loret De Mola Böhme, quien lo preside, Oswaldo Hundskopf Exebio y José Luis Sardón. Para tal efecto, adjunto un ejemplar original del laudo antes referido.

Lo que notifico conforme a Ley.-

  
**ALVARO AGUILAR OJEDA**  
Secretario Arbitral

OSIPTEL  
2010 OCT 21 PM 3:40  
RECIBIDO

LAUDO

DEMANDANTE: TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.  
DEMANDADO: ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN  
PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES  
TRIBUNAL ARBITRAL: AURELIO LORET DE MOLA BÖHME  
OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO  
JOSÉ LUIS SARDÓN DE TABOADA

RESOLUCIÓN 43

Lima, 20 de octubre de 2010

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

1. Consideraciones Preliminares

El 15 de mayo de 1994 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Supremo 11-94-TCC, aprobándose los contratos de concesión celebrados por el Estado, representado por el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (MTC):

- Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú con ENTEL S.A.; y,
- Contrato de Concesión de Prestación de Servicio Portador y Servicio Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao con CPT S.A. .

Posteriormente, CPT absorbió a ENTEL y cambió su denominación por Telefónica del Perú S.A.A. (Telefónica).

Antes que se promulgara dicho Decreto Supremo, la Ley 26285, publicada el 14 de enero de 1994, dispuso la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones de telefonía fija local y de servicios portadores de larga distancia, y otorgó a los contratos de concesión antes mencionados — que se establecía pronto celebraría el Estado— la categoría de contratos-ley.

Respecto a los hechos que generaron la controversia, tenemos que, mediante Resolución 045-2006-CD/Osiptel, publicada en el diario oficial El Peruano el 8 de julio de 2006, el Consejo Directivo de Osiptel dio inicio de oficio al procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio fijo local, siguiendo las normas del procedimiento para la fijación



revisión de cargos de interconexión tope, establecido por Resolución 123-2003-CD/Osiptel.

De esta manera, revisaría el cargo promedio ponderado por minuto fijado anteriormente, mediante la Resolución 018-2003-CD/Osiptel, en US\$ 0.01208 por minuto tasado al segundo, sin incluir el Impuesto General a las Ventas (IGV), y se evaluaría la fijación de un cargo en la modalidad de "cargo fijo periódico o cargo por capacidad"<sup>1</sup>.

Mediante Carta DR-067-C-558/GR-07, el 2 de mayo de 2007, Telefónica expuso a Osiptel las razones por las cuales consideraba que la modalidad de fijar los cargos de interconexión por capacidad no era la adecuada, proponiendo continuar con la modalidad de cargo por minuto.

El 28 de mayo de 2007, tres miembros del Consejo Directivo de Osiptel, señores Jose Távara, Raúl Pérez Reyes y César Fuentes, renunciaron a sus cargos, lo que ocurrió durante la tramitación del procedimiento de revisión del cargo de interconexión. Sin embargo, el Presidente de Osiptel dispuso continuar con el procedimiento de revisión del cargo de interconexión antes mencionado.

Telefónica, mediante carta DR-236-C-353/CM-07 del 19 de octubre de 2007, presentó a Osiptel dos informes elaborados por la consultora internacional NERA Economic Consulting, sustentando su opinión con respecto los cargos de interconexión tope por capacidad. Asimismo, adjuntó dos informes de DN Consultores.

El 8 de febrero de 2008, como trámite previo al arbitraje, Telefónica solicitó al Presidente de Osiptel sostener reuniones para intentar solucionar las diferencias de interpretación de los contratos de concesión, ya que, desde su perspectiva, se estarían vulnerando garantías establecidas por éstos en su favor, tanto por la forma como se estaba desarrollando la revisión de los cargos de interconexión como por las características que tenían los cargos de interconexión que se venían promoviendo en dicho proceso.

El 20 de febrero de 2008, el Presidente de Osiptel, mediante Resolución 020-2008-PD/Osiptel, dispuso la publicación del proyecto normativo que establecía el cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, en las modalidades de cargo por tiempo de ocupación y de cargo fijo periódico, así como el Informe 370 GPR-2007 de la Gerencia de Políticas Regulatorias, que sustentaba tal propuesta. En tal Resolución, otorgó un plazo de treinta (30) días calendario para que los interesados remitan sus comentarios a la Gerencia de Comunicación Corporativa del Osiptel; además, se convocó a audiencia pública para el 8 de marzo de 2008.

---

<sup>1</sup> Resolución 003-2005 CD/Osiptel, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de enero de 2005.



Mediante carta DR-236-C-098/CM-08, de 23 de abril de 2008, Telefónica presentó a Osiptel sus comentarios sobre dicho proyecto normativo. En esa carta, Telefónica manifestó que la aprobación de tal proyecto normativo no constituía una situación de urgencia que requiriera la actuación del Presidente de Osiptel en sustitución de la actuación colegiada del Consejo Directivo, según lo establecido por el literal j) del artículo 86 del Reglamento General de Osiptel. Por tanto, tal actuación vulneraba la garantía prevista en la cláusula 10 de los contratos de concesión, que establece que los cargos se deben fijar de acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones y los reglamentos emitidos por Osiptel.

El 5 de mayo de 2008, Telefónica presentó al Centro de Arbitraje una solicitud de inicio de arbitraje, indicando su voluntad de someter a esta vía la controversia surgida con Osiptel respecto a la posibilidad de que el Presidente del Consejo Directivo fije cargos de interconexión en la forma prevista en el proyecto normativo antes mencionado.

El 7 de mayo de 2008, se publicaron en el diario oficial El Peruano las Resoluciones Supremas 112-2008-PCM, 113-2008-PCM y 114-2008-PCM, mediante las que se nombró a Carolina Linares, Marco Torrey y Juan Carlos Mejía como miembros del Consejo Directivo de Osiptel.

El 21 de mayo de 2008 se realizó una audiencia pública 2, conforme al procedimiento para establecer el cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, en sus modalidades de cargo por tiempo de ocupación y de cargo fijo periódico.

El 10 de octubre de 2008, mediante carta DR-107-C.00.29/GO-08, Telefónica, sosteniendo que ni la Ley de Telecomunicaciones ni los reglamentos de Osiptel permiten que la aprobación de un proyecto normativo sobre cargos de interconexión tope la efectúe un órgano distinto al Consejo Directivo, solicitó la publicación de un nuevo proyecto.

Acogiendo tal solicitud, el 31 de diciembre de 2008 el Consejo Directivo de Osiptel, mediante Resolución 045-2008-CD/Osiptel, publicó en su página web un segundo proyecto normativo; asimismo, aprobó el informe sustentatorio 501-2008/GPR, que fue igualmente publicado en la página web de Osiptel, y convocó a una audiencia pública para el 20 de enero de 2009.

Ante este hecho, mediante carta DR-107-C-0041/CM-09 de 14 de enero de 2009, Telefónica presentó un informe indicando a Osiptel la afectación de su derecho de defensa, ya que, según su criterio, el plazo que otorgaba el nuevo proyecto e informe para presentar sus comentarios era muy corto.

---

<sup>2</sup> El 19 de marzo de 2008, a través de la Resolución 041-2008-PD-Osiptel, se modifica la fecha prevista para la realización de la audiencia pública dispuesta en la Resolución 020-2008-PD/Osiptel para el día 30 de abril de 2008. Posteriormente, el 27 de abril de 2008, la Resolución 056-2008-PD-Osiptel, dispone como nueva fecha para la realización de la audiencia pública de mayo de 2008.



Mediante Resolución 002-2009-CD/Osiptel del 15 de enero de 2009, el Consejo Directivo de Osiptel otorgó a Telefónica un plazo adicional de 30 días hábiles para que se formule comentarios, después del cual se llevaría a cabo la audiencia pública. Dicha audiencia fue re-programada para el día 27 de febrero de 2009.

Mediante carta DR-107-C-219-CM/09 del 26 de febrero de 2009, Telefónica presentó sus comentarios respecto del segundo proyecto aprobado por el Consejo Directivo, realizándose al día siguiente la audiencia pública.

## 2. Instalación del Arbitraje

Surgidas las controversias entre las partes con relación al procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio fijo local, iniciado de oficio por Osiptel a través de Resolución 045-206-CD/Osiptel, Telefónica formuló su petición de arbitraje ante el Centro el 5 de mayo de 2008 y designó como árbitro al doctor José Luis Sardón. En la mencionada petición, Telefónica solicitó que ésta sea puesta en conocimiento del Ministerio de Transportes y Comunicaciones.

El 13 de junio de 2008, Osiptel —si bien planteó las excepciones que serán señaladas y resueltas más adelante en el presente laudo— se apersonó al arbitraje, contestó la petición de Telefónica y designó al doctor Oswaldo Hundskopf como árbitro. El mismo 13 de junio de 2008, por su parte, el MTC absolvió el traslado de la petición de arbitraje, indicando que no es parte en el proceso sino, en todo caso, tercero con legítimo interés.

Mediante comunicación presentada al Centro el 8 de julio de 2008, las partes suspendieron el arbitraje por noventa (90) días calendario, para explorar las posibilidades de ponerse de acuerdo respecto de los temas en conflicto. Vencido este plazo sin que logran arribar a un acuerdo, el proceso arbitral se reactivó.

El 25 de febrero de 2009, mediante Resolución 040-2009/CSA-CA-CCL, el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima designó como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Aurelio Loret de Mola.

El 3 de abril de 2009 se instaló el Tribunal Arbitral en presencia de las partes. En este acto se señalaron las reglas del arbitraje y se fijaron los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

Cabe resaltar que las partes aceptaron plenamente la designación de este Tribunal Arbitral, al no haber recusado a sus miembros ni manifestado razón alguna para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades que fija el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI).



### 3. El Convenio Arbitral

Tanto en la cláusula 3 de las Disposiciones Comunes a las Concesiones del Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú, como en la cláusula 21 del Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Portador y Servicio Telefónico Local de las Ciudades de Lima y Callao, se pactó el arbitraje como mecanismo de solución de controversias, disponiéndose que cualquier discrepancia que surgiera entre las partes sobre la interpretación o ejecución de tales contratos, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, sería resuelta por arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje, y el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

En virtud de ello, en el punto 3 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se dispuso que, conforme al convenio arbitral y en aplicación del numeral 2 del artículo 33 del Reglamento CNUDMI, el presente arbitraje sería nacional y de derecho.

### 4. El Procedimiento Arbitral Aplicable

Según lo establecido en el punto 4 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, el arbitraje debe regirse de acuerdo con las reglas establecidas en ella y complementariamente, por lo dispuesto en el Reglamento CNUDMI, el Texto Único Ordenado de la Ley 26850, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo 083-2004-PCM, la Ley 26572, Ley General de Arbitraje, y el Reglamento de Arbitraje. Adicionalmente, se señaló que el Tribunal Arbitral está facultado para resolver a su entera discreción, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 15° y 21° del Reglamento CNUDMI, 31° y 67° del Reglamento de Arbitraje, y 33° de la Ley 26752.

### 5. Otras Consideraciones

El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32° del Reglamento CNUDMI. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, 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 pretensiones de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 24° del Reglamento CNUDMI.



## II. LA DEMANDA

El 8 de junio de 2009, dentro del plazo previsto para tal fin en el numeral 17 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, Telefónica formuló su demanda, incluyendo las pretensiones que se describen a continuación.

### 1. Hechos de la Demanda

Mediante Decreto Supremo 11-94-TCC el Estado (representado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones) celebró los contratos de concesión para la prestación del servicio portador, del servicio telefónico local y del servicio de larga distancia nacional e internacional en el territorio de la república del Perú, sin incluir las ciudades de Lima y Callao; y, de concesión para la prestación del servicio portador y del servicio telefónico local en las ciudades de Lima y Callao con ENTEL y CPT, respectivamente.

Posteriormente, en dichos contratos-ley —según Ley 26285 publicada en el diario oficial El Peruano el 14 de enero de 1994—, Telefónica pasó a ser titular de las referidas concesiones, puesto que CPT absorbió a ENTEL y cambió su denominación por Telefónica del Perú S.A.A.

La materia objeto de controversia empezó con el inicio del procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio fijo local, a través de la Resolución 045-2006-CD/Osiptel.

Explica Telefónica en su demanda que los cargos de interconexión son las remuneraciones que recibe por la prestación de servicios de interconexión a favor de los operadores interconectados, así como la utilización de su red fija local. Dichos cargos incluyen el costo de la interconexión, las contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y un margen de utilidad razonable; respetándose para ello, conforme a los contratos de concesión, la Ley de Telecomunicaciones, otros reglamentos emitidos conforme a dicha ley y los reglamentos emitidos por el propio Osiptel, los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso e iguales términos y condiciones.

Adicionalmente, sobre los contratos de concesión señala que estos protegen a Telefónica frente a las políticas regulatorias, incluso las relativas a interconexión, que pongan a Telefónica en una situación de desventaja competitiva o beneficien injustificadamente a otros operadores, conforme a lo establecido en la cláusula 12.05 de los contratos.

Posteriormente a través del Decreto Supremo 021-98-MTC, se dictaron los lineamientos de apertura del mercado de telecomunicaciones, que incluían las políticas de interconexión a ser seguidas. Asimismo, la Resolución 001-98-CD-Osiptel, publicada el 17 de enero de 1998, estableció el Reglamento de Interconexión.



Con relación a la política de interconexión, los lineamientos de apertura mencionados establecieron que, a falta de acuerdo entre las partes, Osiptel fijara cargos tope aplicables a los contratos de interconexión, como una medida para reducir los costos de transacción entre los operadores competidores y Telefónica durante la apertura del mercado a la competencia. Dichos cargos de interconexión que fije Osiptel, según los contratos de concesión, deben recoger los costos de interconexión, las contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y un margen de utilidad razonable, pudiendo utilizar un modelo de empresa eficiente.

Por otro lado, el Reglamento de Interconexión estableció las reglas de carácter general a las que se deben sujetar los acuerdos de interconexión entre las empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones.

Posteriormente, en el año 2003 se publicó el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión (TUO de Interconexión), el cual derogó el Reglamento de Interconexión antes mencionado; asimismo, se publicó la Resolución 123-2003-CD/Osiptel, mediante la cual se establece el procedimiento para la fijación o revisión de cargos de interconexión tope. Estas dos normas están vigentes en la actualidad.

La terminación de llamadas supone la posibilidad de completar las llamadas originadas desde y hacia la red del solicitante de la interconexión hacia y desde la red del operador al que se le solicita la interconexión en el área local donde ambos tengan infraestructura propia ya instalada.

De conformidad con los lineamientos de apertura y el Reglamento de Interconexión, Osiptel publicó en el diario oficial El Peruano el 15 de octubre de 1998, la Resolución 018-98-CD/Osiptel, mediante la cual estableció el primer cargo de interconexión tope para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local en US\$ 0,029, tasado al minuto. Este cargo estaría vigente hasta el 1 de junio del 2001, siendo aplicable solo a aquellas empresas interconectadas que originen o terminen tráfico en las redes de telefonía fija local.

El 6 de agosto de 2000, a través del Mandato de Interconexión 006-2000-GG/Osiptel, el cual regulaba sólo la relación de interconexión de Firstcom S.A. (luego AT&T) con Telefónica y Telefónica Móviles S.A.C., Osiptel fijó un cargo promedio por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local de Telefónica en US\$ 0,0168 por minuto, aplicable desde agosto de 2000 hasta el 30 de junio de 2001 (el "Mandato AT&T"). En dicho mandato, se estableció también que el cargo señalado se iría reduciendo en el tiempo. De tal forma que, desde julio de 2001 el cargo promedio sería de US\$ 0,01400; desde enero del 2002, sería de US\$ 0,01150 y, desde julio de 2002 sería de US\$ 0,00960. Según dicho mandato, para fijar los cargos se había utilizado el método de comparación internacional y un estudio de costos de una empresa eficiente; en consecuencia, por el principio de igualdad de acceso, Telefónica se vería en





adelante obligada a otorgar los mismos cargos de interconexión del Mandato AT&T a otras empresas.

Luego, el 4 de diciembre de 2000 se publicó la Resolución 061-2000-CD/Osiptel, fijándose de manera general como cargo de interconexión tope promedio ponderado para la terminación de llamadas en la red fija local US\$ 0.0168, sin IGV, para todas las empresas de telecomunicaciones a partir de 1 de enero de 2001.

De la misma forma, el 30 de junio de 2001 se publicó la Resolución 029-2001-CD/Osiptel, que estableció que el cargo de interconexión tope promedio ponderado por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local, vigente desde el 1 de julio de 2001, sería de US\$ 0.014.

En vista de ello, el 14 de febrero de 2002 Telefónica interpuso una demanda arbitral con la finalidad de que se declare que Osiptel había incumplido con los contratos de concesión, pues se habían fijado cargos en US\$ 0.0168 y US\$ 0.014, lo que no cubría los costos de interconexión, y la contribución a los costos totales ni otorgaba un margen de utilidad razonable a Telefónica.

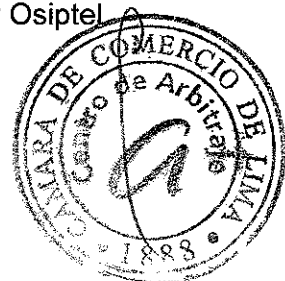
Posteriormente, mediante Mandato de Interconexión 001-2002-CD/Osiptel, el 24 de marzo de 2002 se estableció para la relación de interconexión entre IDT Perú S.R.L y Telefónica el cargo aplicable a la terminación de llamadas en la red fija local de Telefónica correspondiente a US\$ 0.01150 por minuto.

Por ello Telefónica, el 23 de abril de 2002, amplió la demanda arbitral antes referida, solicitando que se declare que el cargo fijado en el Mandato IDT también vulneraba los contratos de concesión.

Por otro lado, en la vía administrativa, como producto de la revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamada en la red de telefonía fija local, en base a un modelo de costos pertinente, el 24 de marzo de 2003 Osiptel expidió la Resolución 018-2003-CD/Osiptel, con la que fijó el cargo de interconexión tope promedio ponderado por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, aplicable a todas las empresas concesionarias del servicio de telefonía fija local, en US\$ 0.01208, sin IGV, por minuto de tráfico eficaz, tasado al segundo, y por todo concepto.

En vista de que el propio Osiptel estableció que el cargo tope debía ser mayor a los cargos que se aplicaban conforme a los Mandatos AT&T e IDT, el Tribunal Arbitral en el arbitraje de cargos concluyó que a partir del margen de US\$ 0.01150, los cargos fijados en los Mandatos antes mencionados no cubrían los costos, ni la contribución a los costos totales de Telefónica, ni le otorgaba una margen de utilidad razonable a Telefónica, conforme a los contratos de concesión, pues éste era inferior al cargo fijado por norma general.

De esta forma, el laudo referido determinó, en la primera etapa de la fijación de cargos de interconexión, que los cargos tope de interconexión fijados por Osiptel



debían cubrir los costos de la interconexión (entendiéndose por éstos los montos adicionales en que incurre la empresa para otorgar la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma), y la contribución a los costos totales, así como un margen de utilidad razonable.

La Resolución 045-2006-CD/Osiptel

El 8 de julio de 2006 Osiptel, mediante la Resolución 045-2006-CD/Osiptel, inició de oficio el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio fijo local, según el procedimiento de cargos establecido en la Resolución 123-2003-CD/Osiptel.

Tal procedimiento tendría como finalidad revisar el cargo promedio ponderado por minuto fijado anteriormente, mediante la Resolución 018-2003-CD/Osiptel en US\$ 0.01208 por minuto tasado al segundo, sin IGV; asimismo, evaluaría la fijación de un cargo en la modalidad de "cargo fijo periódico" o "cargo por capacidad".

En relación a la modalidad de cargo fijo periódico o cargo por capacidad, tenemos que la primera consiste en que los servicios de interconexión se facturan sobre la base de los minutos de uso de forma, de tal manera que los operadores interconectados deben pagar por los servicios de interconexión que demandan de acuerdo al número total de minutos correspondientes a las llamadas completadas (tráfico eficaz).

Frente a la modalidad de cargo fijo periódico, como se aprecia en la Exposición de Motivos de la Resolución 045-2006-CD/Osiptel, en el Perú y en otros países con esquemas regulatorios similares, se facturan los minutos que se usen, mientras que los cargos por capacidad son cargos en los cuales el operador interconectado paga un cargo fijo por cada enlace de interconexión a través del cual se cursa el tráfico, sin importar el número de minutos cursados a través de dicho enlace.

En tal sentido, con el procedimiento iniciado por Resolución 045-2006-CD/Osiptel no solo buscaba revisar el cargo por minuto fijado por la Resolución 018-2003-CD/Osiptel, sino que se proponía establecer un criterio o modalidad diferente para el establecimiento de los cargos de interconexión, a saber, la aplicación obligatoria del cargo por capacidad a las relaciones de interconexión, existentes y futuras entre los operadores que terminan llamadas en la red fija.

Conforme se indica en los antecedentes, el 2 de mayo de 2007 Telefónica presentó a Osiptel su propuesta de cargos de interconexión tope, expresando las razones por las cuales, en su concepto, no debía fijarse un cargo por capacidad sino sólo revisar el cargo por minuto. Dicha propuesta debía ser evaluada primero por la Gerencia de Políticas Regulatorias, a efectos de elaborar un proyecto normativo, luego por la Gerencia General y finalmente, por el Consejo Directivo de Osiptel, el que, a través de una decisión colegiada, debía definir si



se aprobaba y publicaba el proyecto normativo elaborado por la Gerencia de Políticas Regulatorias.

Por otra parte, el 28 de mayo de 2007 los señores Jose Távara, Raúl Pérez Reyes y César Fuentes, miembros del Consejo Directivo de Osiptel, renunciaron a sus cargos participando por última vez como directores en la sesión del 25 de julio de 2007.

Sobre los procedimientos que quedaron pendientes de trámite, como el de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija, donde a efectos de aprobar y publicar el proyecto normativo debía reconstituirse primero el Consejo Directivo, el Presidente de Osiptel decidió continuar con los procedimientos de fijación de cargos y tarifas tope que se encontraban en trámite, resolviendo individualmente la fijación de cargos de interconexión y de tarifas, asumiendo así las competencias que le correspondían exclusivamente en dichos procedimientos al Consejo Directivo.

De ahí que el 11 de agosto de 2007 el Presidente de Osiptel, mediante Resolución 111-2007-PD/Osiptel, fijó los cargos de interconexión tope por enlaces de interconexión sosteniendo que dicha Resolución había sido emitida al amparo del inciso j) del artículo 86 del Reglamento General de Osiptel, aprobado por Decreto Supremo 008-2001-PCM, que establece que el Presidente de Osiptel puede aprobar medidas de emergencia sobre asuntos que corresponden al Consejo Directivo en caso no sea posible que éste sesione.

A pesar de las renunciaciones de los miembros del Consejo Directivo y por estar el procedimiento de revisión del cargo por terminación en la red de telefonía fija local, iniciado mediante Resolución 045-2006-CD/Osiptel, en la etapa en la cual la Gerencia de Políticas Regulatorias debía evaluar la propuesta de cargos presentada por Telefónica y las demás empresas operadoras, Telefónica continuó poniendo a disposición de Osiptel información relacionada a la forma en la cual debían fijarse los cargos de interconexión.

En los meses siguientes, Telefónica continuó exponiendo sus propuestas conforme el estado del procedimiento. Como lo indica la carta DR-236-C-353/CM-07 del 19 de octubre de 2007, manifestó las razones por las que Osiptel no debía establecer la fijación de un cargo de interconexión tope en la modalidad de cargo por capacidad; asimismo, sostuvo que la regulación de los cargos de interconexión tope para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local debía ser simétrica y basada en los costos de una empresa eficiente.

Del mismo modo y tal como consta, entre otros documentos en la carta del 8 de febrero de 2008, Telefónica siempre expresó su desacuerdo con respecto a que el Presidente de Osiptel se atribuyera la competencia de aprobar y publicar el Proyecto normativo, pues ello le correspondía al Consejo Directivo, como consta en la carta del 8 de febrero de 2008.



Según Telefónica, al no respetarse lo antes mencionado se estaban vulnerando los contratos de concesión, ya que los cargos que se incorporarían a los contratos de interconexión no estaban siendo fijados de acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones y los reglamentos emitidos por el propio Osiptel.

Así, mediante la mencionada carta de 8 de febrero de 2008, Telefónica solicitó al Presidente de Osiptel sostener reuniones para solucionar las diferencias de interpretación en relación a las garantías de los contratos de concesión como medida previa a un arbitraje.

No obstante, el Presidente de Osiptel, mediante Resolución 020-2008-PD/Osiptel, dispuso la aprobación y publicación del proyecto normativo, con el correspondiente informe de la Gerencia de Políticas Regulatorias 370 GPR-2007.

El proyecto así aprobado propuso un cargo por minuto de US\$ 0.0051 —lo cual implicaba una rebaja de 58% respecto del cargo vigente— y un cargo por capacidad de US\$ 2 256.07, relativo a la capacidad de un E1 (2 048 kbps).

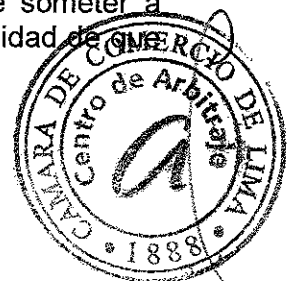
De igual manera, el proyecto referido propuso que se aplicara una regulación asimétrica a Telefónica, de cargo por minuto y cargo por capacidad, en forma conjunta o mixta, a elección del operador que deseara interconectarse, no siendo esta obligación aplicable a las demás empresas operadoras.

En vista de ello, el 23 de abril de 2008 Telefónica, mediante carta DR-236-C-098/CM-08, presentó a Osiptel sus comentarios en relación con el proyecto normativo, explicando que no podía considerarse que la aprobación de éste constituía una medida de emergencia, pues no existía una situación de necesidad y urgencia que ameritara tal actuación y era asunto que requería acuerdo de Consejo Directivo.

Agregó además que, de continuarse prescindiendo de la intervención del Consejo Directivo, se estaría violando la garantía prevista en la cláusula 10 de los contratos de concesión, que consiste en que los cargos se fijen de acuerdo con la Ley de Telecomunicaciones y los reglamentos emitidos por Osiptel, en este caso, el procedimiento de cargos.

Telefónica señaló también que el proyecto normativo del Presidente de Osiptel afectaba lo establecido en los contratos de concesión en lo referido al derecho a que los cargos de interconexión recojan todos los costos de interconexión razonablemente eficientes, al derecho a que los contratos de interconexión se rijan por el principio de "iguales términos y condiciones" y al derecho a no ser discriminada ni puesta en situación de desventaja competitiva.

Por ello, mediante carta de 5 de mayo de 2008, Telefónica presentó al Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima una solicitud de inicio de arbitraje, indicando su voluntad de someter a arbitraje la controversia surgida con Osiptel en relación con la posibilidad de



el Presidente del Consejo Directivo fije cargos de interconexión de la manera individual realizada.

El segundo proyecto normativo

Mediante Resoluciones Supremas 112-2008-PCM, 113-2008-PCM y 114-2008-PCM, el 7 de mayo de 2008 se nombró a Carolina Linares, Marco Torrey y Juan Carlos Mejía como miembros del Consejo Directivo.

Por otra parte, el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija siguió siendo impulsado por Osiptel a fin de discutir el proyecto normativo aprobado por el Presidente. De esta manera, el 21 de mayo de 2008 se realizó la audiencia pública correspondiente.

No obstante, Telefónica siguió sosteniendo —mediante comunicaciones a, y reuniones con, Osiptel— que ni la Ley de Telecomunicaciones ni los reglamentos de Osiptel permiten que la aprobación de un proyecto normativo sobre cargos de interconexión la efectúe un órgano distinto al Consejo Directivo, por lo que solicitó que el Consejo Directivo publicara un nuevo proyecto respecto del cual Telefónica tuviera plena oportunidad para formular comentarios y objeciones.

Así, el 31 de diciembre de 2008 mediante Resolución 045-2008-CD/Osiptel, Osiptel publicó un segundo proyecto, el cual aprobó el informe No. 501-2008/GPR de 523 páginas que, a su vez, fue publicado en la página web de Osiptel convocando a una audiencia pública para el 20 de enero de 2009. Dicho proyecto fue notificado a Telefónica el 12 de enero de 2009.

Cabe precisar que, conforme señaló el Consejo Directivo de Osiptel, este segundo proyecto fue emitido al amparo del artículo 10 del procedimiento de cargos, que regula el supuesto en el cual es necesario publicar un nuevo proyecto normativo debido a modificaciones sustanciales en los criterios y modelos económicos utilizados. Para ello, debía convocarse a una nueva audiencia pública.

Ante la publicación del segundo proyecto, que implicaba que Osiptel tenga como valido el primer proyecto de revisión y Telefónica no cuente con un plazo razonable para la presentación de sus comentarios, esta, mediante Carta DR-107-C-0041/CM-09 del 14 de enero de 2009, presentó un informe mediante el cual explicó a Osiptel que la publicación de un nuevo proyecto con un informe de 523 páginas, otorgándose un plazo de apenas 8 días calendario para su revisión y sin otorgar la posibilidad de ofrecer comentarios, constituía una violación del derecho de defensa de la empresa.

En este sentido, en sesión 332 del 15 de enero de 2009, el Consejo Directivo de Osiptel acordó otorgar un plazo de 30 días hábiles para que se formulen comentarios, luego de lo cual se realizaría la audiencia pública correspondiente programándose ésta para el 27 de febrero de 2009.



En suma, señala la demandante, lo que Osiptel generó mediante la publicación de un segundo proyecto —que tuvo como válido el primer proyecto, según lo establecido en el artículo 10 del Procedimientos de Cargos—, fue otra discrepancia, pero esta vez con el Consejo Directivo.

Después de un intercambio de comunicaciones entre Telefónica y Osiptel, de las cuales queda claro que las diferencias de interpretación respecto de las garantías procedimentales que debían observarse durante el procedimiento de revisión continuaban entre estas entidades, la demandante, mediante carta DR-107-C-219-CM/09 del 26 de febrero de 2009 presentó sus comentarios al segundo proyecto aprobado por el Consejo Directivo y al día siguiente se realizó la audiencia pública correspondiente.

Según Telefónica, mediante la Resolución 045-2008-CD/Osiptel el Consejo Directivo aprobó una serie de modificaciones al modelo de costos que sustentó el primer proyecto, lo cual demostró que dicho proyecto no incluía gran parte de los costos en los que incurría la empresa al prestar el servicio de terminación de llamadas en la red de telefonía fija.

Conforme a los comentarios presentados por Telefónica a Osiptel respecto del segundo proyecto, la empresa sostiene que éste no respeta los parámetros establecidos en los contratos de concesión en la medida que propone la aplicación de un “sistema mixto” que no se encuentra previsto en el marco sectorial y, además, violenta el principio de igualdad de términos y condiciones entre los distintos operadores establecido en el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión de igualdad de términos y condiciones entre los distintos operadores.

Asimismo, a pesar de que los cargos en comparación con el primer proyecto fueron incrementados, estos no incluyen, según Telefónica, todos los costos de interconexión, como lo exige el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión, afectando la recuperación de costos y la obtención de un margen de utilidad razonable para mantener el equilibrio económico de los contratos de concesión.

Finalmente, señala Telefónica que se le afecta su derecho a la no discriminación previsto en la cláusula 12.05 de los contratos de concesión, toda vez que el Estado se encuentra obligado a respetar el principio de igualdad, no discriminación y equidad, estando prohibido de otorgar ventajas competitivas artificiales a los competidores de Telefónica.

En conclusión, para Telefónica, el segundo proyecto viola los contratos de concesión respecto de cómo deben regularse los cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local, toda vez que el Consejo Directivo de Osiptel considera que pueden regularse asimétricamente los cargos de interconexión por terminación en la red de telefonía fija local, así como que dichos cargos sólo deben incluir los costos referidos a aspectos



técnicos, de operación y mantenimiento, sin considerar que todo lo anterior afecta los derechos y parámetros establecidos en los contratos de concesión.

## 2. Pretensiones de la Demanda

Pretensión Principal 1 y su Pretensión Accesorias: Violación de las reglas y garantías previstas en el procedimiento de cargos y en el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión

El procedimiento de cargos señala que, para la fijación o revisión de los cargos de interconexión tope, intervienen principalmente tres órganos de Osiptel: la Gerencia de Políticas Regulatorias (analizando la propuesta de cargos que presenta cada empresa operadora y elaborando un proyecto normativo sustentado en un informe técnico); la Gerencia General (que actúa como un órgano encargado de evaluar el Proyecto normativo y el informe técnico de la Gerencia de Políticas Regulatorias, y decide si los remite al Consejo Directivo); y el Consejo Directivo (evaluando el informe técnico y el proyecto normativo y de ser el caso, emitiendo la resolución definitiva que establece los cargos de interconexión tope correspondientes).

De manera que, según el procedimiento de cargos, es el Consejo Directivo el que da inicio al procedimiento de oficio, aprueba el Proyecto normativo y el informe técnico, así como la Resolución definitiva de fijación o revisión de los cargos tope de interconexión. En otras palabras, es el Consejo Directivo el que evalúa y aprueba, de forma deliberada y discutida, las decisiones que causan efectos frente a las empresas operadoras.

En esta medida, según lo señalado en la demanda, la renuncia de los tres miembros del Consejo Directivo el 7 de julio de 2007 hizo que el procedimiento iniciado mediante Resolución de Consejo Directivo 045-2006-CD/Osiptel, el Proyecto normativo y el informe técnico, no fueran debidamente discutidos, puesto que no dependió de la aprobación del Consejo Directivo sino del Presidente de Osiptel.

Al respecto, el literal (j) del artículo 86 del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General de Osiptel, invocado por el Presidente del Consejo al emitir la Resolución 020-2007-CD/Osiptel, señala que sólo se permitirá que la voluntad del Consejo Directivo de Osiptel sea reemplazada por la voluntad del Presidente en casos de adoptar medidas de emergencia.

Así, Telefónica indica que las razones que motivaron al Presidente de Osiptel a emitir la Resolución 020-2007-CD/Osiptel, consistieron en la invocación de la necesidad de fomentar condiciones de competencia en el mercado de las telecomunicaciones y la aplicación de la modalidad de cargo por capacidad. Para la demandante, tales hechos no configurarían un supuesto que amerite una medida de emergencia.



En cuanto al segundo proyecto, aprobado mediante Resolución 045-2008-CD/Osiptel en diciembre del año 2008 por el nuevo Consejo Directivo, no hizo más, para Telefónica, que agravar la afectación de las garantías que debían respetarse durante el procedimiento, ya que al ampararse en el artículo 10 del procedimiento de cargos, como si se tratara de un segundo proyecto, convalidó la actuación del Presidente, reafirmando que la aprobación del Proyecto constituía una medida de emergencia.

De esta forma, la actuación del nuevo Consejo Directivo, según la demandante, no solo transgredió lo establecido en el literal j) del artículo 86 del Reglamento General de Osiptel, al no revisar las actuaciones del Presidente (en referencia a la Resolución de Presidencia 020-2008-PD/Osiptel), sino que Osiptel generó un precedente perjudicial de lo entendido por "medida de emergencia", no actuando conforme al procedimiento de cargos.

Para Telefónica, el artículo 10 del procedimiento de cargos no es aplicable al presente caso, puesto que dicho artículo está diseñado para casos en que ya ha habido un proyecto aprobado por el Consejo Directivo, respecto del cual ya se han formulado comentarios y se ha llevado una audiencia pública, y en el cual se considera necesario hacer una modificación importante en cuanto a criterios, metodologías o modelos económicos.

Por consiguiente, al no haberse respetado las garantías de los contratos de concesión en el procedimiento iniciado por Resolución 045-2006-CD/Osiptel, Telefónica solicita al Tribunal Arbitral que declare que durante dicho procedimiento se han violado las garantías previstas en el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión de Telefónica y que la Resolución normativa que emita Osiptel como resultado del mismo procedimiento no será oponible a Telefónica al no haberse respetado las reglas y garantías previstas en los contratos de concesión.

Pretensión Principal 2 y su Pretensión Accesorias: Obligación de Osiptel de reconocer los costos referidos a capital circulante, gastos por el sistema de facturación, gastos de nómina del personal encargado de la interconexión y los gastos regulatorios.

Conforme a la cláusula 10 de los contratos de concesión se entendió que los cargos de interconexión debían servir para cubrir todos los costos y gastos en los que incurre la empresa al prestar los servicios de interconexión. Dichos gastos son adicionales a los relativos a la existencia de la red misma, su operación y mantenimiento.

Entre estos gastos adicionales están los correspondientes al pago de los trabajadores que permiten la prestación del servicio; el capital circulante para cubrir los gastos financieros que se producen en el lapso que media entre la prestación del servicio; los pagos por la asesoría para participar en los procedimientos de fijación de los cargos tope de interconexión, entre otros. En resumen, los contratos de concesión garantizan a Telefónica que se cubran los costos inherentes a la prestación de cada servicio de interconexión, de





manera que establecieron que los cargos incluyeran los costos de interconexión del operador de telefonía fija local, una contribución a los costos totales del operador y un margen de utilidad razonable.

De esta manera, a criterio de la demandante, Osiptel ha interpretado erróneamente lo establecido en los contratos de concesión, toda vez que sostiene que solo se deben incluir a título de costos inherentes a la prestación de cada servicio de interconexión, los gastos de la red que permite la interconexión y los gastos relacionados con la operación y mantenimiento de dicha red, como si se tratara de un alquiler de infraestructura y no de la prestación de un servicio continuo y sujeto a estándares de calidad.

En consecuencia, en el proyecto publicado por el Presidente de Osiptel mediante Resolución 020-2008-PD/Osiptel, Telefónica afirma que detectó que el modelo de costos utilizado para estimar los cargos de interconexión no incluía los costos correspondientes al capital circulante, los costos relacionados con los incobrables de los servicios de interconexión, los costos del sistema de facturación, los gastos regulatorios y los gastos de nómina de personal vinculado a los servicios de interconexión.

Como sostiene Telefónica, haciendo referencia a un informe de la consultora Alterna de abril de 2008, el que las empresas tengan en cuenta sus costos para la fijación de los cargos de interconexión se debe a que esto les permitiría recuperar lo invertido y obtener un margen de utilidad razonable. De esta manera, aplicándolo para el caso en concreto, se respetaría lo establecido por la cláusula 10 de los contratos de concesión.

Sin embargo, indica Telefónica, en el segundo proyecto no fueron incluidos todos los costos que comprenden la prestación del servicio de interconexión, conforme a los artículos 14 y 15 del TUO de Interconexión.

Para Osiptel, solo se consideran como costos de interconexión el gasto asociado al uso de las facilidades de red, incluyendo la operación y mantenimiento de las mismas, pero no los gastos por sistemas de facturación, los incobrables por servicios de interconexión, capital circulante, gastos regulatorios y gastos de nómina.

Respecto del artículo 14 del TUO de Interconexión (que establece que por costos de interconexión se entienden aquellos costos incurridos en el momento de brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma), Telefónica sostiene que el término "brindar" una instalación implica prestar un servicio. De manera que, si lo que se presta es un servicio, corresponde considerar los costos asociados directamente.

Lo que Osiptel lograría con negar todos los costos necesarios para brindar el servicio de interconexión, sustentándose en el referido artículo 14, sería concebir la interconexión como un arrendamiento de infraestructura y no como un servicio público de telecomunicaciones.



Agrega también Telefónica que, el no tener en cuenta todos los costos de interconexión, la llevaría a hacerse cargo de un subsidio a favor de los demás operadores, ya que existen costos que no estarían cubiertos por servicios que Telefónica está obligada a prestar.

En conclusión, Telefónica en su pretensión 2 solicita que el Tribunal declare que Osiptel debe fijar el cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local incluyendo los costos correspondientes al capital circulante, los costos relacionados con los incobrables de los servicios de interconexión, los costos del sistema de facturación, los gastos regulatorios y los gastos de nómina de personal.

Pretensión Principal 3: Osiptel está prohibido de fijar un sistema asimétrico de cargos de interconexión para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local

Mediante la Resolución 020-2008-PD/Osiptel, Osiptel intenta aplicar para Telefónica un sistema de interconexión asimétrico, puesto que pretende establecer para la terminación de llamadas en la red de Telefónica un régimen diferente del que corresponderá a todas las otras empresas operadoras a las cuales Telefónica paga cargos de interconexión por terminación de llamadas.

Según Telefónica, mediante la Resolución 020-2008-CD/Osiptel y la Resolución 045-2008-CD/Osiptel, Osiptel pretende que la obligación de brindar un cargo por capacidad sea aplicable únicamente a Telefónica y no a los demás operadores de servicios públicos de telecomunicaciones.

En resumen, Telefónica señala que mediante el establecimiento de un régimen de interconexión asimétrico se contraviene los contratos de concesión en lo referido al principio de iguales términos y condiciones,, establecido en la cláusula 10 y los principios de igualdad, no discriminación y equidad, previstos en la cláusula 12.05 de los contratos de concesión.

Por otra parte, indica Telefónica que para la primera etapa de regulación de los cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local no ocurrió lo mismo. Haciendo referencia a las Resoluciones 018-98-CD/Osiptel, 061-2000-CD/Osiptel, 029-2001-CD/Osiptel y 018-2003-CD/Osiptel, señala que Osiptel comprendió en ese entonces que la igualdad de términos y condiciones era indispensable en la interconexión, aplicando en estos casos cargos de interconexión únicos para todas las empresas operadoras por igual.

Sin embargo, mediante la Resolución 020-2007-PD/Osiptel y luego a través de la Resolución 045-2008-CD/Osiptel, Osiptel pretende establecer un régimen asimétrico para la demandante, obligándola sólo a ella a otorgar la interconexión bajo la modalidad de cargo por capacidad a todas las empresas que lo requieran, dándoles a éstas también la posibilidad de acceder a un esquema de interconexión mixto de cargos por capacidad y cargos por minuto.



Telefónica, citando a las consultoras Nera, Alterna y DN Consultores, afirma que lo que Osiptel pretende al permitir a los competidores optar por un sistema mixto, en el cual se combinen cargos por capacidad con cargos por minuto, contraviene lo que en principio debe ser simétrico y basado en costos de una empresa eficiente, ya que el operador interconectado gozará de incentivos por reducción de costos al resto de operadores.

Por otra parte, como se señaló anteriormente, mediante la aplicación de un sistema de interconexión asimétrico para la terminación de llamadas en la red de telefonía fija local se vulneraría las garantías previstas en el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión y en la cláusula 12.05 de los contratos de concesión.

En otras palabras, lo que las garantías de los contratos de concesión (el principio de iguales términos y condiciones) pretenden asegurar es que Telefónica brinde el servicio de interconexión a los operadores competidores en términos no discriminatorios, sin que existan privilegios o ventajas para otros operadores en el marco de la prestación del servicio, permitiendo así que todos los operadores accedan a las mismas condiciones en materia de interconexión con Telefónica.

Finalmente, la demandante sostiene que, de lo que se desprende de los contratos de concesión, el sistema de interconexión no es un mecanismo para otorgar beneficios y ventajas competitivas artificiales. Si el Estado peruano hubiera querido que Telefónica amparara el otorgamiento de condiciones más favorables a los otros operadores de telecomunicaciones, permitiéndoles pagos no recíprocos por prestaciones equivalentes, esto hubiera tenido que pactarse de modo expreso.

Por lo tanto, Telefónica solicita al Tribunal que Osiptel se vea impedido de imponer la aplicación de un régimen de interconexión asimétrico como el propuesto mediante la Resolución 020-2008-PD/Osiptel y la Resolución 045-2008-CD/Osiptel, pues viola la cláusula 10 de los contratos de concesión, que consagra el principio de iguales términos y condiciones, y la cláusula 12.05 de los mismos, que prevé los principios de igualdad, no discriminación y equidad.

### III. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Osiptel comienza su escrito de contestación de demanda haciendo una breve introducción sobre el funcionamiento del sistema de interconexión en regulaciones promotoras de la competencia.

Señala que, para que exista comunicación telefónica entre los usuarios a través de los diferentes medios de transporte, es necesaria la existencia de la infraestructura de una red de transmisión y el conjunto de servicios que dicha infraestructura otorga para lograr una comunicación, que es lo que se conoce como interconexión.



Por ello, al existir distintos servicios de telefonía, existen también varios tipos de interconexión entre las redes de las empresas, como fija-fija a nivel local, fija-móvil a nivel local, fija-larga distancia, móvil-larga distancia, entre otros.

Respecto a la terminación de llamada en una red distinta a la que se origina la llamada y su relación con la interconexión, sostiene que ésta requiere que se complemente un costo por terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local.

Posteriormente, después de graficar los tres tipos de interconexión que se dan con la red fija local, Osiptel se refiere a los cargos de acceso o interconexión, y lo que representan dentro del esquema de mercados regulados. Indica así que estos pueden llegar a convertirse en una barrera de entrada al mercado y repercutir en la competencia cuando la infraestructura concesionada representa una facilidad esencial.

De tal forma, Osiptel sustenta su regulación en materia de interconexión señalando que con la finalidad de crear externalidades positivas en la red y evitar la innecesaria duplicación de infraestructura de la red de telefonía fija local, debe supervisar la negociación de acuerdos.

Sin embargo, sostiene que, por tratarse la red de telefonía fija local de una estructura monopólica, puede ser que la negociación no sea simétrica, no contando el operador establecido con incentivos que permitan el ingreso de otros operadores. Por ello, Osiptel se encuentra facultado para regular, vía mandato de interconexión, la interconexión de las redes.

Por otra parte, Osiptel invoca la necesidad de la intervención de otras empresas como litisconsortes necesarios pasivos, toda vez que el cargo de interconexión por terminación de llamada se trata de un pago que realizan las empresas operadoras de servicios de telecomunicaciones interconectadas con Telefónica.

De esta manera, por tratarse de operaciones que involucran a todas las empresas operadoras titulares de mandatos de interconexión, señala Osiptel que, de no emplazárseles a todos estos agentes (inclusive a las concesionarias de larga distancia), se configuraría la causal de anulación de laudo prevista en los numerales 2 y 6 del artículo 73 de la Ley 26572, Ley de Arbitraje.

Respuesta la Pretensión Principal 1 y su Pretensión Accesoría

Después de resumir los fundamentos de la primera pretensión, Osiptel expone sus fundamentos sobre la Resolución 020-2008-PD/Os iptel. Según el demandado, ésta fue dictada conforme lo dispuesto en el inciso j) del Artículo 86º del Reglamento, estando facultada la Presidencia del Consejo Directivo a reemplazar al Consejo Directivo cuando a éste no le sea posible reunirse.

Así, en la fecha en que se emitió la Resolución 020-2008-PD/Os iptel, únicamente el Presidente del Consejo Directivo se encontraba como miembro



hábil, por lo que tuvo que ejercer las funciones correspondientes al Consejo Directivo, pues de no haberlo hecho habría generado una grave afectación al desarrollo de las actividades de Osiptel. De esta manera, dictó una norma como medida de emergencia.

Por tanto, según Osiptel, en atención al interés público y social de la interconexión, y con el fin de evitar que se demore más el periodo durante el cual no fueron percibidos en el mercado los efectos directos e indirectos de la revisión del cargo de interconexión, dictó la Resolución 020-2008-PD/Osiptel.

Por otra parte, al referirse a la Resolución 185-2007-PD/Osiptel, la cual fijó las tarifas tope del servicio de arrendamiento de circuitos de larga distancia, sostiene que, si bien Telefónica la cuestionó, no lo hizo por razones de incompetencia de la Presidencia.

En esta misma línea, la demandada indica que después de haber sido emitida por el Presidente del Consejo la Resolución 020-2008-PD/Osiptel y al comprobar que no afectaba ninguna de las garantías de los contratos de concesión, el Consejo Directivo decidió, al amparo del artículo 10 de la Resolución 123-2003 CD/Osiptel, expedir el nuevo proyecto normativo.

De otro lado, al referirse al plazo otorgado mediante Resolución 002-2009 CD/Osiptel para que Telefónica presentara sus comentarios, Osiptel señala que la misma demandante reconoció dicho plazo como razonable, conforme consta en su Carta 032-GG-GL/2009.

Por último, afirma Osiptel que al no haberse afectado ninguna de las garantías de los contratos de concesión mediante el procedimiento de revisión y las Resoluciones 045-2008-CD/Osiptel y 020-2008-PD/Osiptel, dicho procedimiento se dió en un marco legal válido, por lo que corresponde declarar desestimada la Pretensión 1 y su accesoria.

Respuesta a la Pretensión Principal 2 y su Pretensión Accesorias

Señala Osiptel que el modelo de costos utilizado para la regulación de cargos de interconexión se encuentra conforme a las normas de interconexión; asimismo, dicho modelo ha sido determinado sobre la base del modelo de costos presentado por Telefónica.

Ahora bien, según Osiptel, Telefónica, al pretender que se le reconozcan costos como el capital circulante, facturación, gastos regulatorios y gastos de personal en el proceso de revisión, demuestra conductas que van contra sus actos propios y la buena fe de los contratos, toda vez que busca que Osiptel modifique el esquema de costos alcanzado por ella anteriormente.

Adicionalmente, Osiptel señala que Telefónica al momento de presentar sus comentarios, conforme a la Resolución 020-2008-PD/Osiptel, contando para ello



con un plazo de 200 días hábiles, no hizo alusión alguna al modelo de costos que pretende que se le reconozca en su demanda.

En este sentido, para Osiptel, el pedido de Telefónica de que se incorpore el modelo de costos presentado fuera del plazo establecido en el procedimiento, implica no respetar las reglas del procedimiento de revisión como parte de las garantías de los contratos de concesión.

Osiptel sustenta también porqué no deben reconocérsele a Telefónica los costos por incobrables, capital circulante, facturación, gastos regulatorios y gastos de personal dentro del cargo de interconexión tope por terminación de llamada en la red de telefonía fija local.

Con respecto al pedido del reconocimiento de costos de incobrables de los servicios de interconexión, Osiptel indica que Telefónica, al sustentar su pedido alegando la probabilidad de impago, desconoce que dicho riesgo es inherente al negocio de las telecomunicaciones y que este se encuentra contemplado en el costo de capital de la empresa.

Del mismo modo Osiptel señala que, frente a la posibilidad de impago, la empresa operadora tiene la facultad de solicitar a otra empresa operadora una garantía que cubra dicho riesgo en los servicios de interconexión. De esta forma, no resulta razonable incluir dicho costo en los cargos de interconexión.

Finalmente, Osiptel concluye su respuesta a la pretensión No 2 señalando que los costos referidos a capital circulante, costos de sistema de facturación, gastos regulatorios y gastos de nomina del personal se encuentran incluidos en las contribuciones a los costos totales de los cargos de interconexión, según lo establece el artículo 13º de TUO de Interconexión, por lo que debe desestimarse esta pretensión de Telefónica.

### Respuesta a la Pretensión Principal 3

De acuerdo con la demanda, lo que en esta parte corresponde, según Osiptel, es discutir la aplicación a Telefónica de un sistema de cargo de interconexión mixto asimétrico.

Osiptel empieza definiendo la regulación asimétrica como aquella que le permite tratar de manera distinta a los operadores, sin desconocer el principio de igualdad establecido en los contratos de concesión y el derecho constitucional.

Según Osiptel, la regulación asimétrica es admitida internacionalmente por la teoría de la regulación económica. Ejemplos de su aplicación existen en Estados Unidos, Reino Unido, España, Colombia, México, Chile, entre otros.

En síntesis, Osiptel defiende la regulación asimétrica aplicada a Telefónica señalando que, al observar la alta participación de Telefónica en el mercado de telefonía fija local frente al resto de competidores, amerita que dicho cargo



regulador utilice esquemas asimétricos con la finalidad de fomentar la competencia.

Por ello, según el demandado, es razonable y justificable la aplicación de un sistema mixto asimétrico a Telefónica dentro del procedimiento de revisión de cargos de interconexión de telefonía fija local.

#### IV. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

El 3 de agosto de 2009, en el escrito de contestación de la demanda, Osiptel propone la intervención de otras empresas como litisconsortes necesarios.

Asimismo, el 6 de octubre de 2009 Telmex solicitó su incorporación al arbitraje en la base a lo establecido en los artículos 14° y 43° del Decreto Legislativo 1071, señalando que el futuro laudo tendría efectos directos e inmediatos en la relación de interconexión vigente entre Telmex y Telefónica.

El 13 de octubre de 2009, Osiptel presentó su escrito 3, haciendo en él algunas precisiones sobre la necesidad de intervención de operadores como terceros coadyuvantes.

El 16 de octubre de 2009 Telefónica presentó su escrito 6, absolviendo el traslado que se le hizo respecto de la solicitud de incorporación al arbitraje formulada por Telmex y contradiciéndola.

El mismo 16 de octubre de 2009, Osiptel, mediante su escrito 4, manifestó estar de acuerdo con lo señalado por Telmex.

Mediante Resolución 10, de 19 de octubre de 2009, el Tribunal Arbitral declaró no ha lugar a la solicitud formulada por Osiptel para que se cite con la demanda a las empresas con relaciones de interconexión vigentes con la demandante, así como a todas las concesionarias del servicio portador de larga distancia; del mismo modo, declaró no ha lugar la solicitud de incorporación formulada por Telmex.

Luego, mediante escrito 5 de 28 de octubre de 2009, Osiptel interpuso recurso de reconsideración contra esta Resolución 10. De igual forma, Telmex, mediante escrito 02, de 28 de octubre de 2009, interpuso también reconsideración contra la indicada Resolución.

Mediante Resolución 11, se puso en conocimiento de las partes el escrito de reconsideración presentado por Telmex.

El 11 de noviembre de 2009, Telefónica presentó su escrito 7 absolviendo el traslado de la reconsideración interpuesto por Telmex, contradiciéndola.



Asimismo, el 6 de noviembre de 2009 Osiptel presentó su escrito 6 absolviendo el traslado y reiterando la necesidad de la intervención de Telmex como tercero coadyuvante.

Mediante Resolución 15, de 20 de noviembre de 2010, el Tribunal Arbitral decidió declarar infundada la reconsideración planteada por Osiptel para que se cite con la demanda a las empresas relacionadas de interconexión vigentes con la demandante, así como a todas las concesionarias del servicio portador de larga distancia. Asimismo, declaró infundada la reconsideración planteada por Telmex para intervenir como tercero coadyuvante a favor de Osiptel en el presente arbitraje.

#### V. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR

El 25 de marzo de 2010 Telefónica solicitó el otorgamiento de una medida cautelar temporal sobre el fondo para que se declare, de modo provisorio, que la Resolución N° 032-2009-CD/OSIPTEL no vincula, se aplica, resulta oponible o en cualquier caso es exigible a Telefónica.

Mediante la Resolución N° 01 del Cuaderno Cautelar y conforme a las facultades concedidas al Tribunal Arbitral en las normas aplicables al arbitraje, se adaptó la solicitud de Telefónica y se le concedió una medida cautelar de no innovar disponiendo que se mantenga la situación de hecho entre las partes.

Como consecuencia de lo anterior, se ordenó a Osiptel que se abstenga de exigir a Telefónica que aplique el cargo de interconexión mixto que entraba en vigencia a partir del 1 de abril de 2010. Asimismo, se estableció como contracautela una fianza bancaria solidaria, incondicionada, de realización automática, de ejecución inmediata y sin beneficio de excusión por un monto de S/.1'000,000.00.

Asimismo, mediante la Resolución N° 06 del Cuaderno Cautelar se aclaró que la medida cautelar dictada por este Tribunal Arbitral implicaba suspender todo procedimiento administrativo para la emisión de mandatos de interconexión basados en la Resolución N° 032-2009-CD/OSIPTEL y que no cabe emitir mandato de interconexión que establezca el cargo tope por capacidad de forma alternativa, por haberse suspendido la Resolución N° 032-2009-CD/OSIPTEL.

Finalmente, el 25 de mayo de 2010 Osiptel, solicitó que se revocara la medida cautelar otorgada a favor de Telefónica, solicitud que fue declarada improcedente mediante la Resolución N° 09 del Cuaderno Cautelar.

#### VI. CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL

Mediante Resolución 19 el Tribunal Arbitral estableció que los puntos controvertidos en el presente arbitraje eran los siguientes:





En Cuanto al Procedimiento de Revisión del Cargo de Interconexión Tope por Terminación de Llamadas en la Red de Telefonía Fija Local:

- Determinar si durante el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local —iniciado por Resolución 045-2006-CD/Osiptel y concluido por Resolución 032-2009-CD/Osiptel— se han respetado las garantías establecidas en el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión aprobados mediante Decreto Supremo 11-94-TCC.

Consecuentemente, determinar si dicho cargo es aplicable a Telefónica.

En Cuanto al Cargo Establecido Mediante Resolución 032-2009-CD/Osiptel

- Determinar si el mencionado cargo garantiza a Telefónica la recuperación de los costos de interconexión, la contribución a los costos totales y un margen de utilidad razonable, considerando los costos correspondientes a: (i) capital circulante; (ii) los incobrables de los servicios de interconexión; (iii) los costos del sistema de facturación; (iv) los gastos regulatorios y (v) los gastos de nómina de personal, según lo establecen los contratos de concesión antes señalados.
- Determinar si el mencionado cargo respeta los principios de igualdad, no discriminación y equidad, en cuanto al régimen de interconexión, establecidos en los contratos de concesión.

Consecuentemente, determinar si dicho cargo es aplicable a Telefónica.

En Cuanto al Pago de Costos del Presente Arbitraje

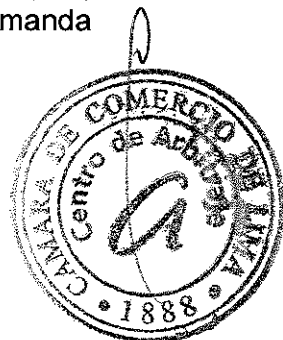
Determinar si corresponde que se condene al pago de costos a alguna de las partes.

## VII. PRUEBAS Y ALEGATOS

En la audiencia llevada a cabo el 25 de enero de 2010, el Tribunal Arbitral dispuso admitir los siguientes medios de prueba

### 1. Pruebas de la Parte Demandante:

El mérito de los documentos descritos en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52 y 53, de la sección "IV Medios Probatorios" del escrito de demanda presentado por Telefónica el 8 de junio de 2009.



## 2. Pruebas de la Parte Demandada:

El mérito de los documentos descritos como anexos 2-C, 2-D, 2-E, 2-F, 2-G, 2-H, 2-I, 2-J y 2-K de la sección "IV Medios Probatorios" del escrito de contestación de demanda presentado por Osiptel el 3 de agosto de 2009.

Finalmente, se dejó constancia de que, conforme al artículo 56° de la Ley General de Arbitraje, aplicable supletoriamente al presente caso, 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 necesarios.

## 3. Alegatos e Informes Orales

Mediante la Resolución 26 se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Telefónica presentó sus alegatos el 10 de mayo de 2010.

Mediante la Resolución 35, de 24 de junio de 2010, se resolvió otorgar a las partes un plazo de 10 días calendario para la presentación de alegatos complementarios.

Mediante escrito de 12 de julio de 2010, Osiptel presentó sus alegatos complementarios.

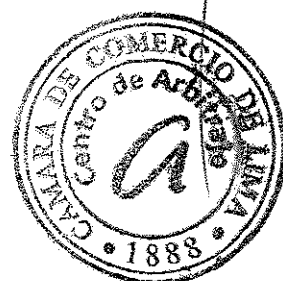
El 22 de julio de 2010 se realizó la audiencia de alegatos orales, con la participación de los representantes de ambas partes, a quienes se otorgó el uso de la palabra y pudieron exponer ampliamente sus argumentos y conclusiones finales.

## VIII. PLAZO PARA LAUDAR

De conformidad con lo establecido en el numeral 18 del Acta de Instalación, mediante la Resolución 39 de 22 de julio de 2010, el Tribunal Arbitral fijó el plazo para laudar en cuarenta y cinco (45) días calendario contados a partir de la fecha en que se realice la última notificación a las partes de la resolución que trae los autos para emitir el laudo. La Resolución 39 fue notificada a Osiptel y Telefónica los días 2 y 3 de agosto de 2010, respectivamente.

Este término fue prorrogado por el Tribunal Arbitral discrecionalmente por cuarenta y cinco (45) días calendario mediante Resolución 41.

## IX. HONORARIOS Y GASTOS ARBITRALES



En el numeral 8 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se fijó como honorario bruto que corresponde a cada miembro del Tribunal la suma de S/. 150,000.00 (ciento cincuenta mil y 00/00 Nuevos Soles), según la determinación de los gastos arbitrales efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje a través de la Resolución 0169-2008/CSA-CA-CCL. A los efectos de su cancelación cada parte abonó el importe de S/. 75,000.00 (Setenta y cinco mil y 00/00 Nuevos Soles) por cada árbitro.

Asimismo, en el numeral 9 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral los gastos administrativos correspondientes al Centro ascienden a la suma de S/. 140,000.00 (Ciento cuarenta mil y 00/00 Nuevos Soles), es decir, cada parte debe pagar el importe de S/. 70,000.00 (Setenta mil y 00/00 Nuevos Soles) incluido IGV (19%), según la determinación de los gastos arbitrales efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje a través de la Resolución 0169-2008/CSA-CA-CCL.

## CONSIDERANDO:

### X. EXCEPCIONES FORMULADAS POR OSIPTEL

En su escrito 1, de 3 de agosto de 2010, Osiptel formuló las siguientes excepciones: (i) Oscuridad y Ambigüedad en el Modo de Interponer la Demanda; (ii) Incompetencia del Tribunal Arbitral; (iii) Falta de Legitimidad para Obrar del Demandado; y, (iv) Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa.

El 12 de octubre de 2009, Telefónica absolvió el traslado que se le hizo de las excepciones formuladas por Osiptel.

Mediante la Resolución 13, el Tribunal Arbitral se reservó la facultad de resolver estas excepciones en el momento que considere oportuno.

Por tanto, corresponde que, antes que el Tribunal Arbitral analice las materias relativas al fondo de la controversia, se pronuncie sobre tales excepciones.

#### 1. Oscuridad y Ambigüedad en el Modo de Interponer la Demanda

Osiptel afirma que no queda claro qué pretende Telefónica. Osiptel señala que Telefónica efectúa cuestionamientos contra un proyecto de resolución y no contra una resolución definitiva vigente a la fecha de presentación de la demanda y, por tanto, el objeto de la pretensión es inexistente y no es susceptible de ser recurrida en vía arbitral. Finalmente, Osiptel indica que las pretensiones se habrían planteado en forma confusa, ambigua e inclusive contradictoria, lo cual le impediría un efectivo ejercicio de su derecho de defensa.

Al respecto, Telefónica indica que el hecho que Osiptel "...haya podido, unívocamente, contradecir cada una de las afirmaciones de la recurrente (y, de hecho formular excepciones que, como la de falta de agotamiento e incompetencia presun-



el cabal entendimiento de lo pretendido) constituye la mejor evidencia de que, en realidad, la demanda no incurre en defecto de proposición alguno”.

Asimismo, Telefónica señala que los cuestionamientos realizados por Osiptel a la demanda están referidos a una pretensión accesoria. Sobre el particular manifiesta que: “Al efecto, cabe recordar que, cuando una pretensión se acumula de modo accesorio, el amparo de la respectiva pretensión principal tiene como consecuencia necesaria la estimación de la accesoria. Esto, porque la pretensión accesoria, precisamente por tener tal condición, no requiere fundamentos adicionales”.

Finalmente, Telefónica responde cada uno de los cuestionamientos efectuados por Osiptel con relación a la pretendida oscuridad o ambigüedad de la demanda.

Según lo señalado por Juan Monroy Gálvez, en su artículo “Las Excepciones en el Código Procesal Civil Peruano”<sup>3</sup>:

En el caso concreto, la excepción [de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda] sirve para denunciar la incapacidad que tiene el demandado para responder a alguna de las siguientes preguntas: ¿quién demanda?, ¿a quién demanda?, ¿qué se demanda? o ¿por qué se demanda?, de manera fluida y clara.

Por otro lado, intentando ubicar el defecto incurrido para cuando esta excepción se ampare, nos parece que se trata de la afectación de los requisitos de la demanda.

En este sentido, en caso se pueda responder tales preguntas, la excepción debe ser declarada infundada.

Las respuestas a la primera y segunda preguntas son obvias: la demanda es formulada por Telefónica contra Osiptel. Respecto a la tercera pregunta, ¿qué se demanda? o ¿por qué se demanda?, la demanda señala lo siguiente:

- (i) Como Pretensión Principal 1, que se declaren que se han afectado las garantías previstas en la sección 10.01 de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión al infringirse las reglas y procedimientos de interconexión tope previstas en la Resolución 123-2003-CD/Osiptel (Reglamento de Interconexión)
- (ii) Que, en caso sea fundada la Pretensión Principal 1, se declare que la Resolución normativa que haya emitido o emita Osiptel como resultado del procedimiento iniciado mediante la Resolución 045-2006-CD-Osiptel –es decir, antes de la emisión del laudo, tal como ha ocurrido con la emisión de la Resolución 032-2009-CD/Osiptel- no vinculará, será aplicable u oponible

<sup>3</sup> Monroy Gálvez, Juan (2010). La Formación del Proceso Civil Peruano :Escritos Reunidos, tercera edición, Lima: Comunitas, tercera edición p. 387.



- o en cualquier caso resultará exigible a Telefónica (en tanto se habría vulnerado los Contratos de Concesión).
- (iii) Como Pretensión Principal 2, que se declare que conforme al literal b) de la sección 10.01 de la Cláusula 10 de los Contratos de Concesión Osiptel debe garantizar a Telefónica la recuperación de los costos de interconexión, la contribución a los costos totales y un margen de utilidad razonable, contemplando, determinados costos que, en concepto de Telefónica, deben ser incluidos por Osiptel al momento de fijar el cargo de interconexión.
  - (iv) Que, en caso el cargo que se revise o fije no incluya los costos señalados precedentemente, se declare que éste no será aplicable, oponible o en todo caso exigible a Telefónica.
  - (v) Que se declare que Osiptel se encuentra impedido de imponer a Telefónica un régimen de interconexión asimétrico en el cual sólo Telefónica se encuentre obligada a brindar un servicio de interconexión de terminación de llamadas en la red de telefonía fija local a través de cargos por capacidad y/o a través de un sistema mixto de cargos por capacidad y cargos por minuto, al ser esos regímenes violatorios de los principios recogidos en el literal b) de la sección 10.01 y la cláusula 12.05 de los Contratos de Concesión.

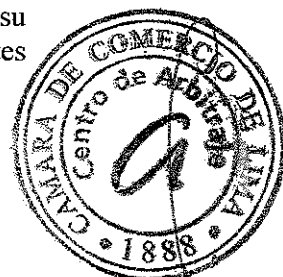
Como se aprecia, Telefónica ha señalado en qué consiste cada una de sus pretensiones, las cuáles no están destinadas a cuestionar un proyecto de resolución, sino la interpretación de los contratos de concesión —es decir, si se ha seguido el procedimiento debido, si se han incluido todos los conceptos que deben incluirse en los cargos de interconexión y, finalmente, si se han vulnerado los principios y garantías establecidas en tales los contratos.

## 2. Incompetencia del Tribunal Arbitral

Osiptel manifiesta que la interconexión y su potestad de regulación de la misma derivan de la Ley y no de los Contratos de Concesión, siendo ello una materia de interés público y orden público, es decir, es una potestad de *ius imperium* del Estado. En este sentido, señala que la materia propuesta por Telefónica no es arbitrable, pudiendo revisarse estas decisiones únicamente en vía administrativa y, de ser el caso, ante los órganos jurisdiccionales ordinarios.

A efectos de resolver esta excepción es necesario analizar los alcances del convenio arbitral y su relación con la materia demandada. Este convenio se encuentra contenido en la cláusula 3 de la parte III, y en la cláusula 21 de los contratos de concesión, y señala lo siguiente:

Cualquier controversia que surja de o en conexión con este CONTRATO, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes



y en caso estas partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

Ambas partes convienen en que el procedimiento arbitral no será iniciado o este no prosperará, para las controversias relativas a una materia o en relación a un asunto que pueda estar o esté pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo contrato establece.

Como se aprecia, no se establece ninguna diferencia con relación a qué materias pueden ser arbitrables y qué materias no pueden serlo, señalándose, más bien, que toda controversia derivada del contrato o que tenga conexión con éste debe ser resuelta mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

Cabe precisar que los contratos de concesión son contratos-ley, siendo que la legislación vigente al momento de su celebración se aplica de manera ultractiva. Al respecto, la Ley de Arbitraje vigente al momento de la celebración de los contratos de concesión era la Ley 25935. Esta Ley establecía en su artículo 2° lo siguiente:

No pueden ser objeto de arbitraje, las controversias o pretensiones sobre los asuntos siguientes: Los que interesan a la moral, al orden público o a las buenas costumbres, o que versan sobre delitos o faltas y los directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado, o de personas o entidades de derecho público.

Sin embargo, como se ha visto, las pretensiones formuladas por Telefónica están dirigidas a que se establezca si, a través de algunas de sus resoluciones, Osiptel ha vulnerado los contratos de concesión. Al respecto, cabe precisar que Telefónica no cuestiona las funciones y/o atribuciones de ius imperium con las que está investido el órgano regulador, sino si es que los efectos que las decisiones que éste adopte, en uso de tales atribuciones, vulneran o no los contratos de Concesión. Es decir, estamos frente a una controversia que busca que se determinen cuáles son los alcances de los acuerdos de las partes contenidos en los contratos de concesión, y si éstos han sido incumplidos por una de las partes.

Al respecto, ya el Laudo de Cargos señaló que:

La inaplicabilidad del Convenio Arbitral es, sin embargo, inaceptable en virtud del Principio de Conservación de los actos jurídicos —uno de los principios rectores de la interpretación— según el cual ‘la interpretación (debe ser dirigida) a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz, (por lo que) entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que permite producirlos, debe optarse por esta última’ [cita tomada de Díez Picazo, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial; Volumen Primero; Segunda Edición; Tecnos; Madrid; 1983; p.262]. Y



entonces, tomando como base dicho principio puede decirse que, si deriva de la interpretación literal de las cláusulas III.3 y 21 que el Convenio Arbitral atañe a los contratos de concesión en su integridad y si la Constitución consagra en su artículo 62 la posibilidad de que el Estado se despoje de aquellas potestades *ius imperium* directamente vinculadas al otorgamiento de “garantías” y “seguridades”, es decir, si la competencia del Tribunal fluye de los propios Contratos y de la ley, no existe razón para interpretar dicho convenio en un sentido distinto al de la plena competencia del fuero arbitral para conocer todas las discrepancias entre las partes referidas a la interpretación y ejecución de los contratos de concesión, se encuentre o no involucrado el *ius imperium* del Estado”.

Por esos mismos motivos, no es factible afirmar que a través del presente laudo se vulneran, de manera alguna, las atribuciones de *ius imperium* del Estado.

### 3. Falta de Legitimidad para Obrar del Demandado

Osiptel señala que la legitimidad para obrar:

procura que exista identificación entre la persona del actor con la persona a cuyo favor está la ley sustantiva (legitimidad activa) y entre la persona del demandado con la persona contra quien se dirige la voluntad de la ley sustantiva (legitimidad pasiva). Es que la relación jurídica material debe trasladarse a la relación jurídico – procesal.

Osiptel sustenta su excepción en que, como órgano regulador, no es parte de los contratos de concesión, en tanto no tiene la calidad de entidad concedente ni de sociedad concesionaria. En este sentido, afirma que su participación en la suscripción de los mismos se limitó a asumir algunos compromisos en el ejercicio de las funciones asignadas a los organismos reguladores, mas no en calidad de parte. Además, Osiptel indica que no existe norma que le autorice a participar en tal calidad.

Sin embargo, la Primera Cláusula Adicional de los contratos de concesión establece que:

Interviene en el presente CONTRATO, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones —OSIPTEL—, representado por el Sr. Jorge Kunigami Kunigami, con L.E 25613308, para efectos de manifestar su consentimiento en relación a las estipulaciones que éste contiene, asumiendo las obligaciones, derechos y facultades que en tal virtud le corresponden”.

Así, Osiptel manifestó en su momento su pleno consentimiento respecto de las estipulaciones contractuales, para asumir obligaciones y derechos relativas a éste; por tanto, tiene calidad de sujeto material de las obligaciones que asumió y, consecuentemente, tales obligaciones le pueden ser exigibles. En este sentido



el instrumento para exigir el cumplimiento de estas obligaciones es el arbitraje pactado en los contratos de concesión.

Además, cabe añadir que Osiptel ya ha actuado en calidad de parte demandada en otros arbitrajes derivados de estos mismos contratos de concesión, como se puede advertir en los laudos de Cargos y de Factor de Productividad que se adjuntan como medios de prueba de la demanda. En consecuencia, Osiptel no puede pretender negar su calidad de parte cuando ha participado como tal en otros arbitrajes cuyos laudos quedaron consentidos.

Por todos estos motivos, Osiptel sí cuenta, perfectamente, con legitimidad para obrar en el presente proceso arbitral.

#### 4. Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa

Osiptel señala que, a la fecha de presentación de la demanda, aún no se había expedido la resolución que fija el cargo de interconexión cuestionado y que, por tanto, no era factible someter a arbitraje la materia de la controversia, al no tener la calidad de cosa decidida. Asimismo, señala que Telefónica no ha cumplido con los procedimientos previos de negociación directa y conciliación previstos en los contratos de concesión como condición para el inicio de un arbitraje.

No obstante, la materia de la controversia es que se declare si se han vulnerado garantías y principios recogidos en los contratos de concesión no sólo respecto de las tarifas establecidas o por establecerse sino también respecto del procedimiento pactado para el establecimiento de las mismas.

Además, los contratos de concesión no establecen el agotamiento de ninguna vía administrativa como requisito para iniciar el procedimiento arbitral. En todo caso, los contratos de concesión sí establecen la conciliación como mecanismo previo para iniciar el arbitraje, pero éste ya fue agotado al haber Telefónica planteado a Osiptel la problemática de pretendida vulneración de garantías y principios contractuales tanto respecto del procedimiento como de las tarifas propuestas, sin haber llegado a un acuerdo al respecto.

Finalmente, de la lectura del numeral 5) del artículo 4° de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo<sup>4</sup>, se observa que en los casos que se haya pactado conciliación o arbitraje como mecanismos de solución de

<sup>4</sup> Artículo 4°.— Actuaciones impugnables

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra las actuaciones realizadas en el ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones:

(...)

5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.





conflictos, no es factible iniciar un proceso contencioso administrativo destinado a cuestionar la actuación u omisión de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos en que ella participa.

## XI. CUESTIONES PREVIAS AL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Previamente al análisis y la resolución de los puntos controvertidos señalados en la Resolución 19, este Tribunal Arbitral estima necesario establecer algunas aclaraciones conceptuales de carácter general y fundamental. Así, considera conveniente determinar la naturaleza de los contratos de concesión materia de controversia.

### 1. La Naturaleza de los Contratos de Concesión

En la cláusula 3 de los contratos de concesión se señala que:

Dentro del **ÁREA DE CONCESIÓN** a la que se refiere la Sección 3.03 y sujeta a los términos y condiciones de este **CONTRATO**, la **EMPRESA CONCESIONARIA** está autorizada para prestar los siguientes **SERVICIOS PÚBLICOS DE TELECOMUNICACIONES...**"

Por tanto, las partes celebraron un contrato de concesión de servicio público, el cual, en virtud de la Ley 26285, que dispone la desmonopolización progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios Portadores de Larga Distancia, tiene el carácter de contrato-ley.

Por otro lado, cabe señalar que, doctrinariamente, existen dos acepciones principales del contrato de concesión: una amplia, en virtud de la cual la concesión es calificada como el acto que crea o constituye, a favor de un particular, una capacidad o un derecho nuevo, o que le transfiere un derecho o atribución que es propio de la administración pública; y, una acepción restringida, en virtud de la cual, la concesión es el acto administrativo o contrato administrativo que otorga al particular el derecho al goce de una cosa o competencia propia de la administración; o bien, el acto administrativo que transfiere al particular potestades o facultades propias de la administración.<sup>5</sup>

En el caso del Estado, la facultad de otorgar en concesión un servicio público de telecomunicaciones se encuentra comprendida en el Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo 013-93-TCC (el TUO de la Ley de Telecomunicaciones), y el Reglamento General de la

<sup>5</sup> En este sentido se pronuncian: VARGAS FRITZ, José. 1997. La Concesión de Obras Públicas. Santiago: Ediciones Jurídicas La Ley, p. 22; DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. 2000. "Promoción de la inversión privada en materia de obras públicas de infraestructura y servicios públicos a través de las concesiones", en: *Advocatus*, segunda entrega, Año II. Lima. p. 57; PEDRESCHI GARCÉS, Willy. 2009. "Notas sobre el régimen actualmente aplicable a las Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos de ámbito municipal", en: *Revista de Derecho Administrativo*, N° 7, Año 4. Lima: 2009. p. 252.



Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante el Decreto Supremo 06-94-TCC.

Por otro lado, existen dos aspectos relativos a la concesión: uno, que implica actos unilaterales de la administración pública y que está ligado a sus facultades reglamentarias; y, otro, meramente contractual, en el que se regulan las prestaciones a cargo de la administración y del concesionario privado.

Al respecto, Danós Ordóñez señala lo siguiente:

“La concesión es una operación de carácter complejo que involucra dos aspectos:

a) Aspecto Legal o Reglamentario.- En este aspecto están comprendidas todas las disposiciones legales o reglamentarias a las cuales deben ceñirse la ejecución o explotación de la obra o la prestación del servicio concedido. Bajo este aspecto la concesión implica un acto unilateral del poder público, y la facultad reglamentaria de la Administración concedente (facultad de determinar y modificar las disposiciones generales relativas a la ejecución o explotación de la obra y prestación del servicio concedidos) no queda sometida ni limitada por el contrato. Desde el aspecto legal o reglamentario, la Administración puede y debe proceder unilateralmente sin que el concesionario pueda calificar las circunstancias existentes en el momento de la adopción de las medidas. (...)

b) Aspecto Contractual.- La concesión, desde este punto de vista, implica también un contrato administrativo, referido al contenido económico de la concesión.

En virtud del contrato administrativo se crea una situación jurídica individual y subjetiva a favor del concesionario, la misma que no puede ser alterada por un acto unilateral de la Administración concedente, sin tomar en cuenta el consentimiento de aquel”.<sup>6</sup>

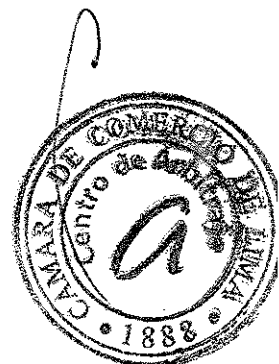
El contrato de concesión de servicio público es, entonces, un acuerdo de voluntades destinado a generar obligaciones, celebrado por un órgano del Estado, susceptible de producir efectos jurídicos con relación a terceros y que puede contener facultades exorbitantes para el Estado.

Al respecto, Roberto Dromi señala que:

En el desenvolvimiento de la concesión, la prerrogativa más significativa es la del *ius variandi*, por la cual la Administración tiene derecho a introducir todas las modificaciones que juzgue necesarias a efectos de lograr mejor organización y funcionamiento del servicio, para mantener la vigencia y actualización tecnológica de las prestaciones, siempre que ello no implique

---

<sup>6</sup> DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. Op. Cit. pp. 56-57.



alterar los derechos adquiridos por el concesionario, en los términos del contrato.

Así, como correlato al derecho de mutabilidad del contrato que tiene la Administración con fundamento en el interés público, el concesionario tiene el derecho a que esa prerrogativa no signifique el desconocimiento liso y llano de sus derechos contractuales y que llegue al grado de desnaturalizar o desfigurar las condiciones pactadas.

Por ello no es posible que el poder administrativo varíe las condiciones contractuales en perjuicio del concesionario que posee derechos subjetivos nacidos del contrato, con efectos lesivos que desnaturalicen la relación contractual”.<sup>7</sup> (El subrayado es nuestro).

## 2. Los Contratos-Ley

El Derecho peruano ha desarrollado, además, un mecanismo a través del cual brinda seguridad jurídica a las relaciones del Estado con los privados, como es el contrato-ley.

El artículo 62° de la Constitución —recogiendo, especialmente, las normas establecidas por los Decretos Legislativos 662 y 757— establece que los contratos no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Asimismo, indica que mediante contratos-ley el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades a determinados contratos que no podrán ser modificados legislativamente. Asimismo, el artículo 1357° del Código Civil dispone que por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

La institución del contrato-ley se remonta a los años 1950s y se justifica en la necesidad de brindar seguridad jurídica a los agentes económicos — particularmente, a los inversionistas que invierten en el país, a quienes se les asegura que el marco legal vigente al momento en que realizaron su inversión se mantendrá inalterable a lo largo del tiempo. Así, durante la ejecución del contrato, cualquier variación legislativa posterior no les será aplicable.

Los alcances de la referida institución han sido precisados por el Tribunal Constitucional en los términos siguientes:

Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a

---

<sup>7</sup> Op. Cit. pp. 615-618.



país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada”.<sup>8</sup>

En este sentido, los contratos-ley son convenios de estabilidad jurídica que tienen como finalidad otorgar seguridades y garantías, volviendo inalterables las normas vigentes al momento de su suscripción. De esta forma, la suspensión, derogación, modificación o sustitución de las normas legales aplicables a dichos contratos no tienen efecto alguno, con lo que se genera su ultractividad, manteniendo vigencia los términos contractuales<sup>9</sup>.

Al respecto, José Daniel Amado Vargas y Luis Miranda Alzamora señalan que:

El contrato ley cumple entonces la finalidad de dotar de seguridad jurídica al inversionista de dos maneras distintas: (i) mediante la estabilización del marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato y (ii) mediante la modificación del marco legal aplicable a un contrato con el Estado del derecho administrativo al derecho civil.

En el primer supuesto, se trata de eliminar el riesgo no comercial que, de otra manera, asumiría el inversionista como consecuencia de la facultad general de legislar que, por naturaleza, corresponde al Estado.

En el segundo supuesto, se persigue una solución eficaz al riesgo originado por las cláusulas exorbitantes que se hallan implícitas en el contrato administrativo”.<sup>10</sup>

En este mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

(...) en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de su suscripción al ámbito tributario o jurídico. Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados.<sup>11</sup>” (El subrayado es nuestro).

El artículo 39° del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, establece:

<sup>8</sup> Sentencia recaída en el Expediente 005-2003-AI/TC, f.32.

<sup>9</sup> Ver: CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. 1997. Autonomía Privada, Contrato y Constitución. En: Derecho Civil Patrimonial. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 53-55. DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. 2007. “El Régimen de los Contratos Estatales en el Perú”. En: Derecho Administrativo Contemporáneo: Ponencias del II Congreso de Derecho Administrativo. Lima: Palestra, p. 87.

<sup>10</sup> Ver: AMADO VARGAS, José Daniel y MIRANDA ALZAMORA, Luis. 1996. “La Seguridad Jurídica en la Contratación con el Estado: El Contrato Ley”. En: Themis, Segunda Época, N° 33. Lima: Asociación Themis, p. 18.

<sup>11</sup> Tribunal Constitucional.. Ob. Cit., f. 34.



Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.

Como se aprecia del artículo citado, además de recoger la garantía de que los contratos-ley no pueden ser modificados unilateralmente por el Estado, se precisa que el carácter de ellos es civil y no administrativo.

Al respecto, el artículo 26° del Decreto Supremo 162-92-EF, que aprueba el Reglamento de los Regímenes de Garantía de la Inversión Privada, señala que los convenios de estabilidad jurídica tienen como característica que son contratos civiles y se rigen por las disposiciones del Código Civil.

En este sentido, al haberse dado a los contratos de concesión el carácter de contratos-ley, mediante el artículo 3° de la Ley 26285 debe aplicarse a ellos criterios para su interpretación y ejecución provenientes del ámbito civil.

## XII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

### 1. El Procedimiento de Revisión del Cargo de Interconexión

Conforme a lo establecido en la Resolución 19, se debe determinar si durante el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local —iniciado por Resolución 045-2006-CD/Osiptel y concluido por Resolución 032-2009-CD/Osiptel— se han respetado las garantías establecidas en el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión aprobados mediante Decreto Supremo 11-94-TCC. Consecuentemente, debe determinarse si dicho cargo es aplicable a Telefónica. El literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión<sup>12</sup> señala lo siguiente:

Todos los contratos de interconexión entre la EMPRESA CONCESIONARIA y otros prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES aplicables, serán por escrito de acuerdo con: (i) la LEY DE TELECOMUNICACIONES y otros reglamentos promulgados de acuerdo a dicha Ley; (ii) los reglamentos emitidos por Osiptel; y, (iii) los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones. Los cargos de interconexión serán establecidos de acuerdo con cada tipo de SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES y

---

<sup>12</sup> El literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 tiene el mismo tenor tanto en el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional en la República del Perú como en el Contrato de Concesión para la Prestación de Servicio Portador y Servicio Telefónico Local en las Ciudades de Lima y Callao.



deberán incluir el costo de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del SERVICIO LOCAL y un margen de utilidad razonable.

Al respecto, Telefónica señala que Osiptel no ha cumplido con las reglas y garantías correspondientes al procedimiento de cargos, y que, por tanto, se habría vulnerado los contratos de concesión.

En este sentido, argumenta que, conforme a dicho procedimiento de cargos, el Consejo Directivo de Osiptel debe dar inicio al procedimiento de oficio, aprobar el proyecto normativo y el informe técnico correspondiente, y aprobar la Resolución de fijación de cargos tope de interconexión.

Asimismo, señala que en el procedimiento iniciado mediante Resolución de Consejo Directivo 045-2006-CD/Osiptel, el proyecto normativo y el informe técnico no fueron aprobados por dicho Consejo Directivo, implicando ello que no se haya desarrollado el proceso deliberativo debido.

Telefónica señala que el Presidente de Osiptel solo puede reemplazar al Consejo Directivo cuando éste está impedido de sesionar y se presenta alguna situación de emergencia; supuesto que no se habría configurado en este caso. Como consecuencia, argumenta Telefónica, esta situación vulnera las garantías del procedimiento de cargos y, por tanto, las de los contratos de concesión.

Conforme se ha desarrollado en las cuestiones preliminares al análisis de las pretensiones de la demanda, los contratos de concesión de Telefónica son contratos a los que se le aplica el ordenamiento civil; en consecuencia, el análisis del Tribunal Arbitral está dirigido a establecer si es que, desde esa perspectiva, se han vulnerado o no las garantías que pretende Telefónica.

Cabe precisar que en su escrito 14, de 10 de mayo de 2010, Telefónica señala que:

La recurrente de modo alguno pretende la nulidad de un acto administrativo; Telefónica ha solicitando en este arbitraje una tutela distinta: el cumplimiento de obligaciones derivadas de los Contratos de Concesión. [...] lo que es materia de conocimiento del Tribunal Arbitral no es el incumplimiento de una norma administrativa o la nulidad de un acto administrativo sin más; lo que aquí se cuestiona es el incumplimiento de las garantías contractuales que sólo son pasibles de ser discutidas en esta sede y no en otra.

Por ello, el Tribunal Arbitral no analizará la validez de la Resolución 020-2008-PD/Osiptel desde una perspectiva administrativa, sino que, en virtud de los artículos 168°, 1361° y 1362° del Código Civil, establecerá cuál ha sido la voluntad común de las partes según lo expresado en el contrato y las reglas de la buena fe con relación a las garantías señaladas.



Los contratos de concesión establecen las características y obligaciones referidas a la interconexión en su cláusula 10; tal cláusula establece, en el literal d), que Osiptel emitirá un mandato de interconexión a solicitud de parte cuando no se haya logrado acordar condiciones justas y equitativas para hacer la interconexión.

Asimismo, en dicho literal d), la cláusula 10 indica que el mandato que emita Osiptel establecerá las condiciones de interconexión aplicables, incluyendo los cargos de interconexión, de acuerdo a lo establecido en el literal b) de la cláusula 10; es decir, que tales mandatos deben ser por escrito y estar de acuerdo con: (i) la ley de Telecomunicaciones y otros reglamentos promulgados de acuerdo a dicha Ley; (ii) los reglamentos emitidos por Osiptel; y, (iii) los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones.

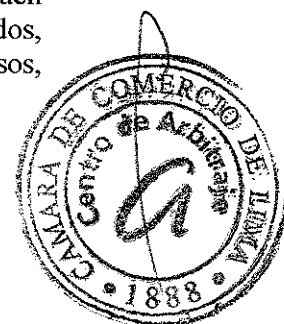
Si bien los contratos de concesión no pueden ser modificados sin mediar acuerdo de las partes, siendo que las normas vigentes al momento de su celebración le son aplicables de manera ultractiva, sus estipulaciones pueden ser complementadas, detalladas o especificadas por dispositivos legales o reglamentarios emitidos con posterioridad (como ocurre en el caso de la interconexión).

En este sentido, el laudo emitido en el Caso Arbitral 562-149-2001 —en el cual participaron tanto Telefónica como Osiptel— (el Laudo de Cargos), el Tribunal Arbitral señala en su página 24 que:

Corresponde a Osiptel y al MTC, en sus respectivos ámbitos de competencia y a través de actos administrativos de carácter particular y general (reglamentos), definir, interpretar, y desarrollar aquellas estipulaciones que contienen conceptos sujetos a valoración, conceptos jurídicos indeterminados o no definidos y desarrollados; o conceptos insuficientemente definidos y desarrollados como son los de leal competencia, neutralidad e igualdad de acceso (cláusula 12.05); interconexión (cláusula 10); servicio (cláusula 3.01); utilidad (cláusula 7.01); emergencia (cláusula 8.04); razonabilidad (cláusula 8.03); seguridad nacional (cláusula 8.04); etc.

La facultad de Osiptel de complementar mediante reglamentos aspectos del contrato no es ilimitada, debiendo respetarse garantías mínimas de éste. Como parte de estas garantías el Laudo de Cargos en su página 26 indica:

Al interpretar los mencionados conceptos, Osiptel y el MTC deberán tener en cuenta las siguientes reglas básicas e inmodificables, que derivan de las “garantías” y “seguridades” de las que gozan los Contratos de Concesión y que constituyen la contraprestación del Estado por la realización de la inversión: [...] Telefónica tiene derecho a que Osiptel y el MTC actúen ciñéndose a las normas legales vigentes y a los procedimientos establecidos, absteniéndose de expedir actos contradictorios, indirectos o confusos,



teniendo Telefónica derecho al debido proceso, es decir, a ser oída y a intervenir, opinar, participar y, en general, defenderse, aún en el caso de ausencia de procedimientos, quedando a cargo de Osiptel y del MTC impulsar prácticas tales como la pre-publicación y la realización de audiencias públicas” (el subrayado es nuestro).

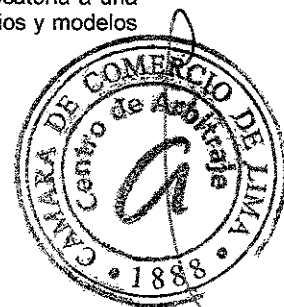
En virtud de la potestad señalada, que emana de la propia condición de los contratos de concesión, Osiptel, con relación a la interconexión, desarrolló un procedimiento para determinar los cargos de interconexión; así, en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones del Perú, establecidos por D.S. 020-98-MTC, se señala que:

De acuerdo a nuestra legislación los cargos de interconexión serán los que resulten de la negociación de las partes. En caso no exista acuerdo entre las partes, Osiptel tiene expresas facultades para determinar los cargos correspondientes. Se considera que dar señales claras al mediano plazo sobre este asunto, es de crucial interés para todos los operadores, sean ya establecidos o entrantes. Por ello, resulta conveniente que Osiptel anticipe públicamente los valores de los cargos de interconexión por defecto, de manera de generar un entorno de estabilidad. Asimismo, la Resolución de Consejo Directivo 123-2003-CD/Os iptel estableció el procedimiento pertinente, indicando en su artículo 7<sup>o</sup><sup>13</sup> las reglas y etapas que deben seguirse en dicho procedimiento de cargos.

<sup>13</sup> Artículo 7<sup>o</sup>.- Procedimiento de oficio

El procedimiento de oficio, se sujetará a las siguientes etapas y reglas:

1. El Consejo Directivo emitirá una resolución dando inicio al procedimiento de oficio, cuando lo considere pertinente de acuerdo al informe técnico emitido por la Gerencia de Políticas Regulatorias que recomienda el inicio del procedimiento de oficio. Dicha resolución será publicada en el diario oficial El Peruano y notificada a la empresa o empresas operadoras involucradas. La Resolución establecerá el plazo en el cual la empresa o empresas operadoras notificadas presentarán su propuesta de cargos de interconexión tope conjuntamente con el estudio de costos de los distintos elementos que están comprendidos en cada instalación o servicio de interconexión de que se trate, incluyendo el sustento técnico-económico de los supuestos, parámetros, bases de datos y cualquier otra información utilizada en su estudio. El plazo que se establezca para dicho efecto, no será menor de treinta y cinco (35) ni mayor de cien (100) días hábiles.
2. La Gerencia de Políticas Regulatorias evaluará la documentación sustentatoria que sea presentada por la empresa o empresas operadoras involucradas, de ser el caso, y presentará a la Gerencia General el informe técnico sobre la fijación o revisión de cargos de interconexión tope, incluyendo el proyecto normativo correspondiente. Este informe será emitido dentro del plazo de noventa (90) días hábiles, computados desde el día siguiente de la fecha de entrega del estudio de costos de la empresa o empresas operadoras notificadas, o de la fecha de vencimiento del plazo otorgado a dicha empresa para su presentación, lo que ocurra primero.
3. La Gerencia General contará con un plazo de quince (15) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha de recepción del informe técnico y propuesta normativa de la Gerencia de Políticas Regulatorias, para evaluarlos y, de ser el caso, remitirlos al Consejo Directivo.
4. El Consejo Directivo contará con un plazo de quince (15) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha de recepción del informe técnico y proyecto normativo, para evaluarlos y, de ser el caso, emitir la resolución sobre la fijación o revisión de cargos de interconexión tope. La resolución correspondiente y el proyecto normativo serán publicados en el diario oficial El Peruano, estableciendo el plazo para la recepción de comentarios de los interesados, disponiendo igualmente la convocatoria a una audiencia pública, así como la publicación en la página web de Osiptel de los informes, estudios y modelos económicos que constituyan el sustento del proyecto normativo.





Cabe precisar que estos reglamentos y procedimientos se aplican para las relaciones de interconexión de todas las empresas operadoras; así como a los pronunciamientos sobre interconexión que emita Osiptel.

El procedimiento de cargos establecido en el artículo 7° de la Resolución 123-2003-CD/Osiptel recoge las garantías mínimas que señala el Laudo de Cargos. Al respecto, el numeral 1) garantiza la participación de Telefónica en la elaboración de la norma, al otorgarle la posibilidad de presentar una propuesta de cargos una vez que se inicia el procedimiento. Del mismo modo, el numeral 4) garantiza el derecho de Telefónica a opinar y ser oída, al establecer la obligación de Osiptel de señalar un plazo para la recepción de comentarios de los interesados y de convocar a una audiencia pública.

Lo que cabe preguntarse, en todo caso, es si fueron respetadas tales garantías durante el desarrollo del procedimiento de revisión de cargos iniciado con la Resolución N° 045-2006-CD/Osiptel.

Como se ha indicado, el procedimiento de cargos se inicia con la emisión de una Resolución del Consejo Directivo de Osiptel, lo cual, en el presente caso, tuvo lugar con la expedición de la Resolución N° 045-2006-CD/Osiptel, publicada el 8 de julio de 2006, acogiendo el Informe 020-GRP/2006 de la Gerencia de Políticas Regulatorias de Osiptel, que señaló la necesidad del inicio del procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local.

En la indicada Resolución, además, se fijó un plazo de ochenta (80) días hábiles para que las empresas concesionarias presentasen sus propuestas de cargo de interconexión tope por terminación de llamadas. Dicho término se encuentra dentro del rango establecido en la norma. Con esta Resolución, Telefónica tuvo

5. El plazo para la presentación de los comentarios no podrá ser menor a veinte (20) días calendario, computados a partir de la fecha de publicación del proyecto normativo.

6. La audiencia pública se llevará cabo con posterioridad al vencimiento del plazo que se establezca para la recepción de comentarios y antes de la emisión de la resolución definitiva. En la audiencia pública se expondrán los criterios, metodología, informes, estudios y modelos económicos que constituyan el sustento del proyecto normativo.

7. La Gerencia de Políticas Regulatorias se encargará del procesamiento y análisis de los comentarios que se presenten, sobre la base de cuyos resultados presentará a la Gerencia General el informe técnico sustentando la propuesta final sobre fijación o revisión de cargos de interconexión tope y el proyecto normativo correspondiente. Este informe será emitido dentro del plazo de treinta (30) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha en que se realice la audiencia pública.

8. La Gerencia General contará con un plazo de quince (15) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha de recepción del informe técnico y propuesta normativa final de la Gerencia de Políticas Regulatorias, para evaluarlos y, de ser el caso, remitirlos al Consejo Directivo.

9. El Consejo Directivo contará con un plazo de quince (15) días hábiles, computados a partir del día siguiente de la fecha de recepción del informe técnico y proyecto normativo, para evaluarlos y, de ser el caso, emitir la resolución definitiva que establezca los cargos de interconexión tope correspondientes o que desestime su fijación o revisión.



garantizado su derecho de participar en el procedimiento de cargos a través de la formulación de una propuesta de cargos.

Telefónica ejerció este derecho mediante comunicación DR-067-C-558/GRP-07, presentada a Osiptel el 2 de mayo de 2007, en la cual formuló sus propuestas de cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, en sus modalidades de cargo por tiempo de ocupación y de cargo fijo periódico.

Como se aprecia, el inicio del procedimiento de cargos se realizó conforme a lo establecido el numeral 1 del artículo 7° que regula el procedimiento de cargos, siendo que Telefónica pudo sustentar su posición con relación al cargo de interconexión por terminación de llamadas.

El punto controvertido, en realidad, radica en que, mediante Resolución 020-2008-PD/Osiptel, el Presidente de Osiptel dispuso la publicación en el diario oficial El Peruano del proyecto de Resolución mediante el cual se establecería el cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, en sus modalidades de cargo por tiempo de ocupación y de cargo fijo periódico. Asimismo, se otorgó a los interesados un plazo de treinta (30) días calendario para que remitieran sus comentarios respecto del proyecto normativo, a efectos de que la Gerencia de Políticas Regulatorias presente sus recomendaciones sobre tales comentarios. Del mismo modo, se convocó a una audiencia pública para el 28 de marzo de 2008.

El Tribunal Arbitral considera que si bien esta Resolución fue emitida por el Presidente y no por el Consejo Directivo de Osiptel, esta situación no es suficiente para determinar que se vulneró las garantías contempladas en los contratos de concesión respecto al procedimiento de cargos de interconexión.

La Resolución de Presidencia del Osiptel 020-2008-PD estableció un plazo para realizar comentarios y convocó a una audiencia pública. Así, esta resolución resguardó el derecho de Telefónica de ser oída, de opinar, de participar y de defender su punto de vista con relación a la propuesta normativa.

Es cierto que dicha Resolución no fue fruto de una deliberación colegiada. Sin embargo, debe también considerarse que, una vez reconstituido el Consejo Directivo de Osiptel, éste hizo suyo el proyecto normativo.

Distinto es que Telefónica no esté de acuerdo con el fondo de la regulación establecida en el proyecto normativo. Sin embargo, considerando todas las distintas actuaciones realizadas en el curso del procedimiento de revisión de los cargos de interconexión, no existen elementos suficientes que permitan a este Tribunal Arbitral afirmar que la Resolución de Presidencia del Osiptel N° 020-2008-PD/Osiptel es razón suficiente para afirmar que dicho procedimiento vulneró garantías contractuales.



Acoger la tesis de Telefónica implicaría asumir que Osiptel actuó de mala fe. Al respecto, Manuel de la Puente y la Valle señala que:

“si se imputa a alguien el conducirse de mala fe, corresponde al imputador acreditar ésta”.<sup>14</sup>

Para determinar si Osiptel obró de mala fe es necesario establecer qué se entiende por buena fe en la etapa de ejecución contractual. Al respecto, el mismo Manuel de la Puente y Lavalle indica que:

La buena fe que se exige en esta etapa contractual es, pues, el deber de ejecutar las prestaciones que son el contenido de las obligaciones constitutivas de la relación jurídica.

Este deber de ejecutar de buena fe tiene como contenido esencial el que se actúe lealmente a fin de que las prestaciones a cargo de una parte se cumplan de la manera que resulten más beneficiosas para la contraparte, aunque, desde luego, ello no imponga a la parte sacrificios desmedidos.<sup>15</sup>

Al respecto, Telefónica señala que Osiptel vulneró las reglas de la buena fe al haber dictado su Presidente una resolución que solamente podía ser expedida por su Consejo Directivo.

Como se ha manifestado con anterioridad, la obligación de Osiptel de otorgar garantías a Telefónica consiste en permitir a esa empresa ser oída, intervenir, opinar, participar y, en general, defenderse, lo cual efectivamente ocurrió.

Por otro lado, se aprecia en los considerandos de la resolución que se cuestiona que el Presidente de Osiptel actuó en el convencimiento de que se encontraba facultado para expedir individualmente dicha resolución al hallarse en una situación de emergencia, siendo que no puede asumirse que dicha actuación fuera de mala fe.

En consecuencia, este Tribunal Arbitral no puede amparar un cuestionamiento al procedimiento de cargos basado en el argumento de la “falta de legitimidad del Presidente de Osiptel de emitir una resolución individualmente”.

A criterio del Tribunal Arbitral, con relación a este punto controvertido, cabe precisar que, luego de la expedición de la Resolución 020-2008-PD se continuó con el procedimiento de revisión de cargos expidiéndose la Resolución 045-2008-CD/Osiptel, la cual ordena publicar un nuevo proyecto de resolución que recoge información aportada por Telmex S.A. y Telefónica, así como convocar a una nueva audiencia pública.

---

<sup>14</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Comentarios a la sección Primera del Libro VII del Código Civil. Lima: Palestra. 2da ed., 2003. Tomo I, Pag. 346.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 378.



Como se aprecia, ese proyecto de resolución fue puesto en consideración de Telefónica, lo cual, implica un cumplimiento de las garantías contractuales que tiene esa empresa respecto a su derecho a ser escuchada durante el procedimiento que ha de seguirse para el establecimiento de los cargos de interconexión.

## 2. El Cargo Establecido Mediante Resolución 032-2009-CD/Osiptel

Conforme a lo establecido en la Resolución 19 se debe determinar si el mencionado cargo garantiza a Telefónica la recuperación de los costos de interconexión, la contribución a los costos totales y un margen de utilidad razonable, considerando los costos correspondientes a: (i) capital circulante; (ii) los incobrables de los servicios de interconexión; (iii) los costos del sistema de facturación; (iv) los gastos regulatorios; y, (v) los gastos de nómina de personal, según lo establece los Contratos de Concesión.

La cláusula 10 de los contratos de concesión señala en el último párrafo del literal b) de la sección 10.01 lo siguiente:

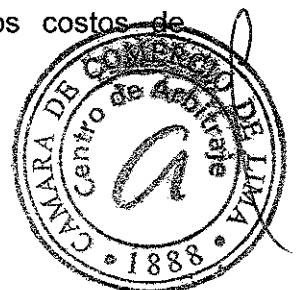
Los cargos de interconexión serán establecidos de acuerdo con cada tipo de SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES y deberán incluir el costo de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del SERVICIO LOCAL y un margen de utilidad razonable.

Sin embargo, los contratos de concesión no especifican qué incluyen los conceptos: costos de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y margen de utilidad razonable.

Como se señaló en el desarrollo del punto controvertido precedente, cuando los contratos de concesión no establezcan una determinación precisa sobre algunas materias, las estipulaciones relativas a éstas pueden ser aclaradas o especificadas por dispositivos reglamentarios emitidos con posterioridad. Dichos dispositivos, no obstante, no deberán contravenir las estipulaciones generales contenidas en los contratos de concesión.

Cabe precisar, además, que la facultad regulatoria de Osiptel sobre el particular no ha sido cuestionada por Telefónica, siendo que, conforme al literal g) del artículo 8° de la Ley 26285 que dispone la desmonopolización progresiva de los servicios públicos de telecomunicaciones, son funciones del Osiptel la relacionada con la regulación de la interconexión de servicios de telecomunicaciones en sus aspectos técnicos y económicos.

En virtud de esta función, Osiptel ha emitido diversas normas referidas a interconexión, las cuales han sido recogidas en un Texto Único Ordenado, que comprende reglas relativas a la asignación de costos (TUO de Interconexión). Este Texto, en su artículo 13°, recoge los mismos criterios establecidos en los Contratos de Concesión, al indicar que los cargos de interconexión serán aprobados por Osiptel y serán iguales a la suma de: (i) los costos de



interconexión, (ii) contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local, y (iii) un margen de utilidad razonable.

Sin embargo, esta norma establece criterios adicionales al desarrollar qué se entiende por costos de interconexión e indicar en su artículo 14° que estos son:

los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma.

Además, la norma indicada, en su artículo 15, establece principios o criterios para establecer los costos de interconexión:

El costo de interconexión se establecerá con sujeción a los siguientes principios básicos:

- a) Los costos de interconexión incluirán únicamente los costos asociados a las instalaciones y activos necesarios para la interconexión.
- b) Para calcular el valor de los activos se considerará su valor de adquisición utilizando las tecnologías más eficientes que puedan ser utilizadas para proveer la instalación necesaria para la interconexión.
- c) Para determinar los factores de depreciación, se utilizará la vida útil de los activos de acuerdo a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados en el Perú.
- d) Los costos de interconexión incluirán los de planeamiento, suministro, operación y conservación de la infraestructura necesaria. No se incluirán costos de modernización o mejoras de la red, salvo que se hubiese tenido que incurrir en ellos para efectuar la interconexión.
- e) No forman parte de los costos de interconexión aquellos en los que el concesionario u otros operadores vinculados directa o directamente incurran, o hayan incurrido, que no estén relacionados directamente con proporcionar el acceso a la instalación” (el subrayado es agregado).

Como se aprecia, estas normas precisan que los costos de interconexión deben estar directamente relacionados a proveer las instalaciones necesarias para la interconexión (entendiéndose como tales la infraestructura que permita establecer la interconexión de las redes de ambos operadores con la finalidad que una llamada iniciada en una red pueda concluir en la otra; así como su operación y mantenimiento).

Los costos que Telefónica pretende que se incluyan como costos de interconexión son los costos relativos al capital circulante, los costos relacionados con los incobrables de los servicios de interconexión, los costos del sistema de facturación, los gastos regulatorios y los gastos de nómina de personal vinculado a los servicios de interconexión.

Conforme señala la propia Telefónica, los costos relativos al capital circulante son aquellos que se generan debido a que el servicio de interconexión implica costos y gastos corrientes que producen un flujo de salida de fondos que la



compañía tiene que cubrir con capital circulante hasta que se obtengan los ingresos derivados de los servicios de interconexión.

A criterio del Tribunal Arbitral estos costos no están directamente relacionados con las instalaciones ni activos que permiten la interconexión, sino a un flujo de capitales de la empresa y los costos de oportunidad que genera dicho flujo (un flujo de capitales no es una instalación ni un activo), por lo que no deben ser considerados dentro del rubro costos de interconexión regulado por los artículos 14° y 15° del TUO de Interconexión.

Los costos relacionados con los incobrables de los servicios de interconexión están constituidos, según Telefónica, por las facturas que no son pagadas por los clientes a los que se les brindó el servicio de interconexión, siendo un costo que un operador eficiente no puede evadir y que se ve reflejado en los precios. Sin embargo, este costo tampoco está vinculado directamente a una instalación o activo relativo a la interconexión sino que constituyen parte del riesgo del negocio, por lo que no deben ser considerados dentro del supuesto de los artículos 14° y 15° del TUO de Interconexión. Cabe precisar que Osiptel indica que este riesgo se encuentra dentro del costo de capital de la empresa (incluido dentro del factor  $\beta$  del modelo WACC utilizado), lo cual implicaría el reconocimiento de dicho costo.

Con relación a los costos de los sistemas de facturación, Telefónica señala que dichos sistemas son el soporte para los procesos de liquidación de tráfico con los operadores interconectados. Asimismo, explica que la inversión realizada por Telefónica no sería necesaria si no se proveyera el servicio de interconexión. Al igual que en los casos anteriores, este rubro tampoco se ajusta a los criterios establecidos en los artículos 14° y 15° del TUO de Interconexión al no estar vinculados a instalaciones o activos directamente relacionados con la interconexión. Sin embargo, cabe precisar que no se niega que tales costos hayan sido generados por tal servicio, sino que estos costos no califican para su asignación como costos de interconexión según la norma.

Con relación a los gastos regulatorios, Telefónica manifiesta que los procedimientos de revisión y fijación de tarifas y cargos requieren de un equipo de trabajo encargado del análisis y desarrollo de sustentos de costos y comentarios. Asimismo, señala que existen temas de mayor complejidad para lo cual se requiere de personal experto y de amplia experiencia por lo cual surge la necesidad de contratar consultores externos. Nuevamente, estos costos no se vinculan directamente a las instalaciones o activos necesarios para la interconexión, siendo costos que, además, no están relacionados exclusivamente a materia de interconexión, sino que los gastos regulatorios también pueden estar referidos a otros rubros o materias. Por tanto, tampoco pueden ser asignados como costos de interconexión según la normativa aplicable.

Finalmente, con relación a los gastos de nómina de personal Telefónica señala que resulta evidente que sin personal que realice todas las labores de gestión



tanto comercial como operativa, los servicios de interconexión y en particular, el servicio de terminación de llamadas en la red de telefonía fija local, no podría ser prestado. Nuevamente, se debe aplicar los criterios establecidos en los artículos 14° y 15° del TUO de Interconexión que estipulan que solamente deben ser asignados como costos de interconexión los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma, es decir, asociados a las instalaciones y activos necesarios para la interconexión. Como es evidente, los gastos de nómina de personal no están asociados directamente a una instalación o activo. Esto no quiere decir, sin embargo, que Telefónica no tenga derecho a que Osiptel le reconozca todos los costos indicados con anterioridad, sino únicamente que ellos no corresponden a costos de interconexión conforme a lo establecido en los contratos de concesión y la normativa complementaria aplicable.

Al respecto, el artículo 16° del TUO de Interconexión establece que la contribución a los costos totales del prestador del servicio local, a que se refiere el artículo 13°, se fijará de manera que permita cubrir una porción de los costos comunes no directamente atribuibles a los servicios de interconexión.

Al haber sido definido en el artículo 14° qué se entiende por costos directamente atribuibles al servicio de interconexión, es decir son aquellos incurridos en brindar a instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma (asociados a las instalaciones y activos necesarios para ella), debe entenderse que todo costo que no se encuentre dentro de esa definición es un costo no directamente atribuible al servicio de interconexión y por tanto, debe ser comprendido dentro de la contribución a los costos totales del prestador del servicio local.

Justamente en este sentido, señala Osiptel que dichos costos han sido incluidos como un overhead dentro del rubro de contribución a los costos totales del prestador del servicio local, sin que Telefónica haya probado que los costos aludidos no se encuentran en ese rubro.

Finalmente, el artículo 9° de los lineamientos para desarrollar y consolidar la competencia y la expansión de los servicios públicos de telecomunicaciones en el Perú, establecidos mediante D. S. 003-2007-MTC, señala que para el establecimiento de los cargos de interconexión, se obtendrá la información sobre la base de: a) la información de costos y de demanda, con su respectivo sustento, proporcionados por las empresas; b) en tanto la empresa no presente la información de costos, Osiptel utilizará de oficio un modelo de costos de una empresa eficiente que recoja las características de la demanda y ubicación geográficas reales de la infraestructura a ser costeadada; adicionalmente, dicho artículo precisa que, excepcionalmente y por causa justificada, Osiptel podrá establecer cargos utilizando mecanismos de comparación internacional.

Por tanto, el Tribunal Arbitral no puede amparar lo señalado por Telefónica cuando indica que los costos que señalan nunca serían recuperables y que esa situación vulneraría la garantía de la cláusula 10 de los contratos de concesión .



3. El Cargo Señalado y los Principios de Igualdad, No Discriminación y Equidad, en cuanto al régimen de interconexión, establecidos en los contratos de concesión

Previamente al análisis de este punto, el Tribunal Arbitral deja sentado que la pretensión de Telefónica está referida a que se determine si los regimenes de interconexión establecidos por Osiptel en la Resolución 032-2009-CD/Osiptel (que recoge el proyecto normativo establecido en la Resolución 045-2008-CD/Osiptel) violan el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión, que consagra los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso e iguales términos y condiciones, y la cláusula 12.05 de los Contratos de Concesión que prevé los principios de igualdad, no discriminación y equidad.

En este sentido, el Tribunal Arbitral no efectuará un análisis sobre la real o supuesta conveniencia económica de la aplicación de cargos de interconexión asimétricos que alega Osiptel, ni tampoco sobre los efectos de éstos en el mercado de las telecomunicaciones o su utilidad como herramientas para generar competencia, que alega también el referido organismo regulador. En el tramo final del presente proceso arbitral, Osiptel insistió, en efecto, en llevar esta pretensión 3 de Telefónica a dicho terreno, presentando al respecto un informe de consultoría de un experto reconocido.

Sin embargo, a juicio del Tribunal Arbitral, dicho análisis no es de manera alguna relevante para efectos del presente arbitraje, ya que, como se estableció oportunamente, el mismo es un arbitraje de derecho.

De la misma manera, tampoco resulta relevante para resolver esta pretensión 3 analizar si en otros países se utilizan cargos asimétricos, incluso a pedido de la demandante que aquí los impugna, puesto que este arbitraje es no sólo de derecho sino además nacional. Ello quiere decir que el presente arbitraje ha tenido lugar y se ha desarrollado dentro de las normas e instituciones del Derecho peruano, recurriéndose a normativa internacional sólo cuando estas normas e instituciones así lo permiten o incorporan.

Finalmente, del mismo modo, cabe indicar también que el Tribunal Arbitral se abstendrá de efectuar un pronunciamiento sobre las facultades de Osiptel para regular los cargos de interconexión, al no ser todas ellas materias sujetas a la decisión del Tribunal Arbitral. Como ya se dijo, de lo que se trata es de evaluar si los cargos asimétricos que se pretenden establecer respetan los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso e iguales términos y condiciones; y, los de igualdad, no discriminación y equidad establecidos en los Contratos de Concesión.

El literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión dispone que los contratos de interconexión entre la empresa concesionaria y otros prestadores de servicios portadores y servicios finales deben celebrarse de acuerdo con los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, e iguales términos y condiciones.





Asimismo, la sección 12.05 de la cláusula 12 de los contratos de concesión dispone que Osiptel cautelará que el mercado de servicios de telecomunicaciones no se vea afectado por prácticas que atenten contra la libre y leal competencia. Asimismo, cautelará que los prestadores de servicios de telecomunicaciones desarrollen sus actividades en concordancia con los principios de igualdad, no discriminación y equidad.

Telefónica señala que el sistema de interconexión que pretende establecer Osiptel para la terminación de llamadas es diferente del régimen de interconexión que aplicaría a las otras empresas operadoras a las cuales Telefónica paga cargos de interconexión por terminación de llamadas. Así, según Telefónica, se trata de un régimen de interconexión asimétrico que vulnera el principio de iguales términos y condiciones establecido en la cláusula 10 y los principios de igualdad, no discriminación y equidad previstos en la cláusula 12.05 de los Contratos de Concesión.

Telefónica indica que Osiptel pretende que la obligación de brindar un cargo por capacidad como modalidad de interconexión sea aplicable únicamente a Telefónica y no a los demás operadores de servicios públicos de telecomunicaciones. En segundo lugar, según Telefónica, Osiptel pretendería que sólo los operadores distintos de Telefónica puedan acceder a un esquema mixto de interconexión en el cual se les aplique cargos por capacidad y cargos por minuto. La Resolución 032-2009-CD/Osiptel<sup>16</sup> (la resolución de fijación de

<sup>16</sup> El extremo resolutivo de la Resolución N° 032-2009-CD/Osiptel, en las partes pertinentes, dispone lo siguiente:

“Artículo 1°.- Establecer el valor del cargo de interconexión tope promedio ponderado por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, en la modalidad de cargo por tiempo de ocupación (cargo por minuto), en US\$ 0.00824, por minuto tasado al segundo y por todo concepto. Dicho cargo de interconexión tope está expresado en dólares corrientes de los Estados Unidos de América y no incluye el Impuesto General a las Ventas.

Artículo 2°.- Establecer el valor del cargo de interconexión tope promedio ponderado por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, en la modalidad de cargo fijo periódico (cargo por capacidad), en US\$ 3 645.00, por la capacidad de un E1 (2048 kbps). Dicho cargo de interconexión tope representa un costo total mensual por todo concepto, está expresado en dólares corrientes de los Estados Unidos de América y no incluye el Impuesto General a las Ventas.

Artículo 3°.- El cargo de interconexión tope en la modalidad de cargo por minuto, establecido en el Artículo 1° de la presente resolución, es único a nivel nacional y es aplicable por la terminación de llamadas que provee toda empresa concesionaria del servicio de telefonía fija local.

Artículo 4°.- El cargo de interconexión tope en la modalidad de cargo por capacidad, establecido en el Artículo 2° de la presente resolución, es único a nivel nacional y es aplicable por la terminación de llamadas que provee Telefónica del Perú S.A.A. como concesionaria del servicio de telefonía fija local.

Artículo 5°.- La aplicación de la modalidad de cargo por capacidad es obligatoria para Telefónica del Perú S.A.A. y formará parte de la oferta de servicios de interconexión que esta empresa provea a todas aquellas empresas concesionarias que lo requieran.

El cargo de interconexión por terminación de llamadas, en la modalidad de cargo por capacidad, que Telefónica del Perú S.A.A. establezca en sus relaciones de interconexión no excederá el valor tope establecido en el Artículo 2° de la presente resolución.

No constituye requisito previo para la interconexión o para la provisión de esta modalidad de cargo, la reciprocidad en la modalidad de los cargos de interconexión.



cargos) que recoge y aprueba el proyecto normativo dispuesto mediante la Resolución 045-2008-CD/Osiptel establece, entre otros aspectos, la aplicación de dos modalidades de cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local. La primera de esas modalidades está constituida por un cargo por tiempo de ocupación (cargo por minuto); y, la segunda, por un cargo fijo periódico (cargo por capacidad).

Asimismo, la resolución de fijación de cargos establece que el cargo por minuto es aplicable por la terminación de llamadas que provee toda empresa concesionaria del servicio de telefonía fija local, mientras que el cargo por capacidad es aplicable únicamente por la terminación de llamadas que provee Telefónica del Perú S.A.A. Esta resolución dispone que las empresas que estén interconectadas o requieran interconectarse con Telefónica del Perú S.A.A. podrán optar por la aplicación de alguna o ambas modalidades de cargo, en cada uno de los puntos de interconexión.

Como se aprecia, la resolución de fijación de cargos establece claramente un sistema asimétrico de cargos de interconexión por terminación de llamadas en la red fija local, puesto que lo que se le permite a las demás empresas de telecomunicaciones —optar por una o ambas modalidades de cargo de interconexión— no se le permite a Telefónica.

A efectos de determinar si la Resolución 032-2009-CD/Osiptel, que recoge y aprueba el proyecto normativo establecido mediante la Resolución 045-2008-CD/Osiptel, vulnera los principios aludidos por Telefónica es necesario precisar los alcances de tales principios.

---

Las empresas concesionarias que ya cuenten con algún tipo de relación de interconexión con Telefónica del Perú S.A.A. podrán solicitar a dicha empresa, la modalidad del cargo por capacidad. [...]

Artículo 7°.- Telefónica del Perú S.A.A. deberá ofrecer la modalidad de cargo por capacidad y la modalidad de cargo por minuto en cada uno de los puntos de interconexión a nivel nacional, a fin de que puedan ser solicitados por las empresas concesionarias interesadas.

Las empresas que estén interconectadas o requieran interconectarse con Telefónica del Perú S.A.A., podrán optar por la aplicación de alguna o ambas modalidades de cargo, en cada uno de los puntos de interconexión. [...]

Artículo 10°.- La empresa que solicitó la modalidad de cargo por capacidad no tiene obligación de solicitar la ampliación de la capacidad para atender eventuales desbordes de tráfico, correspondiendo a esta empresa decidir la modalidad que se aplicará para el tráfico de desborde, bajo su responsabilidad. Cualquier modalidad que la empresa solicitante elija para el tráfico de desborde, incluyendo la ampliación de capacidad que requiera dicha empresa, deberá ser implementada por Telefónica del Perú S.A.A. sólo a solicitud de la primera.

El tráfico de desborde podrá ser cursado a través de enlaces de interconexión asociados a la modalidad de cargos por capacidad o a la modalidad de cargos por minuto, existentes o contratados para tal fin. En tales casos, no existirá ningún pago adicional al cargo por capacidad o por minuto que se aplique como modalidad para el tráfico de desborde. [...]

Artículo 14°.- El período mínimo de contratación de la modalidad de cargos por capacidad en cada punto de interconexión será de doce (12) meses. Concluido dicho período, las empresas concesionarias podrán resolver su contrato por capacidad o migrar a la modalidad de cargos por minuto, sin pago de penalidad alguna a favor de Telefónica del Perú S.A.A. [...].



Las cláusulas 10.01 y 12.05 de los Contratos de Concesión enuncian los principios aplicables a la interconexión, en particular, y a todos los servicios de telecomunicaciones, en general.

En este sentido, como se ha señalado líneas arriba, el contenido de tales principios, al estar recogidos como términos contractuales abiertos, pueden ser detallados por normativa posterior, sin que ésta contravenga lo establecido en los contratos. Al respecto, el artículo 7° del TUO de Interconexión señala que:

Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia. Su ejecución debe realizarse en los términos y condiciones negociados de buena fe entre las partes.

Cabe precisar que si bien estos principios se aplican a los acuerdos de interconexión que deben celebrar los operadores entre sí, ellos pueden extenderse a los pronunciamientos y mandatos que efectúe Osiptel. Al respecto, Diego Zegarra Valdivia indica que:

La interconexión está sujeta a los principios de igualdad de acceso, no discriminación, neutralidad, los mismos que informan sobre los lineamientos básicos a los que se sujetan los acuerdos que deben realizar los operadores y, aunque el TUO de Interconexión no lo precisa, también son extensibles a los pronunciamientos sobre interconexión que emita el Osiptel<sup>17</sup>.

En este sentido, el análisis que se haga de estos principios se realizará tomando en consideración su aplicación a los mandatos de interconexión que efectúa Osiptel, salvo en aquellos casos en que el principio tenga una aplicación general que se recoja en una normativa distinta al TUO de Interconexión.

Con relación al primer principio señalado en el literal b) de la cláusula 10.01 de los contratos de concesión —es decir, el principio de neutralidad— el TUO de Interconexión en su artículo 8° establece que:

“por la aplicación del principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia”.

El artículo 11° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones contiene un tenor similar al indicar que:

<sup>17</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. Servicio Público y Regulación. Marco Institucional de las Telecomunicaciones en el Perú. Lima: Palestra, 2005. Pag. 494.



por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

Como se aprecia el principio de neutralidad está vinculado a evitar el ejercicio abusivo de una posición de dominio en el mercado. Siendo Telefónica la empresa incumbente en la red fija local y, por tanto, aquella que detenta la posición de dominio de mercado, no es factible que Osiptel vulnere ese principio, en desmedro de dicha empresa, a través del establecimiento de cargos asimétricos.

Con relación al principio de no discriminación, el artículo 10° del TUO del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones establece que:

“el acceso a la utilización y prestación de los servicios de telecomunicaciones está sujeto al principio de no discriminación; por lo tanto, las empresas prestadoras de dichos servicios, de acuerdo a la oferta disponible, no pueden negar el servicio a ninguna persona natural o jurídica que cumpla con las condiciones establecidas para dicho servicio”.

Este es también el sentido general de éste principio recogido en la cláusula 12.05 de los contratos de concesión.

Como se aprecia, este principio protege a los usuarios así como a los usuarios potenciales del servicio que tienen derecho a recibirlo una vez que cumplan con las condiciones necesarias para ello. Sin embargo, existe una segunda aplicación general de este principio que está vinculado al derecho de los operadores a ser tratados de manera similar. Al respecto, Diego Zegarra señala que:

“Conforme ha sido definido por el legislador peruano el principio de no discriminación puede observarse desde dos vertientes: la primera, vinculada con la salvaguarda de la vigencia de un imperativo constitucional, ya que está asociada con el ámbito de la persona [...]; y la segunda desde una perspectiva vinculada con el derecho de cualquier operador a poder ser tratado en condiciones similares que otro cuando quiera prestar servicios de telecomunicaciones contando con redes u otros dispositivos tecnológicos (bucle local) que sean indispensables para la realización de la actividad (prestación)”<sup>18</sup>.

<sup>18</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Diego. 2005. Servicio público y regulación: marco institucional de las telecomunicaciones en el Perú. Lima: Palestra, p. 333.



Osiptel, a través de la resolución de fijación de cargos, establece una obligación exigible únicamente a Telefónica: cobrar cargos por capacidad y cargos por minuto; mientras que el resto de operadoras estarían obligados a cobrar solo cargos por minuto. Es más, la resolución de fijación de cargos señala que no constituye requisito previo para la interconexión o para la provisión de la modalidad de cargo por capacidad, la reciprocidad en la modalidad de los cargos de interconexión. Por tanto, al no establecer condiciones similares entre los operadores, vulnera el principio de no discriminación recogido en la cláusula 12.05 de los contratos de concesión.

Por su parte el artículo 9° del TUO de Interconexión señala que:

En aplicación del principio de no discriminación, los operadores están prohibidos de llevar a cabo prácticas discriminatorias u otorgar tratos diferenciados a otros operadores vinculados directa o indirectamente, que busquen o pretendan favorecer a ellos o a sí mismos, en detrimento de cualesquiera de los otros agentes que operan en el mercado de telecomunicaciones.

Se considera, para efectos de esta disposición, que existe vinculación directa o indirecta, cuando mediante participación en el capital societario o mediante relación contractual o asociativa o por cualquier otro medio, se ejerce capacidad determinante sobre las decisiones del Directorio, la Gerencia General u otros órganos de dirección de los operadores involucrados”.

Este es el sentido del principio recogido en la cláusula 10.01. referida exclusivamente a materia de interconexión.

Esta aplicación especial de este principio está destinada a evitar un trato diferenciado entre operadores vinculados con la finalidad de favorecer a uno de ellos en perjuicio de otro participante del mercado. A efectos que se pueda afirmar que Osiptel ha vulnerado este principio tendría que establecerse que ha fijado cargos en razón de la vinculación comercial de las empresas operantes, a efecto de favorecer a una de ellas o ambas, situación que no ha ocurrido.

Sobre el principio de igualdad de acceso, el artículo 105° del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones señala que

“la interconexión de las redes de los servicios públicos de telecomunicaciones debe realizarse de acuerdo con el principio de igualdad de acceso, en virtud del cual los operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectarse, acordando aspectos técnicos, económicos, tarifarios, de mercado de servicios y otros, en condiciones de igualdad para todo operador de servicios de la misma naturaleza que lo solicite”.

Asimismo, el artículo 10° del TUO de Interconexión establece que:



En virtud del principio de igualdad de acceso, los concesionarios u operadores de servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a interconectar sus redes o servicios en condiciones equivalentes para todos los operadores de otros servicios que lo soliciten”.

En este sentido, una interpretación de este principio consistiría en que no puede efectuarse discriminación alguna respecto a las condiciones en que se establezca la interconexión entre los operadores del sistema. En virtud de esta interpretación, el establecimiento de un cargo asimétrico vulneraría este principio al establecer condiciones desiguales entre los operadores del sistema.

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

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

Finalmente, la cláusula 10.01 establece la obligación de que los contratos de interconexión deben celebrarse respetando el principio de iguales términos y condiciones.

Este principio tiene dos aspectos. El primero consiste en que los contratos de interconexión no sean dispares entre los operadores del sistema cuando se está frente a situaciones similares; el segundo establece que, para prestaciones contractuales iguales, deben también establecerse contraprestaciones equivalentes.

Sí, al establecer Osiptel un trato diferenciado entre los operadores, fijando cargos asimétricos, en los cuales solamente Telefónica está obligada a establecer cobros por capacidad, vulnera clara y flagrantemente este principio, toda vez que frente a una misma prestación (servicio de interconexión) establece dos contraprestaciones completamente diferentes (cobro de un cargo por minuto exigible a una parte; y, cobro eventual de un cargo por capacidad exigible a otra parte, si ella así lo desea, frente a una prestación idéntica).

Por tanto, este Tribunal Arbitral considera que Osiptel, a través de la resolución de fijación de cargos de interconexión de terminación de llamadas en la red fija



local, vulnera los principios de no discriminación, igualdad de acceso e iguales términos y condiciones recogidos en las cláusulas 12.05 y 10.01 de los Contratos de Concesión; en consecuencia, los cargos asimétricos, establecidos en el proyecto normativo recogido en la Resolución 045-2008-CD/Osiptel y en la resolución 032-2009-CD/Osiptel, no le son aplicables a Telefónica, por violar las garantías establecidas en los contratos de concesión, los cuales están debidamente respaldados por el marco legal y constitucional del Perú.

### XIII. PAGO DE COSTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE

Conforme a lo establecido en la Resolución 19 se debe determinar si corresponde que se condene al pago de costos a alguna de las partes.

El convenio arbitral no establece regla alguna con relación al establecimiento de las costas y costos del arbitraje.

Al respecto, el reglamento CNUDMI dispone que el Tribunal Arbitral determinará las costas del arbitraje al momento de emitir el laudo.

Luego de haber analizado cada una de las pretensiones demandadas, el Tribunal Arbitral llega a la conclusión que ambas partes han tenido motivos suficientes para litigar, por lo que no corresponde condenar a ninguna de ellas al pago de costas y costos.

### RESUELVE:

Por las consideraciones antes expuestas el Tribunal Arbitral falla en el siguiente sentido:

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADAS** las cuatro excepciones —de Oscuridad y Ambigüedad en el Modo de Proponer la Demanda, de Incompetencia del Tribunal Arbitral, de Falta de Legitimidad para Obrar del Demandado y de Falta de Agotamiento de la Vía Administrativa— planteadas por Osiptel.

**SEGUNDO: DECLARAR** que el procedimiento iniciado mediante la Resolución 045-2006-CD/Osiptel no vulnera el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los contratos de concesión y en consecuencia, **INFUNDADAS** la Pretensión Principal 1 y su respectiva Pretensión Accesorias de Telefónica del Perú S.A.A.

**TERCERO: DECLARAR INFUNDADAS** la Pretensión Principal 2 y su respectiva pretensión accesoria de Telefónica del Perú S.A.A.

**CUARTO: DECLARAR** que Osiptel se encuentra impedido de imponer a Telefónica la aplicación de un régimen de interconexión asimétrico en el cual (i) sólo Telefónica se encuentre obligada a brindar un servicio de interconexión de terminación de llamadas en la red de telefonía fija local a través de cargos por

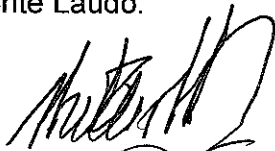


capacidad y/o (ii) sólo Telefónica se encuentre obligada a brindar el servicio de interconexión a través de un sistema mixto de cargos por capacidad y cargos por minuto, por cuanto dichos regímenes de interconexión violan el literal b) de la sección 10.01 de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión, que consagra el principio de iguales términos y condiciones, y la cláusula 12.05 de los Contratos de Concesión, que prevé los principios de igualdad, no discriminación y equidad; y en consecuencia, FUNDADA la Pretensión Principal N° 3 de Telefónica del Perú S.A.A.

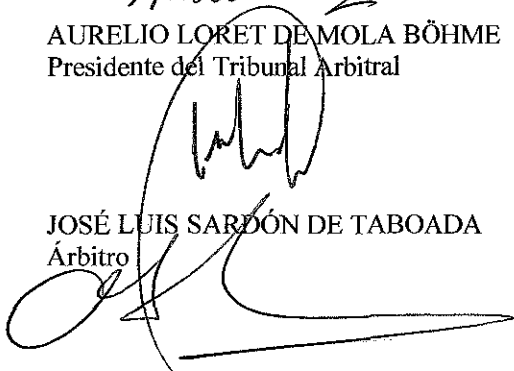
QUINTO: DISPONER que las partes asuman los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro en proporciones iguales, debiendo asumir cada una los gastos de defensa en que ha incurrido.

SEXTO: PÓNGASE EN CONOCIMIENTO el presente laudo del Ministerio de Transportes y Comunicaciones conforme a lo establecido en la resolución N°04.

SÉPTIMO: REVÓCASE y en consecuencia, déjase sin efecto legal alguno, la medida cautelar dictada mediante la Resolución N° 01 del Cuaderno Cautelar, emitida el 10 de marzo de 2010, consistente en una medida cautelar de no innovar disponiendo que se mantenga la situación de hecho entre las partes y en consecuencia, Osiptel se abstenga de exigir a Telefónica que aplique el cargo de interconexión mixto que entraba en vigencia a partir del 1 de abril de 2010, en vista de que la materia sobre la que se concedió ha quedado resuelta en el presente Laudo.

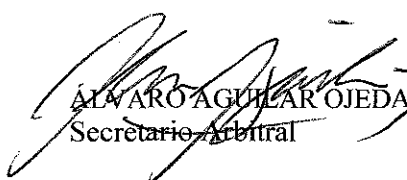


AURELIO LORET DE MOLA BÖHME  
Presidente del Tribunal Arbitral



JOSÉ LUIS SARDÓN DE TABOADA  
Árbitro

OSWALDO HUNDSKOPF EXEBIO  
Árbitro



ALVARO AGUILAR OJEDA  
Secretario Arbitral

