

INFORME N° 167-GL/2009

A : ALEJANDRO JIMÉNEZ MORALES
Gerente General

DE : ALBERTO AREQUIPEÑO TÁMARA
Gerente Legal

ASUNTO : Pronunciamiento sobre solicitud de suspensión del
procedimiento de revisión de cargos de
interconexión tope por terminación de llamadas en la
red del servicio de telefonía fija local

REF. : Escrito N° 3 de 13 de agosto de 2009

FECHA : 20 de agosto de 2009

I. OBJETO

Emitir pronunciamiento sobre el escrito por el cual la empresa Telefónica del Perú S.A.A., en lo sucesivo “Telefónica”, hace presente al OSIPTEL la presunta obligación de suspender el procedimiento de revisión de cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local y recomendar el curso de acción a seguir.

II. ANTECEDENTES

	PROCESO ARBITRAL	PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO
1	El 22 de junio de 2009, se notificó al OSIPTEL la resolución N° 2 del Tribunal Arbitral que corrió traslado de la demanda arbitral interpuesta por Telefónica, por la que, entre otras pretensiones, solicitó que se declare que durante el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red de telefonía fija local iniciado mediante Resolución N° 045-2006-CD/OSIPTEL, al - supuestamente- infringirse las reglas y garantías del debido procedimiento para la fijación o revisión de cargos de interconexión tope previstas en la Resolución N° 123-2003-CD/OSIPTEL, se habrían afectado las garantías previstas en el literal b) de la Sección 10.01 de la Cláusula 10 de los Contratos de Concesión.	

2		El 26 de junio de 2009 se expidió la Resolución de Consejo Directivo N° 032-2009-CD/OSIPTEL por la que se emitió la resolución final en el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local.
3	El 30 de junio de 2009 OSIPTEL solicitó al Tribunal Arbitral que se prorrogue el plazo de contestación de la demanda.	
4		El 7 de julio de 2009 se notificó a Telefónica la Resolución N° 032-2009-CD/OSIPTEL con Carta C. 307-CC/2009 de 6 de julio de 2009.
5	El 9 de julio de 2009 se notificó al OSIPTEL la Resolución N° 3 del Tribunal Arbitral por la que se otorgó la prórroga solicitada.	
6		El 24 de julio de 2009 Telefónica presentó recurso especial contra la Resolución N° 032-2009-CD/OSIPTEL.
7	El 3 de agosto de 2009 OSIPTEL presentó su escrito de excepciones y de contestación de la demanda.	
8		El 14 de agosto de 2009 Telefónica presentó el escrito ampliatorio del escrito de recurso especial.
9		El 14 de agosto de 2009 Telefónica presentó el escrito de la referencia por el que hizo presente al Consejo Directivo del OSIPTEL su pretendida obligación de suspender el procedimiento de revisión de cargos de interconexión.

III. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

De la revisión de los antecedentes y la carta de la referencia, consideramos que las cuestiones en discusión son las siguientes:

1. La oportunidad del pedido de suspensión;
2. La aplicación del artículo 108° del Reglamento General del OSIPTEL, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, en lo sucesivo “el Reglamento”, al presente caso; y,
3. En el supuesto que se optara por la suspensión solicitada, cuáles serían los efectos de la misma

IV. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Es importante señalar que, antes de pasar al análisis de las cuestiones en discusión, consideramos que se debe rechazar enfáticamente los calificativos

imputados por Telefónica tanto a las acciones, personal y órganos del OSIPTEL por ser absolutamente injustificados.

Por otro lado, en cuanto al análisis de los aspectos de fondo como por ejemplo, el relativo a la presunta violación de los contratos de concesión, consideramos que no corresponde a este estadio del procedimiento, el pronunciarse sobre los mismos, reservándose dicha acción para la resolución final.

Procedemos entonces a continuación, al análisis de las cuestiones en discusión.

IV.1. Oportunidad del pedido de suspensión:

Conforme lo señalado por Telefónica, *“el procedimiento actual no ha concluido y que el OSIPTEL no puede únicamente suspender su decisión sobre el Recurso Especial sino que debe suspender el procedimiento en su integridad, incluido todo efecto que de otro modo se hubiera podido derivar de la Resolución”*.

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

1. Conforme lo advierte Telefónica, el procedimiento recursivo es un procedimiento distinto al procedimiento iniciado de oficio para la fijación del cargo de interconexión tope, por lo que la referida empresa, pretende sustentar que no sólo debe suspenderse el procedimiento recursivo sino todos los efectos que se derivan de la resolución, petitorio que resulta incorrecto.

En efecto, lo que correspondería –en caso resultase procedente la suspensión– es que se difiera la resolución del recurso especial, más no la vigencia de la resolución impugnada, pues conforme lo reconoce Telefónica, el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, es un procedimiento que culminó con la emisión de la resolución final, en tanto que el procedimiento impugnatorio (generado por la interposición del recurso especial) es otro.

2. En este mismo orden de ideas, es oportuno dejar sentado que conforme lo realizado y señalado luego por Telefónica, ésta ha optado por interponer el recurso especial contra la Resolución N° 032-2009-CD/OSIPTEL, con lo que queda claro que la misma cuestiona la referida resolución conforme a los procedimientos normativos vigentes.

IV.2. Aplicabilidad el artículo 108° del Reglamento

Telefónica señala que:

1. El procedimiento debe suspenderse conforme a lo dispuesto por el artículo 108° del Reglamento, puesto que lo en el referido artículo se señala sobre el poder judicial, es asimilable a la jurisdicción arbitral;
2. Esta norma ha sido aplicada anteriormente por el OSIPTEL, disponiéndose la suspensión de un procedimiento administrativo.

Al respecto, cabe señalar lo siguiente:

3. El artículo 108° del Reglamento establece lo siguiente:

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

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

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

4. Existe una norma básica en derecho que está recogida en el Título Preliminar del Código Civil que es la siguiente:

Artículo IV.- Aplicación analógica de la ley

La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.

5. Esta norma es de aplicación general, tanto en el ámbito privado como en el público, pues el propio Título Preliminar del referido cuerpo legal establece lo siguiente:

Artículo IX.- Aplicación supletoria del Código Civil

Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza.

6. Bastaría sólo entonces, verificar si el artículo 108° permite al OSIPTEL suspender un procedimiento administrativo si existe un proceso arbitral en trámite que verse – no decimos que en el caso sub litis esto ocurra – sobre la misma materia. Evidentemente que no, pues sólo se refiere a los procesos judiciales y no a los arbitrales.
7. En todo caso, en el supuesto negado que fuese aplicable la citada norma, es importante igualmente señalar que en el proceso arbitral aún no se ha llegado a la estación de fijación de puntos controvertidos, por lo que no es viable realizar una contrastación.
8. Es igualmente importante reproducir parte del texto de la Resolución del Cuerpo Colegiado N° 007-2003-CCO/OSIPTEL de 21 de julio de 2003, recaída en el Expediente N° 006-2003-CCO-ST/IX que al parecer no habría sido tenido en consideración por Telefónica al formular su solicitud de suspensión y que a la letra dice:

“Que, respecto del pedido de suspensión, debe recalcarse que la suspensión del trámite de un procedimiento administrativo debe ordenarse sólo en supuestos excepcionales, y una vez que se ha verificado el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas, en tanto constituye obligación de la autoridad administrativa impulsar la tramitación y garantizar la continuidad de los procedimientos administrativos, así como resolver todas las causas sometidas a su conocimiento. Dicha obligación se fundamenta en la necesidad de satisfacer el interés público inherente en todo procedimiento administrativo.”

9. Es así que, el análisis anteriormente formulado habilita al OSIPTEL a desestimar de plano la solicitud de Telefónica por no encontrarse ajustada a los supuestos establecidos en la norma.
10. Es importante dejar claramente establecido que OSIPTEL en ningún momento cuestiona que exista jurisdicción arbitral, lo que señala es que

la norma citada por el Telefónica no lo autoriza expresamente (sólo se refiere al Poder Judicial) ni tácitamente (más allá de la discusión sobre la existencia de tales potestades) a suspender un procedimiento administrativo en caso de la existencia de un proceso arbitral.

IV.3. Consecuencias de la suspensión

Conforme lo señalado, al no proceder la suspensión del procedimiento por no encontrarse habilitado el OSIPTEL para disponerla, no corresponde analizar sus efectos.

IV.4. Consideraciones finales

11. Sin perjuicio de la falta de habilitación para que el OSIPTEL disponga la suspensión del procedimiento administrativo, cabe recordar que conforme a lo señalado en el acápite "II. ANTECEDENTES" del presente escrito, el OSIPTEL ha deducido excepciones en el proceso arbitral iniciado por Telefónica, siendo las más importantes para efectos del presente caso, la de incompetencia del Tribunal Arbitral y la de falta de agotamiento de la vía administrativa.
12. El fundamento de la excepción de incompetencia es que el Tribunal Arbitral no puede ser competente para cuestionar el ejercicio de atribuciones de *ius Imperium* por parte del OSIPTEL (ejercicio de una facultad normativa), tal y como es la emisión de una resolución que fija un cargo de interconexión tope.
13. El fundamento de la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa es que Telefónica no habría agotado los mecanismos de solución de controversias establecidos en los Contratos de Concesión, puesto que:

- a) Los Contratos de Concesión establecen lo siguiente:

"SECCIÓN 3.01: SOMETIMIENTO

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 está pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo contrato establece. (Resaltado y Subrayado Agregado)

- b) Es así que antes de que Telefónica acuda al arbitraje, debió seguir los mecanismos procedimentales previstos en las normas aplicables y en los propios contratos de concesión. Esta regulación busca que se acuda al mecanismo del arbitraje sólo cuando a través de los mecanismos de trato directo y conciliación, no se haya arribado a ninguna solución, lo que resulta lógico, puesto que siempre deben privilegiarse los medios autocompositivos.
- c) Conforme a lo señalado por Telefónica en su demanda arbitral, los Contratos de Concesión no sólo están integrados por sus cláusulas sino también por las normas que expida el OSIPTEL, y dentro de ellas está la Resolución 123-2003-CD/OSIPTEL que estableció el

Procedimiento para la Fijación o Revisión de Cargos de Interconexión Tope.

- d) Si conforme a lo señalado por Telefónica, ésta ha interpuesto el recurso especial establecido en la citada resolución, es claro que Telefónica se está poniendo a derecho y está optando por agotar los mecanismos administrativos que los propios contratos de concesión y las normas aplicables establecen.
- e) Por otro lado, Telefónica no ha iniciado un proceso conciliatorio válido puesto que al momento de intentarlo aún no se había expedido el último Proyecto de Resolución en el procedimiento de revisión del cargo de interconexión tope por terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local.
- f) De este modo, sólo cuando OSIPTEL resuelva el recurso especial, y luego de que Telefónica haya agotado, de ser el caso, el proceso de conciliación a que se refiere los contratos de concesión, esta vez sí, sobre la base de normas definitivas (y no sobre proyectos), podrá intentar válidamente demandar al OSIPTEL en la vía arbitral.
- g) Es así que, incluso en el supuesto negado que resultase aplicable el artículo 108° del Reglamento, una solicitud de suspensión del procedimiento recursivo no sería viable, en la medida en que por el contrario, será el proceso arbitral el que deberá declararse concluido conforme a lo solicitado por el OSIPTEL en su escrito de excepciones.

V. CONCLUSIÓN Y RECOMENDACIÓN

1. Conforme al anterior desarrollo no procede la solicitud de suspensión del procedimiento, presentada por Telefónica.
2. Recomendamos elevar el presente Informe al Consejo Directivo con el proyecto de resolución correspondiente, para su respectiva consideración.

Atentamente,

Alberto Arequipaño Támara
Gerente Legal