



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

TRIBUNAL DE SOLUCION DE CONTROVERSIAS

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

EXPEDIENTE : 002-2011-CCO-ST/IX-O - Cuaderno Cautelar

PARTES : Convergía Perú S.A. (**Convergía**) contra Telefónica del Perú S.A.A. (**Telefónica**).

MATERIA : Interconexión y otros.

APELACIÓN : Resolución N°001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, que concedió la medida cautelar solicitada por Convergía.

SUMILLA: Se confirma la Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL que otorgó la medida cautelar solicitada por Convergía y, en consecuencia, se declara infundada la apelación presentada por Telefónica.

Lima, 14 de marzo de 2011

VISTO:

El cuaderno cautelar del Expediente N° 002-2011-CCO-ST/IX-O.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 24 de agosto de 2000, Telefónica y Convergía (antes Telsouth S.A.) suscribieron un Contrato de Interconexión para interconectar la red de servicio portador de larga distancia nacional e internacional de Convergía con la red de telefonía fija local de Telefónica. Posteriormente, se suscribieron tres (3) addendas a dicho contrato con fechas 22 de mayo de 2003, 5 de marzo de 2004 y 30 de abril de 2004, respectivamente, en las cuales se incorporaron otros puntos de interconexión.
2. El 1 de enero de 2005, Convergía y Telefónica suscribieron un Contrato de Arrendamiento de Circuitos, por el que Telefónica cedió a Convergía diversos circuitos para la transmisión de voz y datos en los departamentos de **Ancash, Cajamarca, Cuzco, Ica, Junín, Loreto, Puno, San Martín, Tacna, Ucayali, Arequipa, La Libertad, Lambayeque, Piura y Moquegua.**
3. El 16 de diciembre de 2006 Convergía y Telefónica suscribieron una Addenda al Contrato de Arrendamiento de Circuitos, mediante la cual se amplió el plazo forzoso de dicho contrato de cinco (5) a diez (10) años y se incorporaron los departamentos de Amazonas, Ayacucho, Huánuco y Tumbes.
4. El 30 de abril de 2009 Convergía y Telefónica firmaron el Acuerdo sobre reconocimiento de Obligaciones y Transacción Extrajudicial respecto a diversos aspectos relacionados a los servicios prestados por Telefónica a Convergía.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

5. Mediante carta de fecha 15 de diciembre de 2010, Convergía comunicó a Telefónica su decisión de resolver de pleno derecho el Contrato de Arrendamiento de Circuitos debido a las constantes interrupciones de los servicios. No obstante, señaló que Telefónica debería mantener activo el servicio de transporte conmutado en Cerro de Pasco, Arequipa, La Libertad, Lambayeque y Piura, dado que dicho servicio se venía prestando desde setiembre del 2009.
6. Con fecha 17 de diciembre de 2010, Telefónica remitió una comunicación a Convergía, mediante la cual rechazó la imputación de incumplimiento contractual que le fue atribuida y señaló que en el supuesto que se proceda a la desactivación de los enlaces contratados, no sería posible habilitar los servicios requeridos para los departamentos de Cerro de Pasco, Arequipa, La Libertad, Lambayeque y Piura. Asimismo, mediante comunicación de 10 de enero de 2011, Telefónica informó a Convergía que, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido y dado que se había convenido temporal y excepcionalmente la originación y terminación de tráfico en las localidades de **Ancash, Cajamarca, Cuzco, Ica, Junín, Loreto, Puno, San Martín, Tacna y Ucayali**, procedería a suspender dicho servicio.
7. El 24 de enero de 2011 Convergía formuló una demanda contra Telefónica, a fin de que se declare válida la relación de interconexión entre ambos operadores, conforme a las siguientes pretensiones:
 - **Primera pretensión principal:** Se declare válida la relación de interconexión entre Convergía y Telefónica para la originación/terminación de llamadas y utilización del servicio de transporte conmutado de larga distancia nacional de Telefónica desde y hacia las ciudades de **Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno**; el cual se viene prestando en forma ininterrumpida y continuada desde el año 2005, de acuerdo a las normas de interconexión.
 - **Pretensión accesoria a la primera pretensión principal:** Se declare que no procede el corte de la interconexión local y del servicio de originación/terminación de tráfico prestado por Telefónica a Convergía en las ciudades mencionadas en el punto precedente. Ello, considerando, adicionalmente, que Convergía no mantiene deudas que sustenten el corte.
 - **Segunda pretensión principal:** Se declare válida la relación de interconexión entre Convergía y Telefónica para la originación/terminación de llamadas y utilización del servicio de transporte conmutado de larga distancia de Telefónica desde y hacia las ciudades de Cerro de Pasco, Arequipa, La Libertad, Lambayeque y Piura conforme a las normas de interconexión; y como tal, que dicho servicio es independiente del Contrato de Arrendamiento de Circuitos celebrado entre ambas partes en el 2005.
 - **Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:** Se declare que no procede el corte de la interconexión local y del servicio de originación/terminación de tráfico prestado por Telefónica a Convergía en las ciudades mencionadas en el punto precedente. Ello, considerando adicionalmente que Convergía no mantiene deudas pendientes de cancelación y que dichas ciudades se encuentran enmarcadas en el proyecto técnico inicial del Contrato de Interconexión firmado entre Convergía y Telefónica en el 2000.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

Como sustento de su demanda, Convergía señaló que a partir de la Transacción Extrajudicial celebrada entre Convergía y Telefónica en abril de 2009, el servicio de interconexión en las ciudades de **Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno**, era continuo e independiente del servicio de arrendamiento de circuitos. Asimismo, indicó que no existe ninguna disposición contractual que sugiera que la interconexión constituye un servicio dependiente o vinculado al de arrendamiento de circuitos, por lo cual Telefónica se encuentra obligada a prestar el servicio de interconexión.

8. El 31 de enero de 2011, Convergía solicitó el otorgamiento de una medida cautelar de suspensión de la medida de corte del servicio de interconexión que Telefónica habría estado prestándole, respecto a la interconexión local y los servicios de originación/terminación de tráfico y utilización del servicio de transporte conmutado de larga distancia nacional desde y hacia las ciudades de **Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno**, el mismo que fue interrumpido desde el 27 de enero de 2011. Como sustento de su medida cautelar, señaló lo siguiente:
 - Dado que Convergía cumplía con el pago del servicio de interconexión, no existe fundamento alguno para proceder al corte del mismo.
 - El servicio de interconexión es independiente al servicio de arrendamiento de circuitos, lo cual quedó acreditado en el hecho que desde la baja de los once (11) circuitos en abril de 2009, el servicio de interconexión continuó intacto en las ciudades de **Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno**, sin que para dicho efecto haya sido necesario el establecimiento de cláusulas específicas.
 - A la fecha, Telefónica y Convergía mantienen puntos de interconexión en las quince (15) ciudades objeto de la demanda, para cuyo efecto Convergía cumplió con cancelar las respectivas adecuaciones de red.
 - El peligro de la demora está sustentado en que en el supuesto que no se otorgue la medida cautelar solicitada, se afectaría a los usuarios y a Convergía, lo cual generaría daño a la libre y leal competencia.
9. Mediante Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL del 1 de febrero de 2011 el Cuerpo Colegiado otorgó la medida cautelar solicitada por Convergía y, en consecuencia, ordenó a Telefónica suspender la medida de corte de los servicios que habría venido prestando a Convergía, ya sean de interconexión local y/o de originación/terminación de tráfico y utilización del servicio de transporte conmutado de larga distancia nacional de Telefónica desde y hacia las ciudades de **Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno**. Dicha decisión se basó en los siguientes argumentos:
 - El derecho invocado sobre Convergía resulta verosímil debido a la efectiva prestación de servicios por parte de Telefónica a Convergía que sostienen el transporte de larga distancia de esta última y la inminencia del corte de tales servicios para las ciudades de **Ancash, Cajamarca, Cuzco, Ica, Junín, Loreto, Puno, San Martín, Tacna y Ucayali**.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

- Existe peligro en la demora, puesto que el corte de los servicios prestados a Convergía podría acarrear afectación a los usuarios y a dicha empresa de forma potencialmente irreparable.
 - Convergía cumplió con ofrecer contracautela en la forma de caución juratoria.
10. El 9 de febrero de 2011 Telefónica informó que, en cumplimiento de la medida cautelar otorgada, había procedido a reconectar los servicios que venía prestando a Convergía desde y hacia diferentes ciudades del interior del país.
11. Ese mismo día, Telefónica presentó un recurso de apelación solicitando que se revoque la Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL en todos sus extremos. Adicionalmente, en dicho escrito de apelación, Telefónica señaló que no se le había notificado debidamente la resolución apelada, pues se había omitido acompañar el escrito mediante el cual Convergía había solicitado la medida cautelar.
12. El 11 de febrero de 2011, Convergía presentó un escrito mediante el cual señalaba ampliar su demanda, incorporando dos (2) pretensiones adicionales:
- **Tercera pretensión principal:** Se sancione a Telefónica por infracción grave contenida en el artículo 23° del Reglamento de Controversias por haber procedido al corte del servicio de interconexión en las ciudades de Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno, aún cuando existía una controversia iniciada por Convergía, así como por infracción grave contenida en los numerales 30 y 33 del Anexo 5° del TUO de las Normas de Interconexión por proceder al corte del mencionado servicio de interconexión sin cumplir con su comunicación al OSIPTEL y sin cumplir con las exigencias establecidas en la norma.
 - **Cuarta pretensión principal:** Que Telefónica cumpla con el pago a favor de Convergía de una penalidad ascendente a S/. 6,367.11 + IGV de acuerdo a las condiciones y términos establecidos en el numeral 7.8 del Contrato de Interconexión, debido a que procedió indebidamente al corte del servicio de interconexión en las ciudades de Junín, Cajamarca, Ica, Ancash, Cuzco, San Martín, Loreto, Tacna, Ucayali y Puno.
13. Mediante Oficio N° 011-ST/2011, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados notificó a Telefónica la Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL, adjuntando la solicitud cautelar presentada por CONVERGIA. Adicionalmente, en dicho oficio se señaló que el plazo para apelar dicha resolución vencía el 16 de febrero de 2011.
14. Dentro del plazo concedido, Telefónica ratificó y complementó su apelación mediante escritos presentados el 15 de febrero de 2011. De acuerdo a lo señalado en éstos y en el de fecha 9 de febrero de 2011, sus argumentos fueron los siguientes:



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

- El Cuerpo Colegiado no ha motivado debidamente la resolución porque no ha definido si en las ciudades incluidas en la solicitud cautelar de Convergía, existe interconexión o arrendamiento de circuitos.
 - No existe un supuesto servicio de originación/terminación de llamadas y utilización del servicio de transporte conmutado de larga distancia nacional, sino un servicio de transporte conmutado de larga distancia nacional para cursar el tráfico de desborde respecto de la capacidad de circuitos contratados (overflow), el cual es accesorio al contrato principal de arrendamiento de circuitos y que se brindó de forma temporal desde el 30 de abril de 2009.
 - Telefónica aceptó, a solicitud de Convergía, mantener activo el servicio de forma temporal hasta que ésta pudiera conseguir una ruta alternativa que pudiera reemplazar a los circuitos contratados inicialmente a Telefónica.
 - Dado que Telefónica no es la única empresa que brinda servicios de arrendamiento de circuitos o que tiene presencia en las localidades en las que operaba Convergía, dicha empresa tiene posibilidades de acudir a otro operador para atender a tales localidades por el tiempo que dure la presente controversia.
 - Convergía jamás solicitó a Telefónica formalizar la supuesta relación de interconexión, pese a que pudo acudir a la vía del mandato de interconexión.
 - El Cuerpo Colegiado no es competente para determinar la validez de los contratos de interconexión.
 - Telefónica no ha infringido el artículo 23° del Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado por Resolución N° 010-2002-CD-OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Solución de Controversias) porque tuvo conocimiento de la demanda presentada por Convergía con posterioridad al corte. Luego de tomar conocimiento de dicha medida, procedió a la reconexión de las facilidades técnicas.
15. El 16 de febrero de 2011, el Cuerpo Colegiado emitió la Resolución N° 002-2011-CCO/OSIPTEL, mediante la cual admitió todas las pretensiones formuladas por Convergía en su escrito de demanda y de ampliación de demanda.
16. El 28 de febrero de 2011, Convergía presentó el escrito de absolución de la apelación, señalando entre otros argumentos, lo siguiente:
- Si bien existió una omisión por ambas partes al no formalizar la adenda técnica por escrito y someterla a la aprobación del regulador, tal omisión no determina la inexistencia o la invalidez de una relación de interconexión de más de seis (6) años, la cual ha sido reconocida por Telefónica en su carta de fecha 10 de enero de 2011.
 - Telefónica pretende atar el servicio de interconexión al arrendamiento de circuitos, cuando en realidad se trata de dos realidades distintas, que suponen prestaciones diferentes y que cuentan con un marco regulatorio singular en cada caso.
17. En atención al pedido formulado por Telefónica, mediante Resolución N° 001-2011-TSC/OSIPTEL de fecha 4 de marzo de 2011, el Tribunal de Solución de

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de MinistrosOrganismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL**Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL**

Controversias otorgó el uso de la palabra a las partes. Con fecha 10 de marzo de 2011, se llevó a cabo el informe oral solicitado, habiendo participado ambas empresas exponiendo sus posiciones sobre la materia controvertida en el presente procedimiento cautelar.

18. A fin de mejor resolver, el 11 de marzo de 2011, el Tribunal de Solución de Controversias emitió la Resolución N° 002-2011-TSC/OSIPTEL, mediante la cual solicitó a la Gerencia General del OSIPTEL copias de las cartas cursadas entre Convergía y Telefónica. Posteriormente, la Gerencia General remitió la información solicitada la cual fue puesta en conocimiento de las partes e incorporada al expediente.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

19. La cuestión en discusión en la presente controversia consiste en determinar si corresponde declarar fundado el recuso de apelación interpuesto por Telefónica contra la Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL y, en consecuencia, revocar dicha resolución, denegando la medida cautelar solicitada.

III. ANÁLISIS**3.1 CUESTIONES PROCESALES**

20. En su escrito de apelación de fecha 9 de febrero de 2011, Telefónica ha señalado que la medida cautelar ordenada por el Cuerpo Colegiado no cumple con lo dispuesto en el Artículo IV y 3° de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante, Ley de Procedimiento Administrativo General), al (i) haberse notificado defectuosamente la medida cautelar otorgada; y, (ii) haberse omitido motivar la resolución cautelar en lo referido a la apariencia de derecho y al peligro en la demora.

Seguidamente, se procede a analizar los argumentos formulados por Telefónica.

3.1.1 La notificación de la resolución cautelar

21. El artículo 26° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, establece que en caso que la notificación se realice sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará que se rehaga, subsanando las omisiones en las que se haya incurrido, sin perjuicio al administrado¹.
22. En el presente caso, mediante el Oficio N° 011-ST/2011 de fecha 9 de febrero de 2011, la Secretaría Técnica Adjunta de los Cuerpos Colegiados cumplió con notificar nuevamente la resolución cautelar, esta vez adjuntando la solicitud de

¹ "Artículo 26°.-

26.1 En caso que se demuestre que la notificación se ha realizado sin las formalidades y requisitos legales, la autoridad ordenará que se rehaga, subsanando las omisiones en que se hubiesen incurrido, sin perjuicio para el administrado.

26.2 La desestimación del cuestionamiento a la validez de una notificación, causa que dicha notificación opere desde la fecha en que fue realizada."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

medida cautelar presentada por Convergía y, adicionalmente, otorgando a Telefónica un nuevo plazo de tres (3) días hábiles para la interposición del recurso de apelación. Cabe señalar que mediante escrito de fecha 16 de febrero de 2011, Telefónica amplió los argumentos de su recurso de apelación presentado el 9 de febrero de 2011.

23. En ese sentido, este Tribunal considera que se subsanó oportunamente la notificación defectuosa de la resolución apelada, conforme a lo establecido en el artículo 26° de la Ley de Procedimiento Administrativo General, por lo cual no se afectó el derecho de defensa de Telefónica.

3.1.2 La falta de motivación de la resolución cautelar

24. Para la emisión de un acto administrativo, el artículo 6° de la Ley de Procedimiento Administrativo General establece que la motivación debe concretarse en hechos probados relevantes al caso y en las razones jurídicas que sustentan el mismo².
25. En consecuencia, para determinar si un acto administrativo se encuentra motivado, debe establecerse si se ha cumplido con fundamentar los aspectos jurídicos del acto y con detallar la fundamentación de los hechos, entendiéndose por ello, la relación de los supuestos reales apreciados y verificados.
26. En el presente caso, de la revisión de la resolución apelada, se aprecia que el Cuerpo Colegiado otorgó la medida cautelar solicitada por Convergía conforme a los siguiente argumentos:
- Evaluó el pedido cautelar de Convergía consistente en la suspensión del corte de servicios de interconexión, teniendo en cuenta que la pretensión principal de dicha empresa es la declaración de validez de una relación de interconexión existente entre Convergía y Telefónica.
 - Sustentó su decisión enumerando las normas que integran el marco legal para el otorgamiento de las medidas cautelares: Reglamento de Solución de Controversias, Ley del Procedimiento Administrativo General y Código Procesal Civil.
 - Definió que por apariencia de derecho debía entenderse que el Juez considere probable la pretensión principal del demandante, sin que sea necesaria una certeza absoluta del derecho alegado.
 - Conforme a ello, siempre en el marco de la pretensión principal de Convergía, señaló que, a partir del análisis de los medios probatorios, en particular de la carta del 10 de enero de 2011 remitida por Telefónica a Convergía, se desprende que (i) existen determinados servicios que Telefónica estaría

² "Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo

6.1 La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)"

**Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL**

brindando a Convergía; y, (ii) que Telefónica no pretende extender por más tiempo tal prestación, razón por la cual anunció el corte de los servicios controvertidos.

- Afirmó que los hechos antes referidos evidenciaron la efectiva prestación de servicios por parte de Telefónica a Convergía que sostienen el transporte de larga distancia de ésta última y la inminencia del corte de tales servicios para las mencionadas ciudades, lo cual determinaba que el requisito de verosimilitud del derecho para el otorgamiento de la medida cautelar se cumpliera, es decir, verosimilitud sobre la posible existencia de una interconexión, conforme a lo solicitado por Convergía en su solicitud cautelar.
- Existe peligro en la demora, puesto que el corte de los servicios prestados a Convergía podría acarrear afectación a los usuarios y a dicha empresa de forma potencialmente irreparable.

Por lo expuesto, queda claro que el Cuerpo Colegiado ha motivado debidamente la resolución apelada en cuanto a la verosimilitud del derecho invocado y al peligro en la demora, al haber analizado el pedido cautelar sobre la base de los hechos que consideró pertinentes y la normativa aplicable. En consecuencia, deben desestimarse los argumentos de Telefónica sobre este punto.

3.2 LA MEDIDA CAUTELAR OTORGADA**3.2.1. Las medidas cautelares y los requisitos para su obtención**

27. La medida cautelar es un instituto fundamental del derecho procesal, que permite asegurar que la duración del proceso no convierta en ilusoria la eficacia de la decisión final que adopte la autoridad³.
28. Según el artículo 37° del Reglamento de Solución de Controversias, durante la tramitación del procedimiento administrativo, se pueden adoptar medidas cautelares destinadas a garantizar el resultado del mismo, siendo aplicable lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General y en el Código Procesal Civil (en adelante, CPC)⁴. Asimismo, el artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General establece que pueden dictarse medidas cautelares si existiera la posibilidad de que sin su adopción se ponga en riesgo la eficacia de la resolución final⁵.

³ MONROY GALVEZ, JUAN. *Temas de Proceso Civil*. Ediciones Librería Studium. Lima 1987. Pág. 186.

⁴ "Artículo 37.- En cualquier estado del procedimiento, las partes pueden solicitar, por su cuenta, costo y riesgo, la adopción de las medidas cautelares que consideren necesarias para asegurar los bienes materia del procedimiento o para garantizar el resultado de éste, las cuales se rigen por lo establecido en el artículo 146° de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Serán de aplicación a tal efecto las normas contenidas en el artículo 608° y siguientes del Código Procesal Civil. La resolución que se pronuncia respecto de una medida cautelar es apelable. Asimismo, en cualquier estado del proceso las instancias de solución de controversias pueden dictar medidas cautelares de oficio".

⁵ "Artículo 146.- Medidas cautelares. 146.1. Iniciado el procedimiento, la autoridad competente, mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

29. De otro lado, el artículo 611° del CPC establece que las medidas cautelares se dictan cuando se considere verosímil el derecho invocado y exista un peligro en la demora que haga necesaria una decisión preventiva⁶.
30. De acuerdo con las normas citadas, para dictar una medida cautelar, el órgano de solución de controversias debe verificar la existencia de: (i) verosimilitud del derecho invocado; y, (ii) peligro en la demora representado, por ejemplo, por la inminencia de un perjuicio irreparable que haga necesaria una medida preventiva para no poner en riesgo la eficacia de la resolución final.

3.2.2 Verosimilitud del derecho invocado

31. En su apelación, Telefónica ha señalado que el Cuerpo Colegiado debió cumplir, en su análisis de verosimilitud, con el estándar de cognición exigido por el Tribunal de Solución de Controversias para el otorgamiento de medidas cautelares. Al respecto, Telefónica ha señalado que en la Resolución N° 006-2004-TSC emitida bajo el Expediente N° 002-2004-CCO-ST/CD, el Tribunal de Solución de Controversias indicó que para que exista verosimilitud del derecho invocado, la autoridad debe ser persuadida de que la pretensión principal tiene forma o apariencia de ser **muy probable**.
32. Al respecto, cabe señalar que el criterio no vinculante sobre el grado de cognición necesaria para el otorgamiento de medidas cautelares ha ido variando a lo largo del tiempo en pronunciamientos del Tribunal de Solución de Controversias emitidos luego de la Resolución N° 006-2004-TSC⁷. Atendiendo a dicha circunstancia, en el presente caso, este Tribunal considera pertinente pronunciarse sobre el estándar requerido para que exista verosimilitud del derecho invocado.
33. En ese sentido, a partir de la revisión de la doctrina procesal, este Tribunal estima que el análisis de la verosimilitud del derecho invocado, implica la determinación de una simple probabilidad razonable de la existencia de dicho derecho y no la certeza del mismo⁸. En efecto, para otorgar una medida cautelar, a criterio de la

⁶ "Artículo 611.- Contenido de la decisión cautelar. El Juez, siempre que de lo expuesto y prueba anexa considere verosímil el derecho invocado y necesaria la decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable, dictará medida cautelar en la forma solicitada o la que considere adecuada atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal. (...)".

⁷ Resolución N° 001-2005-TSC/OSIPTEL emitida bajo el Expediente N° 003-2004 y Resolución N° 007-2009 emitida bajo el Expediente N° 012-013-014-2002 (acumulados).

⁸ Al respecto, Reynaldo BUSTAMANTE ha indicado lo siguiente; "En cambio, en algunas resoluciones incidentales o instrumentales (como el caso de una medida cautelar) el juzgador no está obligado a tener certeza sobre la existencia o inexistencia del hecho a probar, bastando una simple probabilidad o verosimilitud para tomar su decisión, en la medida de que exista la posibilidad de que más adelante pueda revocarla o modificarla." BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Apuntes sobre la valoración de los medios de prueba. En: MONROY PALACIOS, Juan José. Revista Peruana de Derecho Procesal. Tomo II. Editorial Palestra: Lima, 2005, p. 17.

En el mismo sentido, Juan José MONROY PALACIOS señala: "El solicitante de la medida cautelar deberá demostrar al juez que la pretensión principal -que se intenta garantizar- tiene una posibilidad razonable de ser declarada fundada al pronunciarse la sentencia." MONROY PALACIOS, Juan José. Bases para la formación de una Teoría Cautelar. Civitas: Lima, 2002, p. 170.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

doctrina procesal, basta con que se demuestre de manera razonable que la pretensión pueda ser declarada fundada al término del proceso, sin necesidad de que se cuente con plena certeza ni se realice un análisis exhaustivo.

34. En tal sentido, dada la naturaleza y estado del procedimiento cautelar, al ser un mecanismo de urgencia que tiene como fin acabar con una situación de peligro, no resulta posible para la autoridad realizar un análisis profundo y detallado de la pretensión principal, siendo que, adicionalmente, existe la posibilidad de que más adelante en el proceso, dicha medida puede ser revocada o modificada⁹.
35. Siguiendo esta línea de pensamiento, este Tribunal es de la opinión que la evaluación de un pedido cautelar, no constituye la fase procesal en la que deba analizarse en detalle los elementos probatorios aportados por las partes o todos los argumentos sustentados por éstas. Asimismo, la evaluación del pedido cautelar no requiere que la autoridad cuente con plena convicción sobre el resultado del examen de probabilidad de la pretensión formulada¹⁰. Dicho análisis y evaluación probatoria deberán ser efectuados por la autoridad en el procedimiento principal con ocasión de la expedición de la resolución final.
36. Conforme a lo antes expuesto, no corresponde determinar en el presente procedimiento cautelar de manera certera y precisa la naturaleza de los servicios que ésta brinda a Convergía y sus implicancias, dado que ello estaría excediendo el margen de análisis de verosimilitud del derecho y, por ende, condicionando el resultado de la resolución que se va a pronunciar sobre el fondo de la controversia.
37. A continuación, teniendo en cuenta el marco teórico expuesto, corresponde al Tribunal, analizar si, en el caso, existe una probabilidad razonable de apariencia

En ese orden de ideas, Ezequiel CASSAGNE afirma: "(...) se requiere que los argumentos y pruebas aportadas por la peticionante tengan una consistencia que permitan al juez valorar en esa instancia provisional y urgente la existencia de un razonable orden de probabilidades de que le asista razón en el derecho solicitado." CASSAGNE, Ezequiel. Las medidas cautelares contra la Administración. En: CASSAGNE, Juan Carlos. *Tratado Procesal de Derecho Administrativo*. La Ley: Buenos Aires, 2007, p.268.

En la misma línea, autores italianos sostienen: "*En materia cautelar, el juez debe verificar la apariencia del buen derecho, porque, faltando el derecho, es inútil disponer medidas para prevenir el daño. Ciertamente, no siempre será fácil para el juez, llamado a emitir una resolución cautelar, establecer la existencia del derecho, en atención a la celeridad y a la falta de una plena cognición, razón por la cual deberá contentarse con una sumaria cognición de los hechos para hacer una valoración de verosimilitud y de probabilidad de la existencia del derecho y, por tanto, será suficiente su apariencia, ya que la verificación de la existencia del derecho es función propia del juicio ordinario de conocimiento.*" DINI, Enrico A. y Mammone, Giovanni. *I provvedimenti d'urgenza nel diritto processuale civile in el diritto del lavoro*. Milano: Giuffrè. 1997. 7 ma. Ed., pp. 32 y 33.

⁹ Al respecto, ver MONROY PALACIOS, Juan José. Op.cit, p. 170.

¹⁰ "Esta es pues la razón de ser de la verosimilitud, también llamada *fumus boni iuris*, porque lo que se requiere para la obtención de la medida cautelar es sólo un "*humo*" de la existencia del derecho que solicita el demandante. Sería ilógico pretender colocar a la certeza como presupuesto de las medidas cautelares, porque es principio que el juez que ha formado convicción se encuentra obligado a expedir la sentencia respectiva, sin importar la etapa en que el proceso se encuentre pero, eso sí, siempre que haya respetado el principio del contradictorio y otorgado a ambas partes las mismas oportunidades para ejercer la defensa de sus posiciones en el proceso." Op. Cit., p. 174



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

del derecho invocado por Convergía. Al respecto, este Tribunal considera que existen ciertos elementos que podrían generar verosimilitud sobre una probable interconexión en los servicios que presta Telefónica a Convergía en las localidades incluidas en la solicitud cautelar.

38. Así, de las liquidaciones anexas a la Transacción Extrajudicial suscrita por Convergía y Telefónica el 30 de abril de 2009, se aprecia que se han efectuado pagos por adecuación de red, transporte conmutado de larga distancia nacional, así como por originación y terminación, conceptos que corresponderían a una probable interconexión.¹¹
39. Adicionalmente, en las Actas Finales de Conciliación de Tráficos presentadas por Convergía y Telefónica en sus respectivos escritos, se mencionan términos como retribución por uso de plataforma prepago, servicio de interoperabilidad, facturación y cobranza¹², los cuales corresponderían a una probable interconexión.¹³
40. Por otro lado, las Actas referidas en el párrafo anterior y que contienen las liquidaciones de los servicios brindados por Telefónica a Convergía corresponden

¹¹ Al respecto, el Texto Único de Interconexión recoge sobre los mencionados servicios lo siguiente:

- "Artículo 22.- El transporte conmutado local, denominado también tránsito local, es el conjunto de medios de transmisión y conmutación de un portador local que enlazan las redes de distintos operadores o de un mismo operador concesionario en una misma área local.

[...]

En el caso del transporte conmutado de larga distancia nacional la empresa operadora que fija la tarifa final al usuario por las comunicaciones que utilizan dicha prestación o aquella que recibe una tasa de liquidación o retribución por terminación de llamada en el país, será la que asuma los costos por el referido transporte."

- "Artículo 76°.-

[...]

l) Transcurridos noventa (90) días calendario de la fecha de suspensión de la interconexión, y de existir limitaciones respecto a los elementos de adecuación de red y capacidad de memoria en la central que sirve de acceso, previa comprobación de OSIPTEL, el operador acreedor deberá desconectar los equipos y las programaciones correspondientes a dicha interconexión."

- "Anexo 2.-

1.- Terminación de Llamadas

Es el completamiento o la originación de una comunicación conmutada hacia o desde el cliente de una red, incluyendo su señalización correspondiente."

¹² Listado de Facturas 0003-0000591 a la 0003-00008703 y Facturas 0003-0000597 a 0003-0000600, correspondiente a Folios 401 del presente Expediente, en el Anexo 2-D del escrito de apelación de medida cautelar presentado por Telefónica. Asimismo, Acta Final de Conciliación de Tráficos correspondiente a Agosto de 2008 que figura en Folios 118, correspondiente al Anexo 1-G del escrito de solicitud de medida cautelar presentado por Convergía.

¹³ Al respecto, sobre los mencionados servicios el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión recoge lo siguiente:

- "Artículo 32°.- Los operadores de redes adoptarán diseños de arquitectura de red abierta, orientada al establecimiento de una red integrada de servicios y sistemas. Asimismo, considerarán las condiciones necesarias para garantizar la interoperabilidad de las redes y una calidad satisfactoria de los servicios a los usuarios finales, de conformidad con los estándares y recomendaciones de la UIT y en cumplimiento de los planes técnicos fundamentales de transmisión, conmutación, señalización, sincronización y numeración."

- "Artículo 71.- Las discrepancias entre empresas operadoras que se vinculen a la determinación de los montos a pagar o al cumplimiento de las obligaciones de pago originadas como consecuencia de la existencia de relaciones de interconexión, sean éstas relacionadas con cargos de interconexión o con retenciones de ingresos (morosidad, facturación y cobranza, etc.), constituyen materias no arbitrables por involucrar la evaluación de presuntos actos anticompetitivos o de competencia desleal, pudiendo ser sometidas por las empresas al OSIPTEL de acuerdo al Reglamento de Solución de Controversias."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

a los años 2005 a 2010¹⁴, lo cual denotaría una continuidad a lo largo de los años de una probable interconexión.

41. A su vez, existe correspondencia entre las partes que evidenciaría que en los hechos, Telefónica habría tratado a los servicios que presta a Convergía como interconexión, cuando menos hasta el momento en que Convergía decide resolver los acuerdos de arrendamiento de circuitos:

- Correo del 8 de setiembre de 2009 enviado por Telefónica a Convergía.

*"Según lo conversado con Carlos García, hoy a partir de las 3:00 pm se realizará coordinadamente el **cambio en las configuraciones de las rutas LDN que permanecerán con originación temporal (vía conmutado). Las 10 localidades son: Cajamarca, Chimbote, Cuzco, Huancayo, Ica, Juliaca, Pucallpa, Tacna, Loreto y San Martín.**"*

Todos los enlaces físicos quedarán totalmente bloqueados, a excepción de las rutas (desde Lima) a Trujillo, Chiclayo, Piura y Arequipa que permanecerán con un enlace de 1024kbc/u.

Tener en cuenta que en las localidades de Ayacucho, Chachapoyas, Huánuco y Tumbes no se brindará la originación temporal. Todo reclamo por parte de los clientes será responsabilidad de Convergía."

- Carta DR-107-C-1692/CM-10 del 22 de diciembre de 2010 enviada por Telefónica a Convergía.

*"Sin perjuicio de lo expuesto, reiteramos nuestra solicitud para que en forma expresa y gráfica nos ilustre la forma en la que estaría considerando **operar su servicio portador de larga distancia nacional e internacional desde y hacia las localidades en donde se dejaría de contar con el servicio de arrendamiento de circuitos**, información que permitirá gestionar la **adecuación de nuestra relación de interconexión** en cuanto corresponda."*

- Carta NM-470-CA-0013-11 del 10 de enero de 2011 enviada por Telefónica a Convergía.

*"No obstante, y aún cuando no era nuestra obligación, Telefónica en otro acto de buena voluntad, convino temporalmente en **permitir la originación/terminación de tráfico en la mayoría (10)** de las localidades donde se dieron de baja hasta 11 enlaces de larga distancia nacional – de forma temporal y excepcional – con la finalidad de otorgar a Convergía la posibilidad de asegurar la provisión de servicios a los abonados de dichas localidades (...)"*

*En tal sentido, le informamos que en un plazo de quince (15) días calendario de recibida la presente comunicación procederemos a **suspender el servicio de originación/terminación hacia su red desde las localidades de Ancash, Cajamarca, Cuzco, Ica, Junín, Loreto, Puno, San Martín, Tacna y Ucayali.**"*

- Carta NM-467-CA-073-11 del 15 de febrero de 2011 enviada por Telefónica a Convergía.

¹⁴ Actas Finales de Conciliación de Tráficos entre Telefónica y Convergía de los años 2005 a 2010 que figuran en Folios 100 a Folios 267 del presente Expediente, correspondiente a los anexos 1-G y 1-H de la solicitud de medida cautelar presentada por Convergía.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

"Como es de su conocimiento, a la fecha de emisión de la presente, se encuentra pendiente de pago la Liquidación de Tráfico de Interconexión correspondiente al mes de diciembre de 2010, cuyo monto total asciende a US\$ 44,062.20 (Cuarenta y cuatro mil sesenta y dos y 20/100 dólares de los Estados Unidos de América) y S/. 19,394.88 (Diecinueve mil trescientos noventa y cuatro y 88/100 nuevos soles) que venció el 12 de febrero del presente.

Asimismo, a la fecha de emisión de la presente, su representada no ha cumplido con renovar las cartas fianzas, por lo que se encuentra inmersa en una de las causales de suspensión del servicio de interconexión, conforme lo establece el inciso h) del artículo 76° del TUO de Interconexión aprobado por Resolución N° 043-2003-CD/OSIPTEL..."

42. En consecuencia, de los pagos realizados, la correspondencia entre las partes y las Actas sobre conciliación de tráficos, se desprende que existen elementos que apuntarían a que probablemente los servicios brindados por Telefónica a Convergía habrían sido tratados por ambas partes como una interconexión para las localidades incluidas en la solicitud cautelar.
43. De acuerdo con lo anterior y conforme a la documentación que obra en el expediente, a consideración de este Tribunal, en tanto que Convergía no habría incurrido en causal para la suspensión o corte de la probable interconexión conforme a lo establecido en el Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión, aprobado por Resolución N° 043-2003-CD-OSIPTEL, corresponde que Telefónica no suspenda o corte los servicios materia de la solicitud cautelar de Convergía¹⁵.
44. Adicionalmente, debe indicarse que el artículo 23° del Reglamento¹⁶ establece una protección especial, en el sentido que prohíbe que las partes involucradas en la controversia procedan al corte o suspensión de **la facilidad o servicio de telecomunicaciones**, siempre que ello esté vinculado al objeto en discusión. De acuerdo a ello, Telefónica se encontraría impedida de proceder al corte o suspensión de los servicios incluidos en su solicitud cautelar.

¹⁵ Artículo 76° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión.-

"El operador acreedor puede suspender la interconexión, de conformidad con el procedimiento que se detalla a continuación:

[...]

- a) En caso que la empresa operadora deudora (i) no haya otorgado una garantía o no cumpla con otorgar la garantía solicitada conforme al artículo 70-A dentro del plazo previsto y (ii) no cumpla con el pago de la factura adeudada; la empresa operadora acreedora podrá suspenderle la interconexión, previa comunicación remitida por vía notarial, indicándole el día y la hora exacta en que se producirá la suspensión. (...)
- b) En caso que la empresa operadora deudora (i) otorgue la garantía solicitada conforme a los artículos 62-A, 62-B ó 70-A dentro del plazo previsto o fuera de él con consentimiento de la empresa acreedora, y (ii) no cumple con efectuar el pago de la factura pendiente relativa a la interconexión, dentro del plazo de treinta (30) días calendario siguientes al vencimiento de la obligación garantizada, la empresa acreedora podrá ejecutar la garantía y hacerse cobro de la deuda. (...)
- c) En caso que la garantía otorgada por la empresa deudora resulte o devenga en insuficiente o inejecutable por causa atribuible a la empresa deudora, al fiador, aval o cualquier tercero que intervenga en la garantía, o por caso fortuito o fuerza mayor, se faculta a la empresa acreedora a suspender la interconexión, previa comunicación remitida por vía notarial, indicándole el día y la hora exacta en que se producirá la suspensión.

[...]

¹⁶ Artículo 23.- "Corte o suspensión del servicio. Ninguna de las partes puede proceder al corte o suspensión del servicio o facilidad del servicio de telecomunicaciones correspondiente por fundamentos vinculados al objeto de la controversia. El incumplimiento de lo establecido en el presente artículo constituye infracción grave."



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

45. Por todo lo expuesto, este Tribunal considera que existen elementos de juicio suficientes que acreditan la verosimilitud del derecho invocado por Convergía.
46. Cabe señalar, que este Tribunal coincide con el Cuerpo Colegiado en que los aspectos relacionados a una eventual calificación de la relación entre Convergía y Telefónica como una de arrendamiento de circuitos o de interconexión, constituyen cuestiones que deben ser resueltas en el expediente principal. En tal sentido, las alegaciones y argumentos de Telefónica respecto a si la relación en cuestión es una de arrendamiento de circuitos o de interconexión serán considerados por el Cuerpo Colegiado en el expediente principal y, asimismo, será en dicho momento en el que se evaluará si Telefónica no observó lo establecido por el artículo 23° del Reglamento.
47. Finalmente, es pertinente precisar que la presente medida cautelar podrá ser variada en el curso del procedimiento en atención a lo establecido en el artículo 630° del CPC¹⁷.

3.2.3 Peligro en la demora

48. En términos generales, el requisito de peligro en la demora implica una urgencia para evitar que la demora en la resolución del pleito principal cause perjuicios apreciables,¹⁸ por lo que se requiere que sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión.¹⁹
49. En su apelación, Telefónica señaló que dado que Telefónica no era la única empresa que brinda servicios de arrendamiento de circuitos en las localidades que opera Convergía, ésta puede atender dichas localidades por el tiempo que dure la presente controversia, acudiendo a los servicios de cualquier otro operador.
50. En el caso, este Tribunal estima que sí existe peligro en la demora, pues la posible sustitución del operador que brinde los servicios propios de una relación de interconexión a Convergía no es inmediata ni sencilla, contrariamente a lo señalado por Telefónica, por lo que el tiempo que ello implique produciría perjuicios potencialmente irreparables para los usuarios de la empresa y para el desarrollo de las actividades de ésta.
51. Por tanto, este Tribunal considera que el corte o suspensión de los servicios generaría daños potencialmente irreparables para Convergía y para a los usuarios

¹⁷ Artículo 630°.- "Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria."

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo – FERNÁNDEZ, Tomás R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II. Civitas: Madrid, 1998, p. 628.

¹⁹ CASSAGNE, Ezequiel. Las medidas cautelares contra la Administración..., cit, p. 269.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Organismo Supervisor
de Inversión Privada en
Telecomunicaciones - OSIPTEL

Resolución N° 003-2011-TSC/OSIPTEL

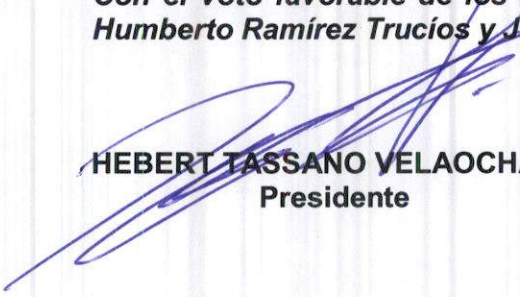
de los servicios públicos de telecomunicaciones. Por tanto, ha quedado acreditada la existencia de peligro en la demora.

52. Finalmente, es pertinente indicar que teniendo en consideración (i) que los servicios brindados por Telefónica estarían siendo pagados por Convergía, (ii) la contracautela ofrecida en forma de caución juratoria y el compromiso de resarcir por daños y perjuicios a Telefónica; la medida cautelar solicitada resulta procedente.
53. En conclusión, por todo lo expuesto, corresponde declarar infundada la apelación presentada por Telefónica y; en consecuencia, corresponde confirmar la resolución del Cuerpo Colegiado que otorgó la medida cautelar.
54. Finalmente, cabe señalar que dicha decisión se adopta de conformidad con el artículo 9° de la Ley 27332, Ley Marco de Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, el artículo 36° de la Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, el artículo 92° del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

RESUELVE:

Artículo Único: Declarar INFUNDADO en todos sus extremos el recurso de apelación interpuesto por Telefónica del Perú S.A.A. en contra de la Resolución N° 001-2011-MC1-CCO/OSIPTEL que otorgó la medida cautelar solicitada por Convergía Perú S.A.; y, en consecuencia, confirmar dicha resolución conforme a lo expuesto en la presente resolución.

Con el voto favorable de los señores vocales: Hebert Tassano Velaochaga, Humberto Ramírez Trucíos y Juan Carlos Valderrama Cueva.


HEBERT TASSANO VELAOCHAGA
Presidente