

CASO ARBITRAL N.º 0609-2022-CCL SEGUIDO ENTRE:

TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A.
(«TELEFÓNICA»)

C.

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
(«MTC»)

ORGANISMO SUPERVISOR DE INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES
(«OSIPTEL»)

LAUDO COMPLEMENTARIO AL LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL

LUCIANO BARCHI VELAOCHAGA (PRESIDENTE)

ROXANA JIMÉNEZ VARGAS-MACHUCA

GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA

LIMA, 16 DE SEPTIEMBRE DE 2024

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

Orden Procesal N.º 15

Lima, 16 de septiembre de 2024

Términos empleados en esta orden procesal:

TELEFÓNICA	Telefónica del Perú S.A.A.
MTC	Ministerio de Transportes y Comunicaciones
OSIPTEL	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Partes	Son conjuntamente TELÉFONICA, el MTC y el OSIPTEL
Tribunal Arbitral	Luciano Barchi Velaochaga (presidente) Roxana Jiménez Vargas – Machuca Gonzalo García Calderón Moreyra

I. Vistos

- (i) Mediante Orden Procesal N.º 14 de fecha 7 de agosto de 2024, el Tribunal Arbitral procedió a dictar laudo arbitral de Derecho (en adelante, «Laudo Arbitral»), habiendo cumplido con notificarlo a las partes dentro del término de ley.
- (ii) Escrito con sumilla «Solicitud de Laudo Adicional» de fecha 21 de agosto de 2024 presentado por TELEFÓNICA.
- (iii) Escrito con sumilla «Indica lo pertinente» de fecha 21 de agosto de 2024 presentado por el OSIPTEL.
- (iv) Escrito con sumilla «Solicitud Post Laudo Final» de fecha 21 de agosto de 2024 presentado por el MTC.
- (v) Escrito con sumilla «Solicita se desestime solicitud de Laudo Adicional de Telefónica» de fecha 5 de septiembre de 2024 presentado por el OSIPTEL.
- (vi) Escrito con sumilla «Absolvemos pedido post Laudo del MTC» de fecha 5 de septiembre presentado por TELEFÓNICA.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- (vii) Escrito con sumilla «Absolvemos el pedido de Laudo Adicional presentado por Telefónica» de fecha 5 septiembre de 2024 presentado por el MTC.

II. Antecedentes

- 2.1) Mediante escrito de Vistos (ii), dentro del plazo establecido, TELEFÓNICA presentó una solicitud de laudo adicional.
- 2.2) Mediante escritos de Vistos (v) y (vii), el OSIPTEL y el MTC, respectivamente, absolvieron el escrito de Vistos (ii).
- 2.3) Mediante escrito de Vistos (iii), el OSIPTEL se pronuncia sobre el Laudo Arbitral.
- 2.4) Mediante escrito de Vistos (iv), dentro del plazo establecido, el MTC presentó solicitudes contra el Laudo Arbitral, conforme a las reglas del proceso.
- 2.5) Mediante escrito de Vistos (vi), TELEFÓNICA absuelve el escrito de Vistos (iv).
- 2.6) Según lo señalado, puede observarse que las Partes han tenido suficiente oportunidad para manifestar lo conveniente a su derecho; en consecuencia, corresponde al Tribunal Arbitral analizar las solicitudes formuladas tanto por TELEFÓNICA como por el MTC contra al Laudo Arbitral para, posteriormente, pronunciarse sobre los argumentos que sustentan sus pedidos.

III. Sobre pedido de Laudo Adicional formulado por TELEFÓNICA

- 3.1) TELEFÓNICA expresa que el Tribunal Arbitral no habría emitido pronunciamiento respecto de la Pretensión Subordinada a la Tercera Pretensión Principal y, en atención a ello, de acuerdo con el numeral 45 de las reglas del proceso y en concordancia con lo establecido en el artículo 29 del Reglamento CMNDUMI, formula un pedido de emisión de laudo adicional.
- 3.2) TELEFÓNICA indica que, en cuanto a las pretensiones que tenían por objeto que el Tribunal Arbitral ordene directamente la terminación del servicio —tercera pretensión principal— o, en su defecto, que el Tribunal Arbitral le ordene a OSIPTEL darlo por terminado —pretensión subordinada a la tercera pretensión Principal—, solo el primer extremo habría merecido una decisión expresa en el Laudo Final.
- 3.3) TELEFÓNICA manifiesta que, en cuanto a la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, no existiría decisión al respecto, destacando que la parte resolutive del Laudo Arbitral no contendría un fallo sobre ese extremo de la demanda de TELEFÓNICA, pese a que el Tribunal Arbitral habría establecido en la parte considerativa que sí corresponde que el OSIPTEL emita una nueva decisión.
- 3.4) De esta forma, TELEFÓNICA solicita la emisión de un laudo adicional a fin de que se «resuelva» la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal consistente en que el Tribunal Arbitral ordene al OSIPTEL que emita nuevo

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

pronunciamiento sobre la terminación del servicio en los 505 centros poblados rurales.

- 3.5) TELEFÓNICA para respaldar su solicitud, en primer lugar, hace mención del artículo 39 del Reglamento CNDUMI, el cual remitiría al numeral 45 de las reglas del proceso. Asimismo, TELEFÓNICA destaca que existiría un extremo no resuelto por el Tribunal Arbitral por lo que, en la medida que sería manifiesta la ausencia de pronunciamiento en el Laudo Arbitral, correspondería que este sea integrado, emitiendo una decisión que sea coherente con lo resuelto en la primera y segunda pretensiones principales.
- 3.6) TELEFÓNICA señala que el Tribunal Arbitral habría de ser consistente con su entendimiento de que el OSIPTEL resolvió de manera incorrecta la solicitud de reducción o terminación del servicio de telefonía pública presentada por TELEFÓNICA mediante Carta TP-AG-GGR-1053-16 del 3 de mayo de 2016, en la medida en que empleó un criterio interpretativo errado al exigir la sustitución del servicio que se pretendía reducir o terminar.
- 3.7) TELEFÓNICA expresa que, como habría señalado el Tribunal Arbitral, el OSIPTEL debía determinar el objeto de la prestación; es decir, cuáles teléfonos públicos debían mantenerse y cuáles no. Para ello, el OSIPTEL debía «interpretar» el texto contractual para tener clara la labor que le fue asignada en el CONTRATO.
- 3.8) TELEFÓNICA manifiesta que el OSIPTEL habría incorporado indebidamente, en su labor de terminación, elementos no previstos en el CONTRATO, como sería la indebida exigencia de la sustitución del servicio.
- 3.9) TELEFÓNICA afirma que su interés sustancial es que, como resultado de la confirmación de la existencia de un error de interpretación del OSIPTEL, esa interpretación incorrecta sea corregida a través de la intervención jurisdiccional: (i) que el Tribunal Arbitral disponga directamente la terminación del servicio de telefonía pública para los 505 centros poblados rurales o, (ii) que, en defecto de ello, el Tribunal Arbitral ordene a OSIPTEL que lo haga.
- 3.10) TELEFÓNICA sostiene que el Tribunal Arbitral no ha acogido su posición sobre el pedido de terminación directo; es decir, por mandato del Tribunal Arbitral en el Laudo Arbitral. Sin embargo, TELEFÓNICA indica que, respecto del pedido para que ordene al OSIPTEL la terminación del servicio, el Tribunal Arbitral no habría expedido decisión alguna.
- 3.11) TELEFÓNICA señala que la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal consiste en un pedido para que el OSIPTEL ejecute la función que le fue asignada en el CONTRATO, ajustándose a los términos del encargo que le fue conferido.
- 3.12) TELEFÓNICA afirma que el objeto tanto de la tercera pretensión principal como el de la pretensión subordinada a esta era lograr que finalmente el OSIPTEL se ajuste a lo dicho en el CONTRATO y que TELEFÓNICA vea protegido su interés de tener por reducido o por terminado el servicio de telefonía en los 505 centros poblados rurales, ya sea por efecto de la declaración directa del tribunal arbitral o como

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

consecuencia de la actuación del OSIPTEL, en este último caso, por orden del Tribunal Arbitral.

- 3.13) TELEFÓNICA expresa que el Tribunal Arbitral acogió la primera pretensión principal, mostrándose de acuerdo con TELEFÓNICA en que el OSIPTEL no debió exigir la sustitución del servicio. En consecuencia, habiendo el Tribunal Arbitral que no puede declarar directamente la terminación, al resolver la pretensión subordinada correspondería que el Tribunal Arbitral ordene al OSIPTEL que actúe conforme al CONTRATO.
- 3.14) TELEFÓNICA señala que su pedido no persigue que el Tribunal Arbitral ordene al OSIPTEL qué decidir, sino cómo decidir. Además, TELEFÓNICA expresa que el OSIPTEL ya habría confirmado que el servicio de telefonía pública en los 505 centros poblados rurales sería económicamente inviable por cambios demográficos o razones similares, por lo que esto debería llevar al OSIPTEL a darlo por terminado.
- 3.15) TELEFÓNICA precisa que lo que busca es que el Tribunal Arbitral ordene al OSIPTEL a interpretar correctamente el CONTRATO, corrigiendo su decisión, en tanto en el Laudo Arbitral se apreciaría que el Tribunal Arbitral sí encuentra jurídicamente viable la procedencia de un nuevo pronunciamiento del OSIPTEL.
- 3.16) En ese sentido, TELEFÓNICA manifiesta que el objetivo de su solicitud es que el Tribunal Arbitral ordene al OSIPTEL que emita una nueva decisión en la que enmiende su error, siendo consistente y actuando bajo su propia premisa de que el OSIPTEL se habría equivocado, sin que ello implique que el Tribunal Arbitral defina el sentido de la decisión a cargo del OSIPTEL.
- 3.17) TELEFÓNICA reitera que el Tribunal Arbitral habría reconocido que corresponde que el OSIPTEL emita una nueva decisión interpretando correctamente el CONTRATO, conforme a lo decidido por el Tribunal Arbitral al resolver la primera pretensión principal. No obstante, TELEFÓNICA señala que el Tribunal Arbitral habría entendido que no puede decirle al OSIPTEL el sentido de esta decisión.
- 3.18) TELEFÓNICA precisa que su pretensión subordinada consistía en que el Tribunal Arbitral ordenara al OSIPTEL emitir una nueva decisión interpretando correctamente el CONTRATO. Sin embargo, TELEFÓNICA señala que, incluso si lo que hubiese buscado es una orden indicando un sentido, el Tribunal Arbitral no debería verse impedido de encontrar fundada en parte esa pretensión y ordenar al OSIPTEL que emita una nueva decisión en el procedimiento de terminación del servicio.
- 3.19) De esta forma, TELEFÓNICA solicita al Tribunal Arbitral que emita un laudo adicional respecto de la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, y que esta sea acogida en función de la explicación sobre el sentido del pedido planteado por TELEFÓNICA, ordenando al OSIPTEL —además— que sea consistente con la decisión adoptada sobre la correcta interpretación del literal (d) de la Sección 8.01 de la Parte II del CONTRATO.

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 3.20) Por otro lado, en el Otrosí Decimos de su escrito, TELEFÓNICA afirma que, al emitir el Laudo Arbitral, el Tribunal Arbitral habría incurrido en una actuación que afectaría su derecho de defensa, por lo que se reservaría su derecho de plantear un recurso de anulación.
- 3.21) TELEFÓNICA indica que el Tribunal Arbitral habría declarado infundada su pretensión de que se ordene la terminación del servicio de telefonía pública para los 505 centros poblados rurales listados en el Informe del OSIPTEL N.º 0366-DFI/SDF/2021 (Anexo A-10), sobre la base de argumentos que nunca habrían sido expuestos durante el procedimiento, por TELEFÓNICA, por las demandadas ni por el Tribunal Arbitral, lo que supondría una vulneración de su derecho de defensa.
- 3.22) TELEFÓNICA señala que, a lo largo del arbitraje, habría sostenido que el OSIPTEL desplegaba una función netamente contractual al determinar la reducción o terminación de un servicio de telecomunicaciones, lo cual habría sido reconocido en el Laudo Parcial, cuando se estableció que la decisión de rechazar el pedido de TELEFÓNICA no constituye un acto administrativo.
- 3.23) TELEFÓNICA expresa que, las Partes, a lo largo del arbitraje, habrían discutido si el encargo del OSIPTEL para determinar el número de teléfonos de uso público, evaluando si efectivamente se produjeron supuestos de inviabilidad económica constituía, primero un acto de ejercicio de función administrativa y, luego, si era un acto contractual de arbitrio.
- 3.24) TELEFÓNICA manifiesta que en el arbitraje se habría discutido si la cláusula 8.01 (d) de la Parte II del CONTRATO contemplaba la posibilidad de que el OSIPTEL determine el número de teléfonos públicos de la Parte II que TELEFÓNICA debía seguir prestando, y si esa era o no una actividad consistente en definir el contenido de la prestación a cargo de TELEFÓNICA.
- 3.25) TELEFÓNICA sostiene que el debate se habría orientado a verificar si el supuesto contractual se condice con la fórmula recogida por nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 1407 del Código Civil, de allí que los informes de expertos se contrajeran a determinar si se trataba de un acto administrativo de *ius imperium* o de un pacto de arbitrio del tercero, y concretamente, si ese arbitrio era «de equidad» o «de mero arbitrio».
- 3.26) TELEFÓNICA indica que las Partes intentaron acreditar en torno a lo que proviene de la regulación nacional; sin embargo, en el Laudo Arbitral, el Tribunal Arbitral habría introducido una categoría jurídica que no fue planteado como es el caso del «arbitrio de ejecución», que no se encontraría previsto en la normativa peruana.
- 3.27) TELEFÓNICA señala que ninguno de los argumentos que justifican la posición del Tribunal Arbitral habría sido puesto en debate por las Partes ni el Tribunal Arbitral durante el proceso, por lo que no habría existido la oportunidad de pronunciarse al respecto, constituyéndose ello en una violación al derecho a la defensa.
- 3.28) TELEFÓNICA expresa que los efectos jurídicos que el Tribunal Arbitral atribuye a esa figura provendrían de una referencia doctrinal extranjera, a través de la cual el Tribunal Arbitral afirmaría que, en la medida en que el OSIPTEL era un arbitrador

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

de ejecución, que no debía manifestarse sobre la base de la equidad y que, aun cuando es claro que el OSIPTEL no resolvió el pedido de reducción o terminación del servicio bajo una interpretación correcta del CONTRATO, igual no habría incurrido en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que el Tribunal Arbitral no puede reemplazar la decisión de OSIPTEL.

- 3.29) TELEFÓNICA manifiesta que el Tribunal Arbitral no habría explicado si quiera por qué pese a que el OSIPTEL no habría cumplido con el procedimiento contemplado en el CONTRATO, esta no constituye una ejecución defectuosa, equivalente a un incumplimiento; limitándose a decir que no incumplió porque ejecutó (aunque ha reconocido que mal) la prestación, sin que exista fuente jurídica de tal entendimiento.
- 3.30) TELEFÓNICA sostiene que no tendría asidero en el ordenamiento jurídico peruano que contempla que el tercero arbitrador arbitra sobre la base de su mero arbitrio o de la equidad, nada más; así como tampoco tendría asidero en el ordenamiento jurídico peruano que contempla que el cumplimiento defectuoso es equivalente al incumplimiento.
- 3.31) TELEFÓNICA indica que la consecuencia, bajo el Derecho peruano, de no actuar de conformidad con el encargo contractual sería hallarse en situación de cumplimiento defectuoso, que se trataría de un supuesto de incumplimiento por afectación al principio de identidad de la prestación.
- 3.32) TELEFÓNICA señala que no se comprendería la conclusión a la que llega el Tribunal Arbitral, destacando que los árbitros, en su calidad de juzgadores, pueden aplicar el principio del *iura novit curia*; no obstante, precisa que su empleo está sujeto a parámetros muy estrictos que tienen que ver principalmente con el aseguramiento de su derecho de defensa.
- 3.33) TELEFÓNICA expresa que el no haber anunciado la teoría del tercero arbitrador «de ejecución» como un posible camino argumentativo o que existe un criterio de arbitrio distinto al mero arbitrio o al arbitrio de equidad habría determinado la existencia de una afectación al derecho de defensa de TELEFÓNICA, quien no ha tenido oportunidad alguna de contraargumentar el planteamiento del Tribunal Arbitral; situación que habría colocado a las demandadas en una situación de preeminencia respecto de TELEFÓNICA.
- 3.34) TELEFÓNICA manifiesta que le correspondía al Tribunal Arbitral abrir el espacio al ejercicio del derecho de las Partes para que discutan sobre la posibilidad que el OSIPTEL sea un arbitrador «de ejecución» y así se habría aplicado el *principio iura novit curia* bajo estándares que permitan preservar la validez del laudo.
- 3.35) TELEFÓNICA sostiene que el encargo conferido al Tribunal Arbitral era decidir la controversia aplicando el derecho peruano, en tanto no existiría justificación en el derecho peruano para hablar de arbitrio «de ejecución», menos aún para otorgar esa categoría las particulares características y condiciones que el Tribunal Arbitral habría planteado en el Laudo Arbitral.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 3.1.) Finalmente, TELEFÓNICA afirma que la adopción de la postura del Tribunal Arbitral es de total relevancia, pues es sobre la base de ella que habría definido el sentido de la decisión desestimatoria respecto de la tercera pretensión principal.

IV. Absolución por parte del MTC

- 4.1) El MTC afirma que el pedido de laudo adicional formulado por TELEFÓNICA sería improcedente, en tanto el Tribunal Arbitral habría motivado extensamente y pronunciado explícitamente sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de la demanda.
- 4.2) El MTC señala que el Tribunal Arbitral, conforme al texto del Laudo Arbitral, habría motivado las razones por las cuales ha decidido que el OSITPEL emita una nueva decisión y también ha precisado que no corresponde ordenar al OSITPEL la emisión de una resolución en un determinado sentido, como alega TELEFÓNICA.
- 4.3) El MTC indica que el pedido de integración del Laudo Arbitral formulado por TELEFÓNICA, a través de una solicitud de laudo adicional, debe ser declarado improcedente por innecesario, habiendo cumplido el Tribunal Arbitral con el análisis necesario sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal.
- 4.4) Por otro lado, el MTC expresa, con relación a la alegada afectación al derecho de defensa por parte de TELEFÓNICA, que lo que se advierte es una discrepancia de TELEFÓNICA respecto a la decisión a la que arribó el Tribunal Arbitral respecto a la tercera pretensión principal, por lo que se trataría de un recurso de apelación contra el tercer extremo resolutivo.
- 4.5) Finalmente, el MTC manifiesta que la presunta afectación al derecho de defensa de TELEFÓNICA quedaría descartada porque en el Laudo Arbitral se habría motivado las razones por las que se rechazó la tercera pretensión principal de la demanda.

V. Absolución por parte del OSITPEL

- 5.1) El OSITPEL afirma que la solicitud de laudo adicional de TELEFÓNICA estaría referida a una supuesta omisión de pronunciamiento en el Laudo Arbitral, respecto de la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal. Asimismo, el OSITPEL expresa que TELEFÓNICA no habría formulado ningún otro pedido relacionado con algún otro extremo del Laudo Arbitral.
- 5.2) El OSITPEL señala que el Tribunal Arbitral sí se pronunció en el Laudo Arbitral sobre la pretensión que habría sido omitida según TELEFÓNICA y que, además de analizarla, la habría desestimado expresamente, conforme se advierte de las páginas 193 a 195 del Laudo Arbitral, por lo que las afirmaciones de TELEFÓNICA no se ajustarían a la verdad.

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 5.3) El OSIPTEL sostiene que, al resolver la pretensión subordinada, el Tribunal Arbitral le habría respondido a TELEFÓNICA que no corresponde ordenar al OSIPTEL que emita una resolución en determinado sentido, por lo que se corroboraría que dicha pretensión sí fue resuelta.
- 5.4) El OSIPTEL manifiesta que TELEFÓNICA no habría objetado el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la pretensión alegada, por lo que estaría consintiendo ese extremo del Laudo; es decir, TELEFÓNICA no habría reclamado el contenido del análisis del Tribunal Arbitral y solo habría señalado una supuesta omisión del Tribunal Arbitral, por lo que no existiría posibilidad de que TELEFÓNICA solicite su revisión.
- 5.5) El OSIPTEL indica que el pronunciamiento del Tribunal Arbitral sobre la pretensión que habría sido omitida es coherente con lo que se determinó en otros extremos del Laudo Parcial y del Laudo Final, que tampoco habrían sido objetados por TELEFÓNICA.
- 5.6) El OSIPTEL destaca que la solicitud de laudo adicional de TELEFÓNICA vulneraría el debido proceso, en tanto estaría variando la pretensión tratando de que el Tribunal Arbitral altere lo ya resuelto, conforme se podría apreciar en el numeral 15 de su solicitud de Laudo Adicional.
- 5.7) El OSIPTEL afirma que no habría identidad entre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal que TELEFÓNICA formuló en su demanda y la que ahora postula en su solicitud de Laudo Arbitral. El OSIPTEL, incluso, indica que TELEFÓNICA no habría logrado evitar que esa falta de identidad sea manifiesta, incluso, reconociéndola.
- 5.8) El OSIPTEL sostiene que la variación de la pretensión subordinada original que formula TELEFÓNICA, a través de su solicitud de laudo adicional, sería improcedente, en tanto no es posible introducir nuevas pretensiones, variar las supuestamente omitidas, ni para que el Tribunal Arbitral altere su decisión.
- 5.9) Finalmente, el OSIPTEL no comparte la argumentación de TELEFÓNICA sobre la alegada vulneración a su derecho de defensa, en tanto considera que lo señalado por TELEFÓNICA revelaría desavenencia con lo resuelto en un extremo del Laudo Arbitral.

VI. Sobre la solicitud de interpretación formulada por el MTC

- 6.1) El MTC formula una solicitud de interpretación del Laudo Arbitral, en tanto considera que existirían imprecisiones u oscuridades en él, basándose en el literal b) del artículo 58 de la Ley de Arbitraje.
- 6.2) El MTC indica que los extremos materia del pedido de interpretación son el primer y segundo extremo resolutivo, en los cuales se ha declarado fundadas la primera y segunda pretensiones principales de la demanda. Asimismo, el MTC señala que la aclaración de dichos extremos debería derivar en un nuevo pronunciamiento

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

respecto a la distribución de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos.

- 6.3) El MTC sostiene que, de la lectura del primer resolutivo y los numerales 1.30), 1.31), 1.34) y 1.35) de la parte considerativa del Laudo Arbitral, se advertiría una imprecisión respecto a la aplicación del principio de continuidad del servicio a la controversia.
- 6.4) El MTC expresa que el análisis del Tribunal Arbitral en el Laudo Arbitral partiría de aceptar que la empresa concesionaria debe prestar el servicio de telecomunicaciones con regularidad (sin interrupciones) y también se señala que la continuidad del servicio no implicaría que exista una imposibilidad de modificar los contratos de concesión.
- 6.5) El MTC manifiesta que existiría una oscuridad en el Laudo Arbitral respecto a que en el presente caso TELEFÓNICA ofreció un sustituto a la telefonía pública rural y dicha sustitución del servicio garantizaba la continuidad del servicio en los Centros Poblados Rurales, por lo que el MTC consulta ¿por qué se realiza una referencia a una modificación del contrato de concesión, cuando la sustitución del servicio ofrecida por la empresa concesionaria no implicaba la modificación del contrato, al tratarse de actos de gestión que hubieran permitido la continuidad del servicio?
- 6.6) El MTC indica que TELEFÓNICA habría propuesto inicialmente al OSIPTEL, que el servicio más ventajoso para el usuario es el servicio de telefonía móvil de voz con respecto al servicio de telefonía pública rural; por lo que, el servicio móvil de voz sería el sustituto ideal ante la disminución y/o el retiro de la telefonía pública en el Centros Poblados Rurales, lo cual cumpliría con el requisito de sustitución.
- 6.7) El MTC señala que, ante dicha propuesta, en el procedimiento llevado a cabo por el OSIPTEL en virtud de la solicitud del retiro de teléfonos públicos presentada por la empresa concesionaria, el regulador habría indicado que la empresa no cumplió con señalar si el servicio de telefonía móvil de voz tendría las características mínimas señaladas en el Oficio N.º 729-2019-MTC/27.
- 6.8) El MTC pregunta, considerando los antecedentes generados en el procedimiento iniciado por TELEFÓNICA para el retiro de los teléfonos públicos, ¿por qué no se ha considerado una interpretación global del CONTRATO relacionada a la conducta de TELEFÓNICA, en la medida que dicha empresa propuso el reemplazo de la Telefonía Pública Rural por el servicio móvil de voz para el usuario de Centros Poblados Rurales?
- 6.9) El MTC manifiesta que, en el considerando 1.49) del Laudo Arbitral se señala expresamente: «Telefónica propuso el reemplazo del TUP por el servicio móvil de voz para el usuario de CPR frente a un pedido de OSIPTEL, que no es parte del Contrato», por lo que formula la siguiente interrogante: ¿por qué no aplicar la interpretación global respecto a la conducta evidenciada por la empresa concesionaria, si dicha empresa inició el procedimiento ante OSIPTEL y se ha reconocido que el Regulador tenía la competencia para pronunciarse respecto a la propuesta de la concesionaria?

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 6.10) El MTC solicita que se aclare, además, ¿por qué no realizó la interpretación finalista del CONTRATO para resolver la controversia sobre la sustitución de los teléfonos públicos, considerando la finalidad perseguida en el objeto de la concesión, que es la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el área de la concesión?
- 6.11) El MTC afirma que resulta necesario un pronunciamiento aclaratorio del Tribunal Arbitral con relación a la razón por la que no ha considerado la finalidad del CONTRATO.
- 6.12) El MTC indica que no existiría pronunciamiento en el Laudo Arbitral respecto a que la verificación de la continuidad de la prestación del Servicio de Telefonía Fija en la modalidad de teléfonos públicos en áreas rurales es competencia exclusiva del OSIPTEL, conforme al «Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales», aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo N.º 158-2013-CD/OSIPTEL.
- 6.13) Por lo tanto, el MTC solicita la aclaración sobre la aplicación del principio de continuidad del servicio al resolver la primera y segunda pretensión principal, y precisa que no estaría formulando reconsideración o apelación.

VII. Posición del OSIPTEL

- 7.1) En el Tercer Otrosí Decimos de su escrito, el OSIPTEL solicita, con relación a la solicitud de interpretación del MTC, que esta sea valorada conforme a derecho, atendiendo a los argumentos esgrimidos por su codemandada.

VIII. Absolución por parte de TELEFÓNICA

- 8.1) TELEFÓNICA afirma que los tres pedidos de interpretación formulados por el MTC tienen por objeto que el Tribunal Arbitral modifique su decisión, en tanto el MTC estaría solicitando, de manera expresa, que el Tribunal Arbitral reexamine los argumentos que presentó en el arbitraje.
- 8.2) TELEFÓNICA expresa que una solicitud de interpretación del laudo debe servir para entender una parte considerativa o resolutive que no se entiende y, por el contrario, no debe servir para preguntar por qué no se consideró un argumento, lo cual se trataría de una apelación encubierta.
- 8.3) TELEFÓNICA señala que la solicitud del MTC debe ser desestimada porque encerraría una apelación encubierta, en tanto cuestionaría al Tribunal Arbitral con relación a los argumentos utilizados, lo cual se acreditaría con la manera en la que el MTC formula las preguntas en su escrito.
- 8.4) TELEFÓNICA indica que el propósito del pedido del MTC es que se cambie el sentido de lo decidido por el Tribunal Arbitral, ya que estaría cuestionando la motivación del Laudo Arbitral.

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones

Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 8.5) TELEFÓNICA manifiesta que el MTC afirma que habría imprecisión respecto a la aplicación del principio de continuidad del servicio, por lo que solicitó la interpretación del primer punto resolutivo junto a los considerandos 1.30), 1.31), 1.34) y 1.35) del Laudo Arbitral.
- 8.6) TEFÓNICA expresa que el MTC, en dicha solicitud, pide al Tribunal Arbitral aclarar por qué, dentro de dichos considerandos, se hace referencia a una modificación del CONTRATO, cuando la sustitución del servicio de telefonía pública rural que (supuestamente) ofreció TELEFÓNICA, no implicaba una modificación porque se trataba de actos de gestión que hubieran permitido la continuidad del servicio.
- 8.7) TELEFÓNICA sostiene que el Tribunal Arbitral no necesita emitir un pronunciamiento aclarando la interrogante del MTC, porque la respuesta a esta incógnita se encontraría en la propia lectura de los considerandos citados
- 8.8) TELEFÓNICA afirma que el MTC plantea esta interrogante con la intención de que el Tribunal Arbitral reconsidere y reconozca que no hay una modificación contractual que implique trasladar la responsabilidad de garantizar el principio de equidad al Estado, buscando alterar el pronunciamiento final emitido.
- 8.9) TELEFÓNICA precisa que no existe ninguna imprecisión en el razonamiento del Tribunal Arbitral, por lo que se evidenciaría que el MTC no está de acuerdo con dicho razonamiento ni con la decisión tomada.
- 8.10) TELEFÓNICA expresa que la misma situación se produciría con respecto al argumento del MTC de la interpretación global del CONTRATO, en la que el MTC solicita al Tribunal Arbitral que aclare por qué, a pesar de que TELEFÓNICA propuso reemplazar la telefonía pública con el servicio móvil, no se ha realizado una interpretación global.
- 8.11) TELEFÓNICA señala que el Tribunal Arbitral sí habría realizado una interpretación global del CONTRATO y destaca que, para comprender el desarrollo conceptual, debe observarse lo expuesto en el considerando 1.15) del Laudo Arbitral.
- 8.12) TELEFÓNICA sostiene que el Tribunal Arbitral ha sido claro al explicar por qué el servicio de telefonía pública propuesto por TELEFÓNICA no puede ser objeto de una interpretación global, por lo que sería evidente que la intención del MTC es que el Tribunal Arbitral altere su decisión y reexamine los alcances de la interpretación global.
- 8.13) TELEFÓNICA indica que el MTC solicita al Tribunal Arbitral aclarar por qué no se realizó la interpretación finalista del CONTRATO, considerando que la finalidad perseguida es la prestación de los servicios de telecomunicaciones.
- 8.14) TELEFÓNICA afirma que el Tribunal Arbitral ha sido claro al abordar la interpretación finalista, conforme se desprende del considerando 1.14) del Laudo Arbitral, así como reafirmado en el considerando 1.46) en el que el Tribunal Arbitral concluye que, dado que la cláusula 8.01 literal d) de la Parte II del CONTRATO es clara, no corresponde realizar una interpretación finalista del CONTRATO.

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 8.15) TELEFÓNICA manifiesta que el MTC habría indicado que el Tribunal Arbitral no se pronunció sobre la competencia exclusiva del OSIPTEL para supervisar la continuidad de la prestación del servicio de telefonía pública, ya que correspondería al OSIPTEL definir los parámetros necesarios para garantizar la continuidad del servicio-
- 8.16) TELEFÓNICA explica que, al igual que el Tribunal Arbitral, concuerda con el MTC en que (i) el OSIPTEL es el encargado de resolver las solicitudes de terminación del servicio de telefonía pública, y (ii) el servicio debe cumplir con los términos establecidos en el CONTRATO. Asimismo, TELEFÓNICA destaca que el Tribunal Arbitral, en el Laudo Parcial, estableció que el OSIPTEL adoptó una decisión sobre la base de un encargo contractual.
- 8.17) TELEFÓNICA sostiene que siempre habría considerado que el OSIPTEL debía evaluar la terminación del servicio de telefonía pública de acuerdo con los parámetros del CONTRATO.
- 8.18) TELEFÓNICA destaca que la terminación del servicio de telefonía pública no vulneraría el principio de equidad y manifiesta que, aunque TELEFÓNICA deje de prestar el servicio, correspondería al Estado promover mecanismos de inversión público-privada para asegurar la continuidad de los servicios de telecomunicaciones.
- 8.19) TELEFÓNICA señala que habría quedado demostrado que el MTC solicita un nuevo análisis de los argumentos con el propósito de que el Tribunal Arbitral reconsidere su decisión y modifique el contenido del primer y segundo punto resolutivo del Laudo Arbitral.
- 8.20) TELEFÓNICA indica que no existiría ambigüedad respecto de ninguna de las cuestiones aludidas por los pedidos del MTC y que el Tribunal Arbitral habría explicado claramente sus conclusiones.

IX. Análisis y decisión del Tribunal Arbitral

9.1) Solicitudes poslaudo de TELEFÓNICA

- 9.1.1) TELEFÓNICA solicita al Tribunal Arbitral la emisión de un laudo adicional con el fin de que este resuelva la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal. TELEFÓNICA fundamenta su pedido en el artículo 39 del Reglamento CNUDMI al cual remite el numeral 45 de las Reglas Definitivas del Arbitraje.
- 9.1.2) El numeral 45 de las Reglas Definitivas del Arbitraje aprobadas por la Orden Procesal N.º 2 de fecha 17 de abril de 2023 establece lo siguiente:

«Dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación del laudo, las partes podrán solicitar únicamente su interpretación, rectificación o una solicitud de laudo adicional conforme al artículo 39 del Reglamento del CNUDMI».

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

El artículo 39 del Reglamento CNUDMI señala lo siguiente:

- «1. Dentro de los 30 días siguientes a la recepción de la orden de conclusión del procedimiento o del laudo, cualquiera de las partes, notificando a las otras partes, podrá requerir del tribunal arbitral que dicte un laudo o un laudo adicional sobre las reclamaciones formuladas en el procedimiento arbitral pero no resueltas en su decisión.

[...]» (subrayado agregado).

9.1.3) Como se advierte, la solicitud del laudo adicional equivale a la solicitud de integración prevista en la Ley de Arbitraje.

9.1.4) Asimismo, en «OTROSÍ DECIMOS», TELEFÓNICA alega que el Tribunal Arbitral habría incurrido en una actuación que afecta su derecho de defensa. TELEFÓNICA sostiene que el debate arbitral se centró en la discusión respecto a si el encargo de OSIPTEL para determinar el número de teléfonos de uso público constituía un acto de ejercicio de función administrativa o si era un acto contractual de arbitrio¹.

Según TELEFÓNICA el Tribunal Arbitral habría introducido «una categoría jurídica jamás planteada, revisada o discutida por las partes. Se trata del llamado arbitrio “de ejecución”, el mismo que ni siquiera está previsto en la normativa peruana. Además, se introduce un tercer criterio de arbitrio —como señalamos, no contemplado en el ordenamiento jurídico peruano— ya que, para el Tribunal Arbitral, el arbitrio no es de mero arbitrio ni de equidad, sino algo distinto»².

9.1.5) El Tribunal Arbitral se pronunciará respecto a la solicitud de emisión de laudo adicional (solicitud de integración del Laudo Arbitral) y respecto a lo alegado por TELEFÓNICA en el OTROSÍ DECIMOS de la solicitud poslaudo

A) Marco teórico de las solicitudes de integración

9.1.6) De conformidad con el artículo 58 de la Ley de Arbitraje:

«... Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral...».

Como señala ARAMBURÚ YZAGA, la solicitud de integración del laudo tiene como objetivo «que el tribunal arbitral complete el laudo, de modo tal que se resuelvan también aquellos extremos de la controversia que se sometieron a su conocimiento

¹ Ver numeral 3 de «OTROSÍ DECIMOS» de la solicitud poslaudo de TELEFÓNICA (página 13).

² Ver numeral 7 del «OTROSÍ DECIMOS» de la solicitud poslaudo de TELEFÓNICA (página 14).

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

y que omitió resolver. Es decir, se busca que el tribunal arbitral corrija una omisión y resuelva todos los temas que se metieron a su conocimiento»³.

9.1.7) La infracción al principio de congruencia procesal determina la emisión de sentencias incongruentes; estas son: a) La sentencia *ultra petita*, cuando se resuelve más allá del petitorio o los hechos; b) La sentencia *extra petita*, cuando el juez se pronuncia sobre petitorios o hechos no alegados; c) La sentencia *citra petita*, en el caso que se omite total pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas; y, d) La sentencia *infra petita*, cuando el juzgador no se pronuncia sobre todos los petitorios o todos los hechos relevantes del litigio.

9.1.8) La solicitud de integración del laudo está dirigida a evitar laudos arbitrales *citra petita* o *infra petita*. El «principio de congruencia», aplicado al arbitraje, determina que debe existir una adecuación o correlación entre la pretensión y el laudo arbitral.

B) La solicitud de emisión de laudo adicional (solicitud de integración del Laudo Arbitral) de TELEFÓNICA

9.1.9) TELEFÓNICA solicita la emisión de un laudo adicional a fin de que se resuelva la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal.

9.1.10) La pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de TELEFÓNICA fue la siguiente:

«20. Subordinadamente a la pretensión c), que:

- d. Ordene a OSIPTEL emitir una resolución de terminación del servicio de telefonía pública respecto de los 505 centros poblados rurales listados en el informe de OSIPTEL No. 0366-DFI/SDF/2021, que son aquellos que se identifican como Medio Probatorio A-10».

9.1.11) En el punto IX el Tribunal Arbitral señaló las pretensiones formuladas por TELEFÓNICA que resolvería:

«El Tribunal Arbitral resolverá las siguientes pretensiones formuladas por TELEFÓNICA:

- 1) Que declare que para la reducción o terminación del servicio de TUP contemplado en la Parte II del CONTRATO, solo resultan aplicables las reglas establecidas en las cláusulas 8.01 (c) y (d) de la Parte II del CONTRATO, por lo que no resulta exigible la sustitución del servicio como requisito para declarar su terminación.
- 2) Que declare que OSPITEL resolvió incorrectamente la solicitud de terminación del servicio de TUP presentada por TELEFÓNICA

³ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. «Comentario al artículo 58 de la Ley de Arbitraje». En: ***Comentarios a la ley peruana de arbitraje***. Tomo I. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pág. 666.

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

mediante TP-AG-GGR-1053-16 del 3.5.2016 para los 505 CPR listados en el informe N.º 0366, que son aquellos que se identifican como Medio Probatorio A-10.

- 3) Que ordene la terminación del servicio de TUP para los 505 TUP listados en el Informe N.º 0366, que son aquellos que se identifican como Medio Probatorio A-10.

4) Subordinadamente a la pretensión 3), que:

Que ordene a OSIPTEL emitir una resolución de terminación del servicio de TUP respecto de los 505 CPR listados en el Informe N.º 0366, que son aquellos que se identifican como Medio Probatorio A-10.

- 5) Con relación a la solicitud de terminación del servicio de TUP prestado en 251 CPR presentada por TELEFÓNICA mediante TP-AG-GGR-1053-16 del 3.5.2016:

- a) Que declare que el requisito de inviabilidad económica establecido en la cláusula 8.01 (d) de la Parte II del CONTRATO, en lo que respecta al servicio de TUP, no solo se verifica si el servicio presenta beneficios negativos para la compañía y/o el tráfico promedio del servicio de TUP es decreciente, sino también si se produce cualquiera de las otras circunstancias establecidas por OSIPTEL en los considerandos 68 y 70 de su Informe N.º 0366.
- b) Que ordene a OSIPTEL emitir nuevo pronunciamiento sobre el pedido de terminación del servicio de TUP respecto de los 251 CPR en los cuales OSIPTEL no analizó si el servicio de TUP era inviable económicamente, disponiendo que tal evaluación debe ejecutarse aplicando los otros parámetros establecidos por OSIPTEL en los considerandos 68 y 70 de su Informe N.º 0366, y no solo vía la verificación de si el servicio presenta beneficios negativos para la compañía y/o el tráfico promedio del servicio de TUP es decreciente» (resaltado añadido).

Como se puede observar el Tribunal Arbitral se refirió a la pretensión subordinada en el numeral 4.

- 9.1.12) Teniendo en consideración lo antes señalado, en el Considerando 4 del Laudo Arbitral el Tribunal Arbitral analizó dicha pretensión y concluyó lo siguiente:

- «4.9) Por las razones expuestas corresponde que OSIPTEL emita una nueva decisión tomando en consideración lo resuelto por el Tribunal Arbitral en la primera pretensión principal, pero no corresponde que ordene que emita una resolución en un determinado sentido como pretende TELEFÓNICA».

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

- 9.1.13) El Tribunal Arbitral se refirió a la pretensión subordinada como «cuarta pretensión principal» y, en tal sentido, en el Cuarto Punto Resolutivo del Laudo Arbitral se señala:

«Cuarto: declarar **infundada** la cuarta pretensión principal de TELEFÓNICA».

- 9.1.14) Como se observa con absoluta claridad el Tribunal Arbitral no omitió pronunciarse sobre la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal, por lo que la solicitud de laudo adicional de TELEFÓNICA es improcedente. En todo caso, correspondería rectificar el Cuarto Punto Resolutivo del Laudo Arbitral con el siguiente tenor:

«Cuarto: declarar **infundada** la pretensión subordinada a la tercera pretensión principal de TELEFÓNICA».

C) Respecto a la alegación de TELEFÓNICA en el «OTROSÍ DECIMOS» del Laudo Arbitral

- 9.1.15) Si bien es cierto el «OTROSÍ DECIMOS» TELEFÓNICA no plantea una solicitud poslaudo el Tribunal Arbitral considera necesario pronunciarse al respecto.
- 9.1.16) En el numeral A del Considerando 3 del Laudo Arbitral el Tribunal Arbitral se plantea la siguiente pregunta «¿OSIPTEL cumple la función de tercero arbitrador?»

El Tribunal Arbitral se plantea la pregunta por cuanto TELEFÓNICA sostuvo que la función de OSIPTEL prevista en el literal (d) de la Sección 8.01 de la Parte II del CONTRATO era la del «tercer arbitrador», concretamente, sostenía que se trataba de un «arbitrio de determinación»⁴. Para el MTC, OSIPTEL no actuaba en el CONTRATO como «tercer arbitrador», sino como organismo regulador.

Que se tratara o no de un «arbitrio de determinación» fue cuestionado por el experto Rómulo Morales. Esto se advirtió en el Considerando 3.11 del Laudo Arbitral que se remite al Medio Probatorio C-15. Al respecto corresponde reproducir lo que el Tribunal Arbitral transcribió:

«Es por ello que en el Informe del Experto Rómulo Morales Hervias [Medio Probatorio C-15] se señala¹⁶³:

- «16. El Demandante se equivoca. Osiptel no es un tercero arbitrador porque no hay que determinar un objeto determinable en el Contrato de Concesión. El objeto del Contrato ya está perfectamente determinado en las Cláusulas 3.01 de las Partes I y II del Contrato. No existe contractualmente una

⁴ Esto como se advierte en el Considerando 3.11 fue cuestionado por el experto Rómulo Morales [Medio Probatorio C-15].

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

“determinación variable” del objeto del Contrato como el Demandante asevera».

Como se observa, entonces, la discusión era si la función de OSIPTEL prevista en el literal (d) de la Sección 8.01 de la Parte II del CONTRATO no era solo si se trataba de un «tercero arbitrador», sino concretamente si se trataba de un «arbitrio de determinación».

- 9.1.17) Del Considerando 3.1 al 3.28 el Tribunal Arbitral responde a la pregunta formulada y concluye que la función de OSIPTEL prevista en el literal (d) de la Sección 8.01 de la Parte II del CONTRATO no se trataba de una «arbitrio de determinación», sino «que la función que realiza OSIPTEL es una actividad de estimación; es decir, de prestación de un criterio decisorio».

En tal sentido, hubiera sido suficiente que el Tribunal Arbitral concluyera —como lo hizo— que no se trataba de un «arbitrio de determinación» como lo alegaba TELEFÓNICA y lo rechazaba el Experto Rómulo Morales Hervias [Medio Probatorio C-15]. El Tribunal Arbitral no se limitó a motivar el porqué no se trataba de un «arbitrio de determinación» como alegaba TELEFÓNICA, sino que calificó motivadamente la función de OSIPTEL como un «arbitrio de ejecución».

- 9.1.18) En sencillo, lo que el Tribunal Arbitral tenía que hacer —y lo hizo— es calificar la función de OSIPTEL prevista en el literal (d) de la Sección 8.01 de la Parte II del CONTRATO.

En tal sentido, si el Tribunal Arbitral considera que un acto jurídico es erróneamente calificado o se comete un error en calificar jurídicamente un hecho o circunstancia alegadas como fundamento de lo que se pide el Tribunal Arbitral puede, sin incurrir en incongruencia, proceder a la calificación correcta⁵.

- 9.1.19) Finalmente, TELEFÓNICA señala: «el Tribunal Arbitral introduce una categoría jurídica jamás planteada, revisada o discutida por las partes. Se trata del llamado arbitrio “de ejecución”, el mismo que ni siquiera está previsto en la normativa peruana»⁶ (subrayado agregado).

- 9.1.20) El Tribunal Arbitral considera necesario advertir que la afirmación de TELEFÓNICA resulta, por decir lo menos, temeraria. Bastaría con citar a DÍEZ-PICAZO —y TELEFÓNICA cita a este autor como argumento de autoridad en su demanda para defender su tesis del «arbitrio del tercero»— este autor se pregunta «¿Qué es el arbitrio de tercero?» y luego señala:

«Y ya en este primer punto encontramos una gran serie de discrepancias doctrinales, una gran serie de fórmulas dispares y, sobre todo, una gran confusión. Hay, pues, que proceder metódicamente al examen y análisis de estas dispares fórmulas y, lo que es más importante, a un contraste con los fenómenos que la realidad nos ofrece. Porque una definición conceptual, una

⁵ DE LA OLIVA SANTOS, Andrés. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*. Madrid: Thomson. Civitas, 2005, pág. 70-71.

⁶ Ver numeral 7 del «OTROSÍ DECIMOS» de la solicitud poslaudo de TELEFÓNICA (página 14).

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

definición, sólo resulta buena cuando se ha obtenido por inducción de los fenómenos que la experiencia permite observar»⁷.

En palabras sencillas, lo que señala el desaparecido jurista español es que para definir qué es el arbitrio del tercero lo que hay que determinar es la actividad que realiza el tercero por encargo de las partes (de la experiencia que se observa), sobre esta base, el tercero puede realizar diferentes actividades, una de ellas la de determinación, pero no es la única, también, por ejemplo, la de ejecución. En efecto, el «tercero arbitrador» se califica bajo diferentes criterios, entre ellos, de acuerdo con la actividad que las partes le atribuyen en el contrato (determinación, estimación) o al momento en que realizan la actividad (de formación, de ejecución).

En el caso concreto, el Tribunal Arbitral tenía que calificar la actividad que realiza OSIPTEL en virtud del literal (d) de la Sección 8.01 de la Parte II del CONTRATO. Si la función que realiza OSIPTEL es una actividad de estimación; es decir, de prestación de un criterio decisorio, como considera el Tribunal Arbitral, entonces, de acuerdo con la doctrina, se trata de un arbitrio de ejecución y no de determinación.

¿El hecho de que el Código Civil o alguna norma no haga referencia expresa al «arbitrio de ejecución» permite su descalificación como pretende insinuar TELEFÓNICA?, esto no resiste el menor análisis, bastaría, por ejemplo, citar la categoría de los contratos conexos», la teoría de los actos propio, la tolerancia, entre otras, que no están previstas por el ordenamiento jurídico y que, sin embargo, son utilizadas por la doctrina y la jurisprudencia.

- 9.1.21) Ahora bien, ¿es cierto que nuestro Código Civil no ha previsto el «arbitrio de ejecución»? El Tribunal Arbitral se remite a lo señalado en el artículo 1780 del Código Civil:

«Cuando se estipula que la obra se ha de hacer a satisfacción del comitente, a falta de conformidad, se entiende reservada la aceptación a la pericia correspondiente. Todo pacto distinto es nulo.

Si la persona que debe aceptar la obra es un tercero, se estará a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408» (subrayado agregado).

Como explica CABANILLAS SÁNCHEZ: «La aprobación de la obra es la declaración de voluntad del comitente por la que pone de manifiesto que la obra construida es conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato de obra»⁸.

La aceptación de la obra es, normalmente, la conclusión de la verificación; es decir, «el conjunto de operaciones, que tienen por objeto comprobar si la obra construida

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. **El arbitrio de un tercero en los negocios jurídicos**. Barcelona: Bosch, Casa Editora, 1957, pág. 31.

⁸ CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra». En: **Anuario de Derecho Civil**. Fascículo 2, Madrid, 1978, pág. 293.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

es conforme a las reglas del arte de la construcción, y a lo estipulado en el contrato de obra»⁹.

Por tanto, cuando la persona que debe aceptar la obra es un tercero estamos frente al caso del «arbitrio de ejecución» puesto que le corresponde al tercero determinar si la obra fue construida conforme a las reglas del arte de la construcción y a lo estipulado en el contrato de obra.

Como lo señala Díez PICAZO y también CABANILLAS SÁNCHEZ y, comentando el párrafo 2.º del artículo 1598 del Código Civil español (semejante al artículo 1780 del Código Civil peruano) se trata de una «arbitrio de aprobación»¹⁰; es decir, «Es un juicio de aprobación o desaprobación del cumplimiento»¹¹. Lo que explica la remisión que nuestro legislador hace a lo dispuesto en los artículos 1407 y 1408 del Código Civil.

9.2) Solicitud poslaudo del MTC

A) Marco teórico de la solicitud de interpretación

9.2.1) El numeral 45 de las Reglas Definitivas del Arbitraje aprobadas por la Orden Procesal N.º 2 de fecha 17 de abril de 2023 establece lo siguiente:

«Dentro de los diez (10) días hábiles posteriores a la notificación del laudo, las partes podrán solicitar únicamente su interpretación, rectificación o una solicitud de laudo adicional conforme al artículo 39 del Reglamento del CNUDMI» (subrayado agregado).

El artículo 58 de la Ley de Arbitraje establece que:

«... cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución...».

Comentando este artículo de la Ley de Arbitraje, ARAMBURÚ YZAGA señala: «... la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto. Es decir, al igual que la rectificación, la interpretación no puede utilizarse como una apelación encubierta»¹². Más adelante añade que: «... la regla general es que únicamente pueda interpretarse la parte resolutive del laudo, sin embargo, si el razonamiento expresado por el tribunal arbitral no es coincidente con lo expresado en la parte resolutive, o mejor dicho, si el

⁹ IBIDEM, pág. 290.

¹⁰ Díez-PICAZO, Luis. OB. CIT., pág. 153-154. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio. «La recepción de la obra». En: OB. CIT., pág. 298.

¹¹ Díez-PICAZO, Luis. OB. CIT., pág. 154.

¹² ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. «Comentarios al artículo 58». En: **Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje**. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pág. 664.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

razonamiento puede generar dudas respecto a los efectos del laudo, cabe solicitar la interpretación de algún extremo de la parte analítica del laudo arbitral»¹³.

9.2.2) Como puede advertirse, la solicitud de interpretación procede en dos supuestos: (i) Cuando existe algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo; o, (ii) Cuando existe algún extremo oscuro, impreciso o dudoso en la parte considerativa que influya en la parte decisoria del laudo para determinar los alcances de la ejecución.

9.2.3) Dicho esto, solo se puede interpretar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa, en cuanto su comprensión sea determinante para la ejecución adecuada de lo ordenado. Una «aclaración» de los fundamentos sin que la misma sea necesaria para la adecuada ejecución del laudo, de la evaluación de las pruebas, o del razonamiento expuesto en el laudo, es evidentemente improcedente; y, como tal, debe ser desestimada.

En suma, a través de una solicitud de interpretación (o aclaración) no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del tribunal arbitral; caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación. La función de la interpretación del laudo arbitral no es que se revise el fondo de la controversia, ni mucho menos sirva de pretexto para solicitar una apelación encubierta al tribunal arbitral.

B) La solicitud de interpretación del MTC

9.2.4) El MTC señala en su solicitud poslaudo lo siguiente: «...presentamos Solicitud de interpretación del Laudo Final, al haberse verificado que existen decisiones y fundamentación que las respaldan, que deben ser aclaradas»¹⁴.

Más adelante señala:

«4. Los extremos materia del pedido de interpretación son el primer y el segundo extremo resolutive del Laudo, en los que cuales [sic] se ha declarado fundadas la primera pretensión principal y la segunda pretensión principal. Asimismo, la aclaración de los primeros extremos resolutive, debería derivar en un nuevo pronunciamiento arbitral respecto a la distribución de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje»¹⁵.

9.2.5) Como se observa, entonces, el MTC formula una solicitud de interpretación referida al Primer y al Segundo Punto Resolutive del Laudo Arbitral.

¹³ IBIDEM, pág. 666.

¹⁴ Numeral 1 de la solicitud poslaudo del MTC (página 2).

¹⁵ Numeral 4 de la solicitud poslaudo del MTC (página 2).

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

Asimismo, el MTC señala «la aclaración de los primeros extremos resolutivos, debería derivar en un nuevo pronunciamiento arbitral respecto a la distribución de los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del Centro de Arbitraje».

Respecto de este último punto el Tribunal Arbitral recuerda que a través de una solicitud de interpretación (o aclaración) no se podrá pedir la alteración de la decisión del tribunal arbitral; por tanto, no es posible sostener que la interpretación que realice el Tribunal Arbitral pueda dar lugar a un «nuevo pronunciamiento».

9.2.6) Respecto a la solicitud de interpretación el MTC señala:

- «1. De la lectura del primer resolutivo y los numerales 1.30), 1.31), 1.34) y 1.35) de la parte considerativa del Laudo, advertimos una imprecisión u oscuridad respecto a la aplicación del principio de continuidad del servicio a la presente controversia»¹⁶.

Luego señala:

- «11. Considerando los antecedentes generados en el procedimiento iniciado por la empresa concesionaria para el retiro de los teléfonos públicos, tenemos la siguiente interrogante: **¿por qué no se ha considerado una interpretación global del Contrato relacionada a la conducta de TELEFÓNICA, en la medida que dicha empresa propuso el reemplazo de la Telefónica Pública Rural por el servicio móvil de voz para el usuario de Centros Poblados Rurales?»**¹⁷ (resaltado en el original).

También señala:

- «13. Asimismo, pedimos que se aclare ¿por qué no realizó la interpretación finalista del Contrato para resolver la controversia sobre la sustitución de los teléfonos públicos, considerando la finalidad perseguida en el objeto de la concesión, que es la prestación de los servicios de telecomunicaciones en el área de la concesión?»¹⁸.

Finalmente:

- «20. En consecuencia, pedimos la aclaración sobre la aplicación del principio de continuidad del servicio al resolver la primera y segunda pretensión principal, y precisamos que no estamos formulando reconsideración o apelación, estamos indicando que existe oscuridad

¹⁶ Numeral 6 de la solicitud poslaudo del MTC (página 3).

¹⁷ Numeral 11 de la solicitud poslaudo del MTC (página 4).

¹⁸ Numeral 13 de la solicitud poslaudo del MTC (página 4).

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

o imprecisión en la fundamentación del laudo respecto a la continuidad del servicio que se exige a todo concesionario»¹⁹.

9.2.7) El Primer Punto Resolutivo señala:

«[...] declarar fundada la primera pretensión principal de TELEFÓNICA, por tanto, corresponde declarar que para la reducción o terminación del servicio de telefonía pública contemplado en la Parte II del CONTRATO, solo resultan aplicables las reglas establecidas en las cláusulas 8.01 (c) y (d) de la Parte II del CONTRATO, por lo que no resulta exigible la sustitución del servicio como requisito para declarar su terminación.

Por su parte, el Segundo Punto Resolutivo establece:

«[...] declarar fundada la segunda pretensión principal de TELEFÓNICA, por tanto, corresponde declarar que OSIPTEL resolvió incorrectamente la solicitud de terminación del servicio de telefonía pública presenta por TELEFÓNICA mediante TP-AG-GGR-1053-16 del 3 de mayo de 2016 para los 505 centros poblados rurales listados en el informe de OSIPTEL N.º 03666-DFI/SDF/2021 identificados como Medio Probatorio A-10».

9.2.8) Como lo ha señalado el Tribunal Arbitral, solo se puede interpretar la parte resolutive del laudo o, excepcionalmente, la parte considerativa, en cuanto su comprensión sea determinante para la ejecución adecuada de lo ordenado.

Como puede apreciarse, el MTC no señala, en estricto, que exista algún extremo oscuro, impreciso o dudoso en la parte decisoria del Laudo Arbitral. Tampoco que exista algún extremo oscuro, impreciso o dudoso en la parte considerativa que influya en la parte decisoria del Laudo Arbitral para determinar los alcances de la ejecución

9.2.9) Por lo tanto, la Primera Solicitud de Interpretación del MTC es improcedente.

9.2.10) En estricto el MTC objeta la motivación del Laudo Arbitral. Sin embargo, hay que advertir que no existe remedio en la Ley de Arbitraje para el laudo que se considera insuficiente o defectuosamente motivado²⁰.

En efecto, al respecto, BULLARD GONZÁLEZ sostiene que: «no existe remedio para el laudo defectuosamente motivado y esa ha sido la intención de la LA» y luego añade: «...la interpretación conjunta del artículo 56 con el 62 de la LA implica que lo que se exige es la existencia de motivación, y no la calidad de la misma. De no ser así se estaría creando por vía indirecta y de manera solapada, un recurso de apelación que permitiría revisar el fondo de la controversia y las motivaciones de

¹⁹ Numeral 20 de la solicitud poslaudo del MTC (página 4).

²⁰ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 56». En: **Comentarios a la ley peruana de arbitraje**. Tomo I. Coordinadores: Carlos Alberto Soto Coaguila y Alfredo Bullard González. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011, pág. 631.

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

los árbitros. Ello claramente es algo negado por el espíritu de la ley y por el texto de los artículos mencionados»²¹.

Asimismo, en el Pleno Jurisdiccional Regional Comercial (Tema IV) se plantea la siguiente pregunta: «¿Es exigible el reclamo previo cuando en el recurso de anulación se denuncia vicio de motivación?» y en mayoría se determinó lo siguiente:

«El Pleno adoptó por MAYORÍA la segunda ponencia que enuncia lo siguiente: “El recurso de anulación de laudo sustentado en alegación de vulneración del derecho a la debida motivación, no es improcedente por falta de reclamo expreso, por cuanto ninguno de los recursos taxativamente previstos por el artículo 58° [sic] de la Ley de Arbitraje es idóneo para corregir los vicios de motivación del laudo, resultando por ende inconducente cualquier reclamo sobre el particular en sede arbitral, no siendo exigible la interposición de cualquier otro recurso no previsto por la ley a la luz del inciso 7 del artículo 63 de la citada ley»²².

Como se observa la conclusión plenaria resalta el carácter taxativo de los recursos previstos por el artículo 58 de la Ley de Arbitraje y considera que es inconducente cualquier reclamo para corregir vicios de motivación del laudo en sede arbitral. Por ello, concluye que no es exigible la interposición de cualquier otro previsto por la Ley de Arbitraje a la luz del inciso 7 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

Por lo tanto, si a través de la solicitud de interpretación se quisiera cuestionar la motivación del Laudo Arbitral esta resulta improcedente.

- 9.2.11) Sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal Arbitral considera no haber incurrido en motivación insuficiente, defectuosa o aparente, pues ha explicado el itinerario lógico que ha recorrido para llegar a su conclusión²³.

Como lo ha señalado el Tribunal Constitucional:

- «7. En consecuencia, el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales implica la exigencia de que el órgano jurisdiccional sustente de manera lógica y adecuada los fallos que emita en el marco de un proceso. Ello no supone, en absoluto, contar con una determinada extensión de la motivación, sino fundamentalmente que exista: a) fundamentación jurídica, lo que supone que se exprese no solo la

²¹ BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. «Comentario al artículo 56». En: OB. CIT., pág. 631.

²² Página 19 de las Conclusiones del Pleno Jurisdiccional Regional Comercial – sobre anulación y ejecución de laudos arbitrales y embargo de bienes estatales» realizado los días 30 de setiembre y 1 de octubre de 2016.

²³ «La motivación de las sentencias es, verdaderamente, una garantía grande de justicia, cuando mediante ella se consigue reproducir exactamente, como en un croquis topográfico, el itinerario lógico que el juez ha recorrido para llegar a su conclusión; en tal caso, si la conclusión es equivocada, se puede fácilmente determinar, a través de la motivación en qué etapa de su camino perdió el juez la orientación» (Calamandrei, Piero. ***Elogio de los jueces escrito por un abogado***).

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra

norma aplicable al caso, sino que también se explique y justifique por qué el hecho investigado se encuentra enmarcado en los supuestos que la norma prevé; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun cuando esta sea sucinta o se establezca el supuesto de motivación por remisión [Cfr. Sentencia emitida en el Expediente 04348-2005-PA/TC]»²⁴.

9.2.12) Respecto a cada uno de los extremos que el MTC solicita «aclaración» el Tribunal Arbitral ha justificado de manera suficiente la decisión adoptada y se remite a los Considerandos respectivos, resulta claro, entonces, que el MTC a través de la solicitud poslaudo expresa su discrepancia de lo resuelto por el Tribunal Arbitral. Pero a través de una solicitud de interpretación (o aclaración) no se puede pedir la alteración de la decisión del tribunal arbitral; caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación.

9.2.13) Por lo expuesto, la solicitud de interpretación del MTC es improcedente.

RESUELVE:

Primero: declarar **improcedente** la solicitud de emisión de un laudo adicional de TELEFÓNICA.

Segundo: respecto al «OTROSÍ DECIMOS» de la solicitud poslaudo de TELEFÓNICA téngase presente. El Tribunal Arbitral se remite lo señalado en los Considerandos 5.1.15 al 5.1.20.

Tercero: declarar **improcedente** la Solicitud de Interpretación del MTC.

Cuarto: de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, declarar que esta Orden Procesal forma parte del Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.



Luciano Barchi Velaochaga
Presidente

²⁴ Pleno. Sentencia 392/2022. Exp. N.º 00414-2022-PHC/TC.

Laudo Complementario al Laudo Arbitral de Derecho

Arbitraje seguido por Telefónica del Perú S.A.A. contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
Caso arbitral N.º 0609-2022-CCL

Tribunal Arbitral

Luciano Barchi Velaochaga (presidente)

Roxana Jiménez Vargas-Machuca

Gonzalo García Calderón Moreyra



Roxana Jiménez Vargas-Machuca
Árbitra



Gonzalo García Calderón Moreyra
Árbitro