



TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Análisis de los pronunciamientos judiciales emitidos en procesos contencioso administrativos sobre impugnación de resoluciones de las instancias de solución de controversias.

Diciembre 2010¹

¹ Elaborado por la Secretaria Técnica María Luisa Egúsquiza Mori y con la colaboración de la señorita Noelia Carreras Schabauer.

TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	4
1. Marco legal referido a la revisión judicial de los pronunciamientos finales de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL	5
1.1 Disposiciones constitucionales	
1.2 Disposiciones establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General	
1.3 Disposiciones establecidas en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo	
1.4 Disposiciones establecidas en los Reglamentos del OSIPTEL	
2. Sistemas de revisión judicial a nivel internacional	13
2.1 Unión Europea	
2.2 Francia	
2.3 Reino Unido	
2.4 Estados Unidos de Norteamérica	
3. Análisis de los casos resueltos por las instancias de solución de controversias sometidos a revisión por parte del Poder Judicial en sede contencioso administrativa.....	19
3.1 Casos sobre adecuación automática de los contratos de interconexión a la mejor condición económica	
3.1.1 Bellsouth Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. Expediente N° 010-2002-CCO-ST/IX.	
3.1.2 Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú. Expediente N° 004-2001.	
3.2 Casos sobre suspensión indebida de la interconexión	
3.2.1 Ditel Corporation S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 016-2003-CCO-ST/IX.	
3.2.2 Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 018-2003-CCO-ST/IX.	
3.3 Casos sobre negativas injustificadas y otras prácticas anticompetitivas	
3.3.1 Red Científica Peruana contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 001-1996. Negativa injustificada de trato.	
3.3.2 AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 003-2001. Negativas injustificadas de trato, discriminación y sabotaje.	

3.4 Análisis general sobre los pronunciamientos judiciales emitidos en sede contencioso administrativa sobre resoluciones finales de las instancias de solución de controversias

Conclusiones..... 40

Bibliografía..... 41

INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia y la regulación económica son áreas de la intervención del Estado en la economía en las que se ven involucradas instituciones que cumplen funciones diversas en el aparato estatal, tal como lo son la función jurisdiccional y la función administrativa.

En el sector de las telecomunicaciones, los principales actores en el mercado, en lo que al Estado se refiere, son el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, y, en menor medida, los Gobiernos Locales. Asimismo, la actuación de dichas entidades, bajo ciertos presupuestos, cuenta con un revisor, el Poder Judicial en la vía del proceso contencioso administrativo.

Específicamente en el caso de los procedimientos sobre infracciones a las normas de libre y leal competencia, interconexión y acceso y uso compartido de la infraestructura, es el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL –en adelante, TSC-, quien se encarga de resolver en segunda y última instancia administrativa las apelaciones de las resoluciones emitidas por los Cuerpos Colegiados. Los pronunciamientos finales del TSC pueden ser materia de revisión judicial vía los procesos contencioso administrativos.

Si bien el Poder Judicial es una instancia revisora de la actuación de las entidades administrativas, es claro que en la medida que puede reformar e incluso, en el extremo, sustituir el acto o actuación administrativa cuestionado por el administrado, se trata de un actor en el desarrollo y la aplicación del derecho de la competencia y de las normas regulatorias sancionadoras en el sector de las telecomunicaciones peruano. Por ello, la relación existente entre las agencias de competencia y organismos reguladores con el Poder Judicial es un aspecto relevante a ser tomado en cuenta por los agentes del mercado. Dicha relación debe ser estudiada a partir de los parámetros legales y de la revisión que, en los hechos, ha efectuado el Poder Judicial de los pronunciamientos administrativos sometidos a su competencia, a fin de obtener información que permita establecer una interacción que resulte positiva y de esa forma coadyuvar al logro de los fines del derecho de la competencia y de la regulación económica.

Diversos estudios internacionales han analizado la relación entre las agencias de competencia y reguladores (en tanto entes administrativos) con el Poder Judicial. En particular, cabe resaltar el estudio elaborado por la *International Competition Network* (ICN)² en los años 2006 y 2007 referido al derecho de la competencia y las autoridades judiciales de diferentes países, incluyendo al Perú, sobre la base de encuestas a sus autoridades de competencia. Dichos estudios concluyen que la tradición legal y el nivel de desarrollo del país tienen efectos en la aplicación de las políticas de competencia.

Asimismo, los referidos estudios señalan que es importante dar atención a la problemática de revisión judicial en los casos de control de conductas y multas dado

² International Competition Network, Competition Policy Implementation Working Group – Sub Group 3. *Competition and the Judiciary: 2nd Phase – Case Studies*. 6th ICN Annual Conference, Moscow, Russia. 2007. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc594.pdf>

que los jueces tienen un rol importante en el desarrollo de las políticas de competencia. Algunos problemas identificados en las relaciones entre las agencias administrativas y las autoridades judiciales son: interpretaciones divergentes, problemas procesales (debido proceso), estándar de prueba aplicado, exigibilidad de las sanciones pecuniarias por defectos en las reglas para calcularlas. Por ello, se señala que es importante que las autoridades de competencia y las cortes en los países en desarrollo interactúen eficientemente para mejorar la efectividad de la política de competencia como un todo.

En tal sentido, el objetivo final del documento es identificar aspectos que permitan perfeccionar la labor institucional del OSIPTEL en la solución de controversias y, a la vez, orientar a los agentes del mercado al darles un panorama de las diversas instancias que intervienen en la solución de una controversia y sus criterios resolutivos.

De acuerdo con ello, en primer lugar, se describe el marco legal referido a la revisión judicial de los pronunciamientos finales de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL. En segundo lugar, se incluye una breve descripción de los sistemas internacionales de revisión judicial a fin de tener una visión comparativa sobre las tendencias internacionales en dicha materia. Finalmente, a partir de la revisión de los pronunciamientos judiciales emitidos en procesos contencioso administrativos ya concluidos, sobre las resoluciones finales de las instancias de solución de controversias, se busca distinguir los temas y materias que fueron impugnados y posteriormente analizados por el Poder Judicial en sus diversas instancias.

1. MARCO LEGAL REFERIDO A LA REVISIÓN JUDICIAL DE LOS PRONUNCIAMIENTOS FINALES DE LAS INSTANCIAS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS DEL OSIPTEL

El OSIPTEL es la vía administrativa previa y obligatoria para resolver los conflictos entre empresas sobre temas vinculados a las normas sobre libre y leal competencia (Decretos Legislativos 1034 y 1044), aspectos técnicos económicos y jurídicos relacionados con la interconexión, el derecho de acceso a red y las discrepancias derivadas de la ejecución de las normas sobre compartición de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones (Ley 28295 y Decreto Legislativo 1019).

Las instancias de solución de controversias del OSIPTEL son los Cuerpos Colegiados en primera instancia y el TSC en segunda y última instancia³. Agotada esta vía es posible recurrir al Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo.

Como puede apreciarse, el TSC es un tribunal administrativo cuyas decisiones son impugnables ante el Poder Judicial. Dicha posibilidad hace que en sede judicial, se efectúe un control de legalidad sobre la actuación del ente administrativo. A continuación, se presenta un breve análisis de las normas que regulan el

³ LEY Nº 27336, Art. 36º.- Procedimiento de solución de controversias en la vía administrativa
Son competentes para resolver controversias:

a) En primera instancia: el Cuerpo Colegiado.

b) En segunda instancia: el Tribunal Administrativo, de acuerdo a la legislación aplicable.

denominado proceso contencioso administrativo, instrumento a través del cual los administrados pueden cuestionar las decisiones del TSC ante el Poder Judicial.

1.1 Disposiciones constitucionales

El artículo 148⁴ de la Constitución Política del Perú de 1993 señala que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa. El referido artículo da luces respecto de la relación existente entre los organismos que integran el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. En tal sentido, dicho artículo consagra la facultad revisora de los actos administrativos que ostenta el Poder Judicial como instancia de revisión de la legalidad de los pronunciamientos administrativos.

1.2 Disposiciones establecidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG)

La disposición constitucional reseñada en el acápite precedente ha sido desarrollada legislativamente en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG), en su artículo 218⁵ el cual señala que los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso administrativo a que se refiere el artículo 148^o de la Constitución. De acuerdo a lo dispuesto por la LPAG, uno de los actos que agota la vía administrativa es aquél emitido por tribunales o consejos administrativos regidos por leyes especiales. Dicha disposición busca resguardar la autonomía de aquellos órganos colegiados que ostentan facultad de decisión en última instancia administrativa sobre cuestiones contenciosas al someter sus decisiones al control jurisdiccional directo por parte del Poder Judicial⁶. Ello, en tanto el TSC del OSIPTEL, conjuntamente con otros tribunales de similar naturaleza, configuran un supuesto particular al gozar de autonomía funcional y no estar sujetos a la organización jerárquica de la entidad administrativa.

⁴ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ DE 1993. Art. 148.-** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

⁵ **LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL. Artículo 218- Agotamiento de la vía administrativa.-**

218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales.

⁶ **MORÓN URBINA, Juan Carlos.** Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pág. 603.

1.3 Disposiciones establecidas en la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (LPCA)

1.3.1 Naturaleza y finalidad del proceso contencioso administrativo

Conforme a la doctrina⁷, el proceso contencioso administrativo se fundamenta en:

- (i) El Estado constitucional y el principio de constitucionalidad pues en dicho modelo se concibe que la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos se encuentran sometidos, aunque de diversa forma, a la ley y en última instancia a la Constitución.
- (ii) Los derechos fundamentales, pues cualquier acto derivado del Estado que pretenda vulnerarlos supondrá un acto que afecta principios básicos de la colectividad.
- (iii) La necesidad de control entre los diversos órganos del Estado ya que el proceso contencioso permite el control interorgánico entre los diversos detentadores de poder de la gestión estatal; y,
- (iv) El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva⁸ en la medida que existe la necesidad que el Estado garantice a los particulares, el acceder a los órganos jurisdiccionales para que se tutelen sus derechos frente a una actuación administrativa que no se halla conforme a derecho.

En resumen, el proceso contencioso administrativo es el instrumento a través del cual los particulares pueden, en ejercicio de su derecho de acción, solicitar tutela jurisdiccional efectiva frente a una actuación de la Administración Pública⁹. El Poder Judicial, por tanto, realiza un control de legalidad de la actuación administrativa.

1.3.2 Competencia, efectos de la interposición de la demanda y medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo

Determinados temas procesales incluidos en la LPCA deben ser analizados para obtener un panorama más claro de los procesos contencioso administrativos en los que se demande al OSIPTEL en tanto organismo administrativo. Ellos son: la competencia funcional para conocer de las demandas contencioso administrativas, los efectos de la interposición de la demanda en el acto administrativo impugnado; y, finalmente, la posibilidad de dictar medidas cautelares.

Respecto a la competencia funcional, un reciente cambio en la LPCA ha modificado el trámite que se daba cuando el objeto de la demanda versaba sobre una actuación de los tribunales de los organismos reguladores para lo cual era competente, en primera instancia, la Sala Contencioso administrativa de la Corte Superior que correspondía por cuestión de territorio y la Sala Civil de la Corte Suprema como segunda instancia, dejándose la posibilidad de interponer casación ante la Sala Constitucional y Social de la misma¹⁰. La Ley 29364, publicada el 28 de mayo de

⁷ Al respecto ver: **PRIORI POSADA, Giovanni**. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Ara Editores, 2007. Pág. 61.

⁸ El derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar tutela de una situación jurídica que se alega está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las garantías mínimas, luego de lo cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución.

⁹ *Ibíd.* pp. 81.

¹⁰ En efecto, el artículo 11 del TULO de la LPCA señalaba lo siguiente:

2009 y que entró en vigencia a los seis meses, modificó al artículo 11º del TUO de la LPCA y eliminó el referido tratamiento por lo que la primera instancia será el Juez Especializado y la Segunda la Sala Especializada en lo contencioso administrativo¹¹.

Sobre los efectos de la admisión de la demanda es necesario contrastar las disposiciones de la LPCA con aquellas del TUO de la Ley de Ejecución Coactiva (en adelante, LEC). En principio, el artículo 25º de la LPCA¹² señala que la admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo¹³ salvo que exista una medida cautelar o la ley lo establezca. Considerando este último supuesto, la LEC, como norma que se aplica para la ejecución de obligaciones no tributarias exigibles coactivamente provenientes de relaciones jurídicas de derecho público¹⁴, ha establecido en su artículo 16º numeral 1¹⁵ que el ejecutor coactivo

Competencia funcional.- Tiene competencia funcional para conocer el proceso contencioso administrativo en primera instancia el Juez Especializado en lo Contencioso Administrativo.

Cuando el objeto de la demanda verse sobre una actuación del Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, Tribunal Fiscal, Tribunal del INDECOPI, Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado - OSCE, Consejo de Minería, Tribunal Registral, Tribunal de Servicio Civil y los denominados Tribunales de Organismos Reguladores, es competente, en primera instancia, la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior respectiva. En este caso, la Sala Civil de la Corte Suprema resuelve en apelación y la Sala Constitucional y Social en casación, si fuera el caso.

En los lugares donde no exista Juez o Sala especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

¹¹ **TUO LPCA. Artículo 11.- Competencia funcional.-** Son competentes para conocer el proceso contencioso administrativo el Juez Especializado y la Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, en primer y segundo grado, respectivamente.

En los lugares donde no exista juez o Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo, es competente el Juez en lo Civil o el Juez Mixto en su caso, o la Sala Civil correspondiente.

¹² **TUO LPCA. Artículo 25.- Efecto de la Admisión de la demanda**

La admisión de la demanda no impide la vigencia ni la ejecución del acto administrativo, salvo que el Juez mediante una medida cautelar o la ley, dispongan lo contrario.

¹³ *“Uno de los privilegios de la Administración es el de la ejecutividad de los actos administrativos, conforme al cual el inicio del proceso contencioso administrativo no supone la suspensión del acto impugnado, salvo, claro está, que en el proceso se haya solicitado alguna medida cautelar tendiente a suspender los efectos del acto impugnado. Dicho privilegio es especialmente grave cuando el acto administrativo impugnado ha sido dictado en ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.” PRIORI. Op. Cit. Pág. 166.*

¹⁴ **TUO LEC. Artículo 8.- Ámbito de aplicación.**

El presente capítulo es de aplicación exclusiva para la ejecución de Obligaciones no tributarias exigibles coactivamente, provenientes de relaciones jurídicas de derecho público.

Artículo 12.- Actos de ejecución forzosa.- Los actos de ejecución forzosa regulados en el presente capítulo son los siguientes:

a) Cobro de ingresos públicos distintos a los tributarios, nacidos en virtud de una relación jurídica regida por el derecho público, siempre que corresponda a las obligaciones a favor de cualquier Entidad, proveniente de sus bienes, derechos o servicios distintos de las obligaciones comerciales o civiles y demás del derecho privado;

b) Cobro de multas administrativas distintas a las tributarias, y obligaciones económicas provenientes de sanciones impuestas por el Poder Judicial;

c) Demoliciones, construcciones de cercos o similares; reparaciones urgentes en edificios, salas de espectáculos o locales públicos, clausura de locales o servicios; y, adecuación a reglamentos de urbanización o disposiciones municipales o similares, salvo regímenes especiales;

d) Todo acto de coerción para cobro o ejecución de obras, suspensiones, paralizaciones, modificación o destrucción de las mismas que provengan de actos administrativos de cualquier Entidad, excepto regímenes especiales.

¹⁵ **TUO LEC. Artículo 16.1.-** Ninguna autoridad administrativa o política podrá suspender el Procedimiento, con excepción del ejecutor que deberá hacerlo, bajo responsabilidad, cuando:
(...)

deberá suspender el procedimiento de ejecución coactiva si se encuentra en trámite un proceso contencioso administrativo contra el acto que sirve de título para la ejecución. Dicha disposición fue introducida en la LEC por la Ley 28165. Esta última fue objeto de una acción de inconstitucionalidad en la cual el Tribunal Constitucional se pronunció respecto a la racionalidad de la norma a nivel constitucional.

En efecto, en la sentencia recaída en el Expediente N° 0015-2005-PI/TC, proceso de inconstitucionalidad iniciado por la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el artículo 1° de la Ley 28165 que modificó, entre otros, el inciso e) del numeral 16.1 del artículo 16° de la Ley 26979, el Tribunal Constitucional señaló que al suspenderse la tramitación del procedimiento de ejecución coactiva se evita que la administración ejecute el patrimonio del administrado, situación que garantiza la efectividad de las decisiones del Poder Judicial. Asimismo, señaló que:

“Evidentemente, las demandas contencioso-administrativas o de revisión judicial del procedimiento no serían efectivas si la Administración ejecutó coactivamente el cumplimiento de una obligación antes de conocer el pronunciamiento en sede judicial sobre la actuación de la administración pública o sobre la legalidad y el cumplimiento de las normas previstas para la iniciación y el trámite del procedimiento de ejecución coactiva.”¹⁶

La posición del TC ha sido respaldada por diversos sectores de la doctrina nacional¹⁷. Por tanto, la sola interposición de la demanda contencioso administrativa suspenderá el cobro de las multas u otros actos susceptibles de ejecución coactiva que de ser el caso fueron ordenados en el acto impugnado.

Finalmente, el último aspecto procesal a referirse en la presente sección es el de la posibilidad del juez de dictar medidas cautelares en el marco de un proceso contencioso administrativo. Sobre ello debe indicarse que la LPCA prevé la posibilidad de que el juez dicte antes de iniciado el proceso o durante el mismo, medidas cautelares de acuerdo a las normas generales establecidas en el Código Procesal Civil¹⁸.

e) Se encuentre en trámite o pendiente de vencimiento el plazo para la presentación del recurso administrativo de reconsideración, apelación, revisión o demanda contencioso-administrativa presentada dentro del plazo establecido por ley contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, o contra el acto administrativo que determine la responsabilidad solidaria en el supuesto contemplado en el artículo 18, numeral 18.3, de la presente Ley;

(...)

16.2 Adicionalmente, el procedimiento de ejecución coactiva deberá suspenderse, bajo responsabilidad, cuando exista mandato emitido por el Poder Judicial en el curso de un proceso de amparo o contencioso administrativo, o cuando se dicte medida cautelar dentro o fuera del proceso contencioso administrativo. (...)

¹⁶ **STC recaída en el expediente 0015-2005-PI/TC.**

¹⁷ **MORÓN URBINA, Juan Carlos.** La nueva dimensión constitucional de la ejecutividad administrativa: reflexiones necesarias a partir de la STC N° 0015-2005-PI/TC.

“Como se puede apreciar, la suspensión del procedimiento de ejecución coactiva por la sola presentación de la demanda contencioso administrativa por el administrado contra el acto administrativo que sirve de título para la ejecución, importa suspender la ejecutoriedad del acto hasta que la autoridad judicial se pronuncie en definitiva sobre la constitucionalidad y legalidad de dicho acto. Esta disposición consolida una tendencia garantista en lo que hace a la regulación del procedimiento de ejecución coactiva, marcada por la búsqueda de protección del patrimonio y libertad de los ciudadanos frente a la prerrogativa pública de ejecutoriedad del acto administrativo.”

¹⁸ **TUO LPCA. Artículo 38.- Oportunidad.-** La medida cautelar podrá ser dictada antes de iniciado un proceso o dentro de éste, siempre que se destine a asegurar la eficacia de la decisión definitiva. Para tal efecto, se seguirán las normas del Código Procesal Civil con las especificaciones establecidas en esta Ley.

Los requisitos establecidos en el artículo 39º de la LPCA para la procedencia de las medidas cautelares no difieren de aquellos señalados para los procesos civiles, es decir, se requiere de la existencia de verosimilitud del derecho invocado, de un peligro en la demora y la adecuación de la medida solicitada para lograr la eficacia de la pretensión¹⁹. Adicionalmente la contracautela es obligatoria. Sin embargo, un aspecto que es importante diferenciar al momento de evaluar la existencia de estos requisitos en el marco del proceso contencioso administrativo, es la existencia del principio de presunción de legalidad del acto administrativo. Dicho principio de forma alguna puede afectar la libre apreciación del juez de los requisitos para dictar una medida cautelar pues éste debe ponderar dicho principio con el de presunción de inocencia que corresponde al administrado.

1.3.3 Intensidad de la revisión judicial de los actos administrativos de acuerdo con la LPCA

De acuerdo a lo establecido en el artículo 1º del LPCA²⁰, el proceso contencioso administrativo tiene por finalidad el control de legalidad por el Poder Judicial de las actuaciones de la Administración Pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados. Dicho artículo recoge lo que en la doctrina se conoce como “pretensión de plena jurisdicción”. El sistema de plena jurisdicción acogido por la LPCA pone énfasis en dos extremos²¹:

- *Control jurídico efectivo de la actuación administrativa por parte del Poder Judicial:* Propio del órgano jurisdiccional y únicamente de actos realizados en ejercicio de la función administrativa.
- *La efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados:* implica que no se trata de una mera declaración de invalidez sino que es posible una sustitución de la actuación administrativa.

Como puede observarse, no se trata de un proceso cuyo único objeto sea la simple declaración de nulidad de la actuación cuestionada, sino que, adicionalmente, el

¹⁹ **TUO LPCA. Artículo 39.- Requisitos.-** La medida cautelar se dictará en la forma que fuera solicitada o en cualquier otra forma que se considere adecuada para lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que de los fundamentos expuestos por el demandante:

1. Se considere verosímil el derecho invocado. Para tal efecto, se deberá ponderar la proporcionalidad entre la eventual afectación que causaría al interés público o a terceros la medida cautelar y, el perjuicio que causa al recurrente la eficacia inmediata de la actuación impugnada.
2. Se considere necesaria la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso, o por cualquier otra razón justificable. No es exigible este requisito cuando se trate de pretensiones relacionadas con el contenido esencial del derecho a la pensión.
3. Se estime que resulte adecuada para garantizar la eficacia de la pretensión.

Para la ejecución de la medida cautelar el demandante deberá ofrecer contracautela atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se quiere asegurar.

Tratándose de pretensiones contra actuaciones administrativas con contenido pecuniario, el Juez podrá requerir de una contracautela distinta a la caución juratoria.

Si la resolución final no reconoce el derecho reclamado por el demandante, a pedido de la parte interesada se procede conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Civil para la ejecución de la contracautela.

²⁰ **LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 1.- Finalidad** La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Para los efectos de esta Ley, la acción contencioso administrativa se denominará proceso contencioso administrativo.

²¹ **Ibíd.** pág. 84.

Poder Judicial se encuentra facultado para emitir un pronunciamiento que sustituya aquel dejado sin efecto. Por ello las pretensiones formuladas en el proceso contencioso administrativo no se limitan a una solicitud anulación o de nulidad (pretensión tradicional de origen francés) sino a obtener un pronunciamiento judicial que tutele directamente sus situaciones jurídicas y adopte las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de los derechos conculcados.

En efecto, de una revisión del artículo 5⁰²² de la LPCA se observa que se incluyen tanto la pretensión clásica de nulidad como aquellas de plena jurisdicción. El numeral 1 del artículo 5^o señala que la pretensión puede consistir en la declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos mientras que el numeral 2 señala que también es posible solicitar el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines. Esta última, es la formulación genérica de la pretensión de plena jurisdicción²³.

Adicionalmente, el artículo 41⁰²⁴ de la LPCA es consistente con la posibilidad del juez de pronunciarse de forma directa sobre el fondo del acto materia de revisión, incluso sin necesidad de que ello fuese solicitado expresamente por el demandante, es decir existe la posibilidad de que el juez se pronuncie más allá del petitorio del demandante por lo que se trata de una excepción al principio de congruencia²⁵.

En este sentido, el Proceso Contencioso Administrativo recogido en la LPCA es uno que busca la tutela subjetiva directa del administrado²⁶. Dicha concepción parte de

²² **LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 5.- Pretensiones.-** En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.

2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.
5. La indemnización por el daño causado con alguna actuación impugnada, conforme al artículo 238 de la Ley N° 27444, siempre y cuando se plantee acumulativamente a alguna de las pretensiones anteriores.

²³ **PRIORI POSADA, Giovanni.** Op. Cit. Pág. 125.

²⁴ **LEY DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Artículo 41.- Sentencias estimatorias.-** La sentencia que declare fundada la demanda podrá decidir en función de la pretensión planteada lo siguiente:

1. La nulidad, total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo a lo demandado.
2. El restablecimiento o reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento o reconocimiento de la situación jurídica lesionada, **aun cuando no hayan sido pretendidas en la demanda.**
3. La cesación de la actuación material que no se sustente en acto administrativo y la adopción de cuanta medida sea necesaria para obtener la efectividad de la sentencia, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.
4. El plazo en el que la administración debe cumplir con realizar una determinada actuación a la que está obligada, sin perjuicio de poner en conocimiento del Ministerio Público el incumplimiento para el inicio del proceso penal correspondiente y la determinación de los daños y perjuicios que resulten de dicho incumplimiento.
5. El monto de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

²⁵ *“Esta es una consecuencia del contencioso administrativo de plena jurisdicción, y con la finalidad de brindar una efectiva tutela a la situación jurídica objeto del proceso, el Juez podrá ordenar las medidas necesarias para su efectiva tutela, aun cuando no hayan sido demandadas, convirtiéndose esta decisión en una excepción al principio de congruencia, algo que es plausible de la Ley, pues al menos en esta sede si reconoce una excepción al principio de congruencia.”* **PRIORI**, Op. Cit. Pág. 221.

²⁶ **HUAPAYA TAPIA, Ramón.** Tratado del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Jurista Editores, 2006. Pág. 60

una interpretación del artículo 148º de la Constitución, reseñado precedentemente, que toma en consideración de la existencia al derecho a la tutela jurisdiccional efectiva²⁷.

Teniendo en cuenta los alcances de la revisión judicial, resulta claro que los poderes del juez no se restringen a la revisión de formalidades o a la verificación de la existencia de vicios de nulidad, sino que dichos poderes le permiten incluso sustituir el pronunciamiento dado en sede administrativa²⁸. Por ello, para cumplir con dicha función es necesario que el Poder Judicial cuente con un número suficiente de jueces para atender los casos, jueces especializados en temas económicos y técnicos y medios materiales para resolver los casos²⁹.

1.4 Disposiciones establecidas en los Reglamentos del OSIPTEL

Finalmente, para concluir el panorama general normativo, en lo referido a las normas aplicables específicamente al OSIPTEL, cabe mencionar que tanto el Reglamento General del OSIPTEL como el Reglamento de Solución de Controversias en su

“el proceso contencioso administrativo debe ser un proceso pleno, jurisdiccional y encauzado única y exclusivamente para tutelar al ciudadano frente a la actuación administrativa. Es decir un proceso que busca la tutela subjetiva del administrado”

Ibíd. Pág. 61:

“(…) en el ordenamiento jurídico peruano, a raíz de la novísima ordenación del objeto del proceso contencioso administrativo, contenida en la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (Ley Nº 27584), se ha producido una plena reconfiguración del proceso contencioso-administrativo como un instrumento de satisfacción procesal de pretensiones deducidas frente a la actuación de la administración pública (aspecto subjetivo), y como medio ordinario del control de legalidad de la actuación administrativa (aspecto objetivo) (...)”

²⁷ A decir de Huapaya, el artículo 148 de la Constitución debe entenderse desde la perspectiva del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva:

“Alguna doctrina ha pretendido entender a partir de este precepto, que la propia constitución ha predeterminado la configuración del proceso contencioso administrativo como un proceso revisor o impugnatorio con respecto exclusivamente a las resoluciones administrativas, esto es, a cualquier tipo de acto administrativo de carácter resolutorio, y por ello definen al proceso contencioso administrativo como un instrumento de impugnación de actos o resoluciones administrativas” (Ibíd. Pág. 483).

El autor niega esa concepción de la siguiente forma:

“En todo caso, la lectura constitucional del proceso contencioso administrativo, no debe ser efectuada específicamente desde el artículo 148 de la Constitución, sino que debe basarse fundamentalmente a partir del numeral 3) del artículo 139 de la Constitución, norma que establece el derecho fundamental de la persona a la tutela jurisdiccional efectiva y al debido proceso.”

²⁸ HUAPAYA TAPIA, Ramón. Op. Cit. Pág. 483.

“Los poderes del juez, entonces no se limitan a una mera revisión de formalidades o de comprobación de la existencia o no de vicios nulificantes en el ámbito del procedimiento administrativo previo a la producción de los actos ni tampoco se limita a la revisión del contenido del acto. Los poderes del juez en lo contencioso administrativo deben ser entendidos como plenos y similares a los de cualquier juez de otro orden jurisdiccional. El proceso contencioso administrativo como proceso jurisdiccional no tiene otros límites que los que sean comunes a todos los tipos de procesos (respecto del principio dispositivo o nemo iudex sine actione, respeto de la voluntad de las partes como impulso del proceso, entre otros rasgos que atenúan la oficialidad en los procesos jurisdiccionales).”

²⁹ Ibíd. pág. 70.

“Esta LPCA no rendirá sus frutos ni sus potencialidades si es que no se tiene la certeza de que los jueces llamados a aplicarla no tienen una especialización profunda y sostenida en el derecho administrativo sustantivo y procesal. Por tanto, es necesario insistir que el problema no es tanto presupuestario ni de organización, sino de el interés que tenga el Poder Judicial de propulsar una reforma a la Ley Orgánica del Poder Judicial, y crear un cuerpo de jueces especializados no sólo en derecho procesal, sino en derecho administrativo, que resuelvan con los criterios fundamentales de esta disciplina las controversias puestas a su conocimiento.”

artículo 51³⁰, indican que las resoluciones emitidas por el TSC agotan la vía administrativa lo cual habilita a las partes a impugnarlas por vía de un proceso contencioso administrativo.

En resumen, de la revisión de las normas reseñadas precedentemente se ha identificado que el Poder Judicial tiene abierta la posibilidad de hacer una revisión integral del pronunciamiento administrativo y, en el extremo, de sustituirlo de acuerdo a estudios técnicos propios, inclusive. Si bien dicha posibilidad garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y la posibilidad de tutela directa de los intereses del administrado, en términos de aplicación de las normas regulatorias y de libre y leal competencia, debe existir un equilibrio entre dicho control de legalidad y la eficiencia de las medidas adoptadas en sede administrativa.

Seguidamente, se realiza un análisis referido a los sistemas de revisión judicial de otros países a fin de ubicar la tendencia seguida en Perú dentro de las diversas opciones que han sido acogidas a nivel internacional, y adicionalmente, identificar algunos temas, problemas o elementos recurrentes en la relación que se establece entre las agencias regulatorias o de competencia con la autoridad judicial. El análisis de estos sistemas puede dar luces a fin de optimizar la relación entre la administración y el Poder Judicial.

2. SISTEMAS DE REVISIÓN JUDICIAL A NIVEL INTERNACIONAL

En el presente acápite se incluye un análisis referido a los sistemas internacionales de revisión judicial para, de esa forma, contar con una visión comparativa sobre las tendencias internacionales en dicha materia.

En el caso de la Unión Europea, se describe brevemente el sistema de revisión judicial aplicable a los procesos administrativos por infracciones a la libre competencia y autorización de fusiones y adquisiciones (sistema que no existe en nuestro país para el sector de telecomunicaciones). Adicionalmente, se describe el caso de Francia en cuanto a los procedimientos administrativos sobre competencia y sancionadores en temas regulatorios. De otro lado, se incluye una reseña del sistema de Reino Unido para la revisión judicial de las decisiones de la agencia de competencia y del regulador de telecomunicaciones. Finalmente, se recogen algunos datos del sistema judicial de los Estados Unidos de América en lo que corresponde a los procesos por infracciones a la libre competencia.

2.1 Sistema de revisión judicial de la Unión Europea³¹:

³⁰REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL. Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias.

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa.

REGLAMENTO GENERAL DEL OSIPTEL PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE EMPRESAS
Artículo 51.- Órganos Competentes para el Ejercicio de la Función de Solución de Controversias.

Los Cuerpos Colegiados resolverán en primera instancia las controversias que se encuentren bajo la competencia de OSIPTEL. Las apelaciones serán resueltas por el TRIBUNAL, con lo que quedará agotada la vía administrativa.

³¹La información necesaria para esta sección ha sido obtenida de: **SIRAGUSA, Mario**. *Judicial Review of competition decisions under EC law*. En: http://www.competition-commission.org.uk/our_role/cc_lectures/judicial_control_210904_siragusa.pdf; y, **RATLIFF, John**. *Judicial review in EC Competition cases before the European Courts: - Avoiding double renvoi*. En: http://www.wilmerhale.com/files/Publication/b095cfbe-993a-49a3-a482-c72e17f7d1c3/Presentation/PublicationAttachment/8da11dd7-75a7-498d-a4f2-db13967c77cf/EUI_Proceedings_Judicial_Review_Ratliff.pdf

La Comisión Europea ejerce función administrativa en la Unión Europea en temas de libre competencia. En efecto, la Comisión Europea es la entidad administrativa que tiene la competencia primaria para, entre otros, aplicar y asegurar el cumplimiento de las normas de competencia a nivel europeo en el denominado mercado interno europeo³².

La Comisión tiene amplios poderes para investigar, procesar y multar a los agentes económicos que incurran en una infracción a las normas de competencia. Asimismo, dado que la Unión Europea tiene un sistema de control de fusiones, la Comisión es la encargada de autorizar (con o sin condicionamientos) o negar la autorización de la realización de fusiones dentro del mercado común. Las decisiones adoptadas por la Comisión pueden ser revisadas ante el llamado sistema judicial de la Unión Europea. Dicha posibilidad se encuentra plasmada en el artículo 263º del Tratado de la Unión Europea³³, que describe el denominado control de legalidad de los actos de la Comisión.

Este control de legalidad en el sistema de revisión judicial de la Unión Europea está configurado, desde la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009, por un Tribunal independiente de primer nivel (primera instancia para la revisión de las actuaciones de la Comisión) denominado **Tribunal General** cuyas decisiones pueden ser apeladas en cuestiones de derecho únicamente ante el **Tribunal de Justicia**³⁴.

Como puede observarse, la competencia de los tribunales está referida a asegurar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado de la Unión Europea, en el cual se incluyen aquellas referidas al derecho de la competencia a nivel europeo. Aquellas materias que son vistas a nivel judicial, incluyen: el abuso de posición de dominio, cárteles, fusiones y subsidios estatales.

En general, los tribunales son competentes para conocer los procesos contenciosos de legalidad, es decir aquellos referidos al control del respeto del derecho común por las instituciones de la Unión Europea. Estos procesos incluyen, los recursos de anulación, omisión, de funcionarios y excepción de ilegalidad, entre otros.

³² La aplicación de las normas sobre competencia previstas en el Tratado de la Unión Europea es de competencia de las autoridades nacionales cuando las conductas que afectan únicamente al mercado del estado miembro, mientras que las autoridades de la Unión Europea son competentes para pronunciarse sobre casos que afectan los mercados de más de un estado miembro.

³³ **TUE versión consolidada. Artículo 263º (antiguo artículo 230 TCE).**- *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea controlará la legalidad de los actos legislativos, de los actos del Consejo, de la Comisión y del Banco Central Europeo que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros. Controlará también la legalidad de los actos de los órganos u organismos de la Unión destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros.*

A tal fin, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse sobre los recursos por incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación de los Tratados o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder, interpuestos por un Estado miembro, el Parlamento Europeo, el Consejo o la Comisión. (...)

³⁴ **TUE versión consolidada. Artículo 256º (antiguo artículo 225 TCE).**-

1. El Tribunal General será competente para conocer en primera instancia de los recursos contemplados en los artículos 263, 265, 268, 270 y 272, con excepción de los que se atribuyan a un tribunal especializado creado en virtud del artículo 257 y de los que el Estatuto reserve al Tribunal de Justicia. El Estatuto podrá establecer que el Tribunal General sea competente en otras categorías de recursos. Contra las resoluciones dictadas por el Tribunal General en virtud del presente apartado podrá interponerse recurso de casación ante el Tribunal de Justicia limitado a las cuestiones de Derecho, en las condiciones y dentro de los límites fijados en el Estatuto. (...)

Específicamente, el recurso de anulación es aquel destinado a cuestionar directamente la legalidad de los actos (decisiones formales) de las instituciones de la Unión Europea que producen efectos jurídicos, lo cual incluye a la Comisión.

La revisión judicial de las decisiones de la Comisión en materia de competencia se encuentra determinada tanto por el artículo 263^o citado precedentemente que consagra una **revisión restringida** de los actos de la Comisión, como por el artículo 261^{o35} del Tratado de la Unión Europea que establece la posibilidad de efectuar una **revisión completa** en materia sancionadora³⁶.

En general, se ha establecido que la labor de revisión de los tribunales varía de acuerdo a la infracción alegada y a la evidencia que apoya la misma, por ejemplo, en los casos referidos a cárteles, el Tribunal General tiende a incidir con mayor detalle en las pruebas de hecho que en aquellas referidas al análisis de información económica. Asimismo, la revisión presenta, en general, dos procesos de análisis: aquel referido al respeto a los derechos del apelante y con otorgarle un margen de actuación a la Comisión para que pueda cumplir con su rol de aplicar el derecho de la competencia; y, aquel referido a las características penales de los casos de competencia y sus principios como la presunción de inocencia y el deber especial de revisión que estos imponen. Por último, el artículo 264^{o37} del TUE señala que si el recurso ante el Tribunal es fundado, el acto impugnado será declarado nulo.

A continuación, se describe en forma sintética las dos formas de revisión establecidas en el TUE mencionadas precedentemente y como han sido aplicadas por los tribunales:

Revisión completa (artículo 261^o del TUE): Puede ser aplicada, por lo general, para los casos de imposición de sanciones por infracciones a las normas de competencia. En este caso no se presenta mayor discusión pues es claro que existe una expresa e ilimitada capacidad de revisión otorgada por la norma, por lo que se trata de una revisión intensa. Los tribunales pueden reducir o aumentar las multas, sobre la base de, no necesariamente de la existencia de un error, sino de un punto de vista o análisis distinto del análisis efectuado por la Comisión. Generalmente, la revisión se concentra en la verificación del cumplimiento de las directivas de graduación de la sanción por parte de la Comisión. Asimismo, existe un análisis de los principios de proporcionalidad e igualdad.

³⁵ TUE, versión consolidada, Artículo 261^o (antiguo artículo 229^o TCE).- Los reglamentos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, y por el Consejo, en virtud de las disposiciones de los Tratados, podrán atribuir al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una competencia jurisdiccional plena respecto de las sanciones previstas en dichos reglamentos.

³⁶ Al respecto, en materia sancionadora, el artículo 31^o del Reglamento (CE) N^o 1/2003 del Consejo relativo a la aplicación de las **normas sobre competencia** previstas en el Tratado de la Unión Europea señala lo siguiente:

Artículo 31^o.- Control del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta.

Por tanto, queda claramente establecida la facultad del Tribunal de Justicia de revisar de forma amplia los actos de la Comisión que imponen sanciones en materia de competencia.

³⁷ TUE versión consolidada. Artículo 264 (antiguo artículo 231 TCE).- Si el recurso fuere fundado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declarará nulo y sin valor ni efecto alguno el acto impugnado.

Sin embargo, el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos.

Revisión restringida (artículo 263º TUE): Puede ser aplicada, por lo general, para los casos de autorización de fusiones y adquisiciones. Este análisis parte de considerar a la Comisión como un órgano que tiene un margen de apreciación al ser el más calificado en la materia. En principio, en este análisis no hay un reexamen completo de los hechos ni un nuevo análisis de mercado sino una verificación de corrección del análisis pues se considera que la Comisión tiene jurisdicción sobre dichos temas. Es un análisis de legalidad y de existencia de errores. En la práctica, las cortes realizan una revisión al detalle de las decisiones de la Comisión. Las conclusiones legales centrales son revisadas respecto de los elementos sustantivos del caso, los derechos procedimentales esenciales, la motivación y el estándar de prueba, generalmente, la corte exige un estándar alto a través del uso de principios universales de la prueba.

Al respecto, cabe mencionar el caso de la Comisión contra Tetra Laval³⁸, referido a control de fusiones, en el cual se pidió a la Comisión que establezca la existencia de efectos negativos para la competencia de manera indubitable. En dicho caso, el Tribunal de Justicia consideró que los Tribunales de la Unión Europea deben abstenerse de hacer un nuevo análisis de las decisiones adoptadas por la Comisión cuando aplican las normas de competencia de la Unión Europea y regulaciones específicas de cada sector. Sin embargo, también señaló que el complejo análisis económico efectuado por la Comisión no debe quedar sin revisión, pues las cortes deben verificar si el análisis es convincente, preciso, confiable, consistente y exhaustivo. Este criterio ha pasado a denominarse el “estándar de revisión judicial de Tetra Laval”, identificado como un estándar moderado de revisión en el sentido que promueve la deferencia judicial hacia la decisión de la agencia de competencia.

Como puede concluirse, si bien normativamente, la revisión judicial se debería restringir a un análisis de legalidad; en la práctica se establecieron estándares que fueron finalmente moderados en el caso Tetra Laval, cuya aplicación, sin embargo, no ha sido uniforme.

2.2 Sistema de revisión de Francia³⁹:

En Francia, país miembro de la Unión Europea, el grado de escrutinio judicial efectuado por las cortes al revisar las decisiones de la autoridad nacional de competencia y de las autoridades nacionales regulatorias ha sido influenciado por la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁰, en el caso de la Comisión contra Tetra Laval. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que cada país miembro de la Unión Europea cuenta con autonomía procedimental para determinar el grado de escrutinio judicial aplicable a las decisiones de sus reguladores nacionales.

Francia presenta un sistema dual de revisión de las decisiones emitidas por la agencia de competencia y los organismos reguladores representado por **la Corte de Apelaciones de Paris y el Consejo de Estado**. La primera tiene la obligación de

³⁸ ECJ, Case C-12/03 P, *Commission v Tetra Laval BV*, 2005, ECR I-987

³⁹La información necesaria para esta sección ha sido obtenida de: **PETIT, Nicolas y RABEUX Louise**. *Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post Commission vs. Tetra Laval Assessment*. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1290143

⁴⁰ Antes de la entrada vigencia del Tratado de Lisboa el caso Tetra Laval fue resuelto en primera instancia por el Tribunal del Primera Instancia y posteriormente por el Tribunal Europeo de Justicia, denominaciones que fueron dejadas de lado para pasar a ser conocidos como Tribunal General y Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

examinar a fondo las bases de la decisión en hecho y derecho y, de declarar nula la decisión, debe reemplazarla o reformarla con su propia decisión. El fundamento de dichas obligaciones se encuentra en la Constitución francesa.

El Consejo de Estado, por su parte, hasta antes del caso Tetra Laval, ha tenido un estándar de revisión fluctuante que va desde una revisión marginal o control restringido cuando la autoridad tiene poder discrecional (solo ante un error manifiesto) hasta una revisión estándar o control normal que se aplica cuando la autoridad tiene el deber de actuar de una cierta forma en el que se realiza una revisión rigurosa de la decisión.

Los estándares aplicados por el Consejo de Estado tienen aspectos en común, pues en ambos, tiene la obligación de revisar si la autoridad ha incurrido en:

- (i) Error de derecho: La base legal de la decisión o los criterios aplicados son erróneos. Por ejemplo, en el campo de la regulación económica puede suceder si la autoridad determinó que una empresa sin posición de dominio, es culpable de infringir disposiciones referidas al abuso de la misma;
- (ii) Error de hecho: La base fáctica de la decisión no existe o es errónea. Por ejemplo, este sería el caso en que la autoridad declare una estrategia de precios bajos abusiva sobre la base de un alegado aumento en el porcentaje del mercado de la firma dominante cuando de hecho este porcentaje ha disminuido;
- (iii) Mal uso de sus poderes: El propósito implícito de la decisión es ajeno a la protección o promoción de la competencia. Por ejemplo, esto sucedería cuando la autoridad sanciona a una empresa extranjera eficiente con el solo propósito de proteger a las firmas nacionales del aumento de rivalidad;
- (iv) Subsunción incorrecta de los hechos a la ley: La autoridad caracteriza los hechos en la norma cuando traduce el grupo de hechos sujeto a su revisión en un concepto legal. La subsunción es incorrecta cuando el grupo de hechos no cumple con las condiciones del concepto legal. Por ejemplo, esto sucedería cuando la autoridad encuentra que un mercado oligopólico está relacionado con una posición de dominio colectiva cuando el mercado no tiene suficiente transparencia en los precios para provocar una posición dominante conjunta.

Como se mencionó precedentemente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha establecido un estándar judicial de revisión en sus últimas resoluciones, que niega la posibilidad de un escrutinio intrusivo en las decisiones de la Comisión, en particular, del análisis económico realizado. Señala que las cortes deben establecer si la evidencia es exacta, confiable y consistente pero también si es pertinente y si es capaz de sostener las conclusiones que de ella se derivan. Es decir deben primero establecer si el análisis económico, los hechos y la evidencia caracterizan de forma convincente la infracción sancionada. Segundo, deben verificar que la evidencia económica que soporta la subsunción en la infracción es exacta, confiable, consistente y exhaustiva. Tercero, el procedimiento de anulación no es una nueva oportunidad para cambiar los hallazgos sustantivos de la Comisión.

Sin embargo, las decisiones del Tribunal de la Unión Europea respecto al estándar de revisión judicial no han tenido un efecto importante en los estándares franceses, al menos en los casos de autorización de fusiones, al estar las cortes francesas

sujetas a lo establecido en su constitución respecto al derecho de apelación. Sin embargo, si bien esto es cierto en los temas de derecho de la competencia, en lo referente a regulación específica de algunos sectores, se ha mantenido un estándar marginal de revisión, similar al promovido por el Tribunal de la Unión Europea.

2.3 Reino Unido⁴¹:

La *Office of Fair Trading* (en adelante, OFT) es la agencia de competencia y de protección al consumidor principal del Reino Unido. Por otro lado, la *Office of Communications* (en adelante, OFCOM) es la autoridad reguladora en el sector de las telecomunicaciones. Las decisiones de ambas autoridades son apeladas ante la misma corte denominada el Tribunal de Apelaciones de Competencia (en adelante, TAC) como primera instancia y como segunda instancia, sobre la base de cuestiones únicamente de derecho, se encuentra la Corte de Apelaciones.

De manera general, la revisión judicial de decisiones administrativas en el Reino Unido se encuentra íntimamente ligada con el denominado *Test de Wednesbury*⁴², que establece el estándar de revisión judicial. Este test se encuentra justificado con referencia a las doctrinas constitucionales de soberanía parlamentaria y la separación de poderes. Este test determina que las cortes se auto limitarán a determinar si las reglas procedimentales han sido cumplidas y si la decisión se encuentra de acuerdo a ley. Únicamente anulará la decisión sobre motivos sustantivos referidos a la razonabilidad de la misma llevada al extremo por lo que es difícil que, en efecto, la decisión sea anulada. Se trata entonces de un test que revisa de forma marginal la decisión administrativa.

La influencia de la normativa de la Unión Europea en lo referente a derechos humanos, además de la práctica existente en la propia unión, ha llevado a que se busque un estándar de revisión más minucioso, sobretodo en casos sobre derechos humanos o derechos nacidos de las normas de la Unión. En ambos casos las cortes han utilizado el principio de proporcionalidad como su estándar de revisión que tiene la característica de ser un estándar intenso.

De forma específica, en lo concerniente a la revisión de las decisiones de la OFT y la OFCOM, los sistemas tradicionales de revisión judicial no son aplicables por lo que el *Test de Wednesbury* no resulta aplicable. Las decisiones de la OFT y de la OFCOM son apelables (*appeal on the merits*) ante el TAC, que como instancia revisora tiene a su disposición competencias de revisión más extensas por lo que se trata de una intensidad de revisión más profunda. El TAC controla de forma estricta la determinación y evaluación de los hechos y la aplicación de la ley y reevaluar análisis económicos, de los hechos y legales contenido en la decisión sometida a apelación. En general, se trata de decisiones judiciales que contienen un análisis económico y legal detallado de las decisiones de los reguladores y están plenamente sustentados. El TAC puede confirmar la decisión, remitir el asunto a la OFT u OFCOM con ciertos parámetros o pronunciarse sobre el fondo y tomar su propia decisión. Esto último es posible por tratarse de una corte especializada en cuanto a la materia (competencia).

⁴¹La información necesaria para esta sección ha sido obtenida de LAVRIJSEN, Saskia y DE VISSER, Maartje. *Independent administrative authorities and the standard of judicial review*. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991265

⁴² Decisión de la Corte de Apelaciones de 7 – 10 de noviembre de 1947, *Associated Provincial Picture Houses Ltd Wednesbury Corp* (1948) 1 KB 223,233-234, CA.

2.4 Estados Unidos de Norteamérica⁴³:

Estados Unidos tiene un régimen de aplicación de las normas antimonopolio notablemente diferente al europeo. Se trata de un sistema plenamente adversarial en el que los organismos gubernamentales sustentan y defienden sus casos antes las cortes federales. Asimismo, la entidad administrativa encargada de aplicar las normas antimonopolio requiere la intervención de las cortes federales para ciertas actuaciones.

La *Sherman Act* de 1890 y la *Clayton Act* de 1914 son las normas principales del derecho *antitrust* estadounidense. El *Department of Justice* (en adelante, DOJ) tiene autoridad para la aplicación de la *Sherman Act*, norma que regula lo referido a acuerdos anticompetitivos y abuso de posición de dominio. El DOJ aplica la norma a través de acciones civiles o penales (esto último de forma exclusiva). Tanto el DOJ como la *Federal Trade Commission* (en adelante, FTC) aplican de forma conjunta la *Clayton Act*, norma que regula el control de fusiones. Asimismo, jurisprudencialmente, se ha establecido que los poderes otorgados a la FTC en la *FTC Act* abarcan las violaciones a la *Sherman Act*. La FTC aplica estas normas a través de procedimientos administrativos.

Adicionalmente, en EEUU se ha otorgado la posibilidad de que los privados invoquen la aplicación de las normas *antitrust* de forma directa cuando hayan sido afectados o dañados por la violación de las normas *antitrust* por parte de un agente. Asimismo, es posible el planteamiento de una *class –action* que, por ejemplo, incluya a todos los compradores de bienes a precios irregularmente altos producto de una fijación de los mismos.

3. ANÁLISIS DE LOS CASOS RESUELTOS POR EL TRIBUNAL DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS SOMETIDOS A REVISIÓN JUDICIAL

Es posible agrupar las controversias que han sido materia de revisión en procesos contencioso administrativos en tres grupos según el tema:

Casos sobre adecuación automática de los contratos de interconexión a la mejor condición económica:

- Bellsouth Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. Expediente N° 010-2002-CCO-ST/IX.
- Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú. Expediente N° 004-2001.

Casos sobre suspensión indebida de la interconexión:

- Ditel Corporation S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 016-2003-CCO-ST/IX.
- Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 018-2003-CCO-ST/IX.

⁴³ La información necesaria para esta sección ha sido obtenida de **ABBOT, Alden**. *A brief overview of American Antitrust Law*. En: <http://www.competition-law.ox.ac.uk/lawfile/users/ezrachia/CCLP%20L%2001-05.pdf> y **ROSCH, Thomas**. *Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases*. En: <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090619antitrustcases.pdf>

Casos sobre negativas injustificadas y otras prácticas anticompetitivas:

- Red Científica Peruana contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 001-1996. Negativa injustificada de trato.
- AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 003-2001. Negativas injustificadas de trato, discriminación y sabotaje.

Seguidamente, se procederá al análisis de cada uno de estos grupos de casos.

3.1 Casos sobre adecuación automática de los contratos de interconexión a la mejor condición económica

3.1.1 Bellsouth Perú S.A. contra Nextel del Perú S.A. Expediente N° 010-2002-CCO-ST/IX.

Sede Administrativa:

Bellsouth Perú S.A. (demandante, en adelante Bellsouth) demandó a Nextel del Perú S.A. (demandada, en adelante Nextel) en un caso que versó sobre adecuación automática de contratos de interconexión a condiciones económicas e interconexión indirecta a través de red móvil.

Cabe señalar que las normas de interconexión establecen la obligación de incluir en los contratos de interconexión, un mecanismo que garantice la adecuación de éstos a las condiciones económicas más favorables que una de las partes en una relación de interconexión le otorgue a una tercera empresa.

En tal sentido, Bellsouth formuló demanda contra Nextel solicitando al OSIPTEL que se ordene a la demandada que cumpla con adecuar el contrato que regulaba la relación de interconexión entre la red de telefonía móvil de Bellsouth y la red troncalizada de Nextel suscrito entre ambas, a las condiciones pactadas en el contrato de interconexión celebrado entre esta y Telefónica Móviles S.A.C. En concreto, Bellsouth solicitó la eliminación del sistema *Sender Keeps All*⁴⁴ (en adelante, SKA) establecido en el contrato suscrito entre Bellsouth y Nextel, y su reemplazo por el cargo de terminación fijado en el contrato entre Bellsouth y Telefónica. En forma accesorio, solicitó el pago de los montos devengados por tráfico más intereses y la imposición de una sanción a la denunciada.

BellSouth sustentó su pedido en que Bellsouth y Nextel suscribieron un contrato de interconexión en el cuál se pactó la aplicación del sistema SKA para liquidar el tráfico entre ambas redes. Posteriormente, Nextel y Telefónica Móviles S.A.C. modificaron el contrato de interconexión vigente entre ambas, equivalente al celebrado con Bellsouth, reemplazando el sistema SKA por uno de cargos de interconexión. Ante ello, Bellsouth solicitó de forma reiterada a Nextel la modificación de su contrato de interconexión en el sentido de reemplazar el sistema SKA por uno de cargos de interconexión. En la medida que el sistema de cargos de interconexión es una condición económica del contrato, que además es más favorable a Bellsouth, dicha empresa consideró que era susceptible de ser adecuado.

⁴⁴ El SKA es un sistema en el cual las partes acuerdan no pagarse cargos de interconexión entre sí. En lugar de dicha obligación, pactan que cada una se quedará con el íntegro de la tarifa que pague el usuario. Generalmente, se acuerda cuando existen redes de tamaño equivalente por tener un intercambio simétrico de tráfico siendo su objetivo eliminar los costos de transacción que existen en otros sistemas de liquidaciones.

En su contestación Nextel señaló que Bellsouth no solicitó en forma expresa una adecuación sino únicamente una modificación del contrato de interconexión. Añadió que el SKA, al ser simplemente un sistema de liquidaciones, no constituye una condición económica por lo que no cabe la adecuación. Asimismo, precisó que el sistema SKA y los cargos de interconexión son conceptos que por su naturaleza no pueden ser comparados por lo que no es posible determinar cual resulta más favorable. Finalmente, Nextel reconvino solicitando se sancione a Bellsouth por la comisión de infracciones a la leal competencia de conformidad con lo establecido en el artículo 26º de la Ley de desarrollo de las funciones y facultades del OSIPTEL, Ley 27336 y con el artículo 24º de la Ley sobre represión de la competencia desleal, Ley 26122.

El Cuerpo Colegiado (CCO) en primera instancia administrativa se pronunció sobre la demanda formulada mediante Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL.

De la revisión de la normativa pertinente, el CCO concluyó que las partes tienen un derecho de adecuar automáticamente su contrato a condiciones económicas otorgadas a terceras empresas. Seguidamente, señaló que las interconexiones existentes entre Nextel y Bellsouth y Nextel y Telefónica Móviles S.A.C. son equivalentes, por resultar ello evidente y no haber sido cuestionado por ninguna de las partes.

Contrariamente a lo señalado por Nextel, el CCO consideró que el SKA sí es una condición económica pues se trata de un sistema alternativo al de cargos de interconexión que permite distribuir costos, por lo que tiene efectos económicos directos para las partes. Adicionalmente, hizo referencia a diversos documentos en los que Nextel reconoció la calidad de condición económica del SKA. Asimismo, señaló que la propia Nextel en diversos documentos comparó el SKA con el sistema de cargos de interconexión y consideró que el primero le era más favorable, lo cual contradice sus afirmaciones respecto a que se trata de sistemas que no pueden ser comparados.

A continuación, el CCO estableció que la solicitud de adecuación debe considerarse presentada cuando se ha identificado de forma clara la condición a la que se pretende acoger y debe expresarse de forma indubitable la intención de ejercer el derecho de adecuación.

Finalmente, el CCO sancionó a Nextel con 151 UIT por infracción de los artículos 36º y 37º del Reglamento General de Infracciones y Sanciones referidos al incumplimiento de las disposiciones sobre cargos de interconexión y adecuación. Respecto a las pretensiones accesorias ordenó que Nextel pague a Bellsouth el monto devengado por cargos de interconexión.

Posteriormente ambas partes formularon apelación contra la resolución de primera instancia, las cuales fueron resueltas mediante Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL. En dicha resolución se declararon infundadas las apelaciones y se confirmó dicha resolución, conforme se expone a continuación.

En su apelación, Nextel solicitó la nulidad de la resolución apelada sobre la base de dos argumentos. El primero de ellos se refiere a que el CCO incumplió lo señalado en el artículo 53º del Reglamento General del OSIPTEL y en el artículo 78º del Reglamento de Solución de Controversias pues no solicitó el informe técnico del INDECOPI a pesar de haberse denunciado una conducta que puede configurar en

una infracción a las normas de competencia desleal. Al respecto, el TSC señaló que dicho informe no era necesario pues la infracción denunciada por Nextel en su reconvencción hacía referencia de forma específica a la interconexión indirecta, materia regulada en la normativa específica de los servicios públicos de telecomunicaciones motivo por el cual no correspondía efectuar un análisis de las normas de competencia desleal conforme al principio de supletoriedad en materia regulatoria.

Adicionalmente, Nextel pidió la nulidad argumentando que la vía procedimental en la cual se tramitó la controversia no era la correcta. Al respecto, el TSC señaló que la vía procedimental se determina por la existencia de materias en discusión autónomas e independientes entre sí. De tratarse de cuestiones accesorias éstas deben seguir la tramitación de la cuestión principal. Del tenor literal de la denuncia efectuada por Nextel se concluye que la materia principal refiere a la comisión de una infracción por parte de Bellsouth, por lo que la vía procedimental que correspondía era la del procedimiento que involucra la comisión de una infracción, la cual fue seguida por la primera instancia.

Respecto a la procedencia de la adecuación, el TSC señaló que conforme al principio de igualdad de acceso recogido en el artículo 108° del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones y en el artículo 10° del TUO de las Normas de Interconexión entonces vigente, las empresas operadoras se encuentra obligadas a otorgar las mismas condiciones a todas las empresas con las que tengan una relación de la misma naturaleza, que así lo soliciten. Por ello, Nextel tiene la obligación de otorgar a Bellsouth las mismas condiciones que a Telefónica Móviles S.A.C.

Respecto al cuestionamiento efectuado por Nextel sobre la calidad de condición económica del sistema SKA, el TSC señaló que de una análisis en conjunto de las normas de interconexión, las empresas operadoras se encuentran obligadas a pactar cargos de acceso o mecanismos alternativos de compensación los cuales son indubitablemente condiciones económicas, pues de no pactarse dichas condiciones el contrato no podría ser aprobado por el OSIPTEL. En el caso del SKA, las partes renuncian al cobro de los cargos de acceso debido a que en el SKA existe una compensación implícita sin desembolsos dinerarios. Al respecto, el TSC incidió en el hecho que Nextel, en el marco de diversos procedimientos de aprobación de contratos de interconexión y de diversos informes y escritos, expresó que el SKA se trataba de una condición económica del contrato.

En lo referido a la imposibilidad de comparar, en términos de cuál resulta más favorable, el SKA con el sistema de cargos de interconexión, el TSC indicó que dicha posibilidad resulta irrelevante pues tan solo es necesario que se verifique que se trata de una condición distinta para que Bellsouth pudiese solicitar la adecuación de su contrato a dicho sistema, todo ello en virtud al principio de igualdad de acceso. Por último, el TSC determinó que la fecha de la adecuación debía ser aquella en la cual se indicó expresamente que se solicitaba la adecuación y la condición a la que esta se refería y precisó que la resolución del CCO se limitó a reconocer un derecho preexistente.

Sobre la sanción, Nextel en su apelación argumentó que no existió culpa en la comisión de la infracción pues no se trataba de un conocimiento exigible con la diligencia debida ya que no existe un criterio de interpretación uniforme por parte del OSIPTEL al respecto. El Tribunal consideró que la normativa aplicable era lo suficientemente clara como para no dejar duda respecto de la conducta que Nextel

debió tener en el caso, asimismo, señaló que el OSIPTEL dentro de diversos procedimientos de aprobación de contratos de interconexión ha establecido sin lugar a dudas la calidad de condición económica del sistema SKA. Por ello, concluyó que no existe ningún factor eximente de responsabilidad respecto de Nextel.

Sede Judicial:

Nextel interpuso demanda contencioso administrativa contra la decisión del TSC. A continuación, se exponen cada una de las sentencias de las respectivas instancias revisoras.

En la sentencia de primera instancia la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima analizó las pretensiones de Nextel. La pretensión aducida por Nextel en el proceso seguido contra el OSIPTEL fue la declaración de nulidad e ineficacia de la Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL únicamente en el extremo referido a la imposición de la multa ascendente a 151 UIT. El argumento principal para sustentar su pretensión fue el referido a la falta de culpabilidad en su actuar, pues señaló que existió una diferencia de criterio razonable respecto de la interpretación de las normas de interconexión que la llevaron a considerar que el SKA no era una condición económica y, por tanto, no se encontraba sujeta al deber de adecuación.

La Sala analizó el contenido del contrato de interconexión suscrito entre Bellsouth y Nextel y concluyó, validando el razonamiento efectuado en sede administrativa, que el sistema SKA era una condición económica al haberse incluido dentro del anexo referido a las condiciones económicas del contrato de interconexión. Asimismo, en la misma línea de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL, realizó un análisis de las normas de interconexión revisadas en sede administrativa y concluyó que el pago de cargos de interconexión o el pacto de mecanismos alternativos de compensación es una obligación de las empresas operadoras. Señaló que el SKA es un sistema que si bien no contiene obligación de pago sí es una condición económica pues las partes renuncian al cobro de los cargos de acceso a que tienen derecho de acuerdo a la normativa vigente. Así, la Sala señaló en el considerando octavo:

“(...) si bien el Sender Keeps All no contiene una obligación de pago por parte de las empresas involucradas por la terminación de llamadas en la red de la otra, sí constituye una condición económica en cuenta las partes renuncian al cobro de los cargos de acceso a que, de acuerdo con la normativa vigente, tienen derecho.”

Por otro lado, acogiendo argumentos esgrimidos en sede administrativa, la Sala consideró que Nextel no pudo caer en confusión al analizar la naturaleza del SKA pues en otro procedimiento de aprobación de contrato de interconexión entre ella y Telefónica del Perú, OSIPTEL señaló que el SKA era una condición económica. Añadió que si el SKA no fuese una condición económica, el OSIPTEL no podría haber aprobado los contratos en los que esta fue pactada. Finalmente, señaló que la propia Nextel en cartas dirigidas a Bellsouth indicó que el SKA era una condición económica.

Por todo ello, la Sala concluyó que Nextel contaba con los elementos suficientes para concluir que el SKA constituía una condición económica. En el considerando duodécimo la Sala señaló:

“Que, por lo expuesto, se concluye que Nextel contaba con los elementos suficientes para concluir que el Sender Keeps All constituía, en rigor, una condición económica de interconexión, y por tanto se encontraba en la obligación de adecuarla a mejores acuerdos posteriores; en consecuencia, el error de tipo exculpante que aduce la demandante y en virtud del cual pretende se le exima de responsabilidad administrativa, carece de real sustento.”

Posteriormente, en segunda instancia, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de la República se pronunció sobre el recurso de apelación formulado por Nextel. Nextel sustentó su apelación en el hecho que la primera instancia judicial no valoró la cláusula novena de contrato de interconexión celebrado con Bellsouth, en la cual se indica que las partes adoptaron el SKA como sistema de liquidación y renunciaron al cobro de cargos por interconexión. Al respecto, señaló que dicha cláusula permite que Nextel tenga una razonable duda respecto a la calidad de condición económica del SKA.

La Sala Civil indicó que es incuestionable que Nextel conocía que el SKA es una condición económica sujeta a adecuación pues, como se mencionó en las resoluciones del OSIPTEL y de primera instancia, el contrato de interconexión incluía al SKA dentro del anexo referido a las condiciones económicas. En efecto, luego de analizar los hechos y las pruebas en los que se sustentó la sanción a Nextel así como las normas aplicables, la Sala señaló en el sétimo y octavo considerando de la sentencia:

“(...) es incuestionable que la empresa Nextel del Perú Sociedad Anónima tenía conocimiento que el aludido sistema constituye una condición económica de la interconexión sujeta a adecuación a condiciones económicas más favorables posteriores, existiendo culpabilidad en la infracción administrativa, razón por la cual no resulta atendible la ausencia de dolo o culpa que expresa como agravio.

(...) Que, la alegación de la recurrente respecto a que el sistema SKA no puede ser calificado como una condición económica, carece de sustento, pues no obstante que en la cláusula novena del contrato de interconexión se refiere a que el sistema de liquidaciones a aplicarse en la interconexión será la del Sender Keeps All, éste se remite al Anexo II del contrato que precisamente trata de las Condiciones Económicas (...).”

Nextel interpuso recurso de casación ante la Sala de Derecho constitucional y social de la Corte Suprema de Justicia de la República pues alegó que la Sala Civil de la Corte Suprema afectó su derecho al debido proceso al no valorar los medios probatorios en su totalidad y de manera conjunta. La Sala declaró el recurso de casación improcedente pues consideró que era impreciso y carente de claridad al no tener base real, en la medida que la resolución de la segunda instancia fue debidamente fundamentada. En el considerando tercero de la sentencia la Sala señala:

“Que el recurso así fundamentado no puede ser amparado, por cuanto resulta impreciso y carente de claridad, al no tener base real, puesto que se advierte que la resolución de vista cuenta con su fundamentación y motivación, teniéndose presente que conforme al artículo 197 del Cogido Procesal Civil,

en la resolución solo se consignan las valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión (...)"

En resumen, mediante Resolución N° 015-2003-CCO/OSIPTEL el CCO declaró fundada en parte la denuncia y sancionó a Nextel con una multa de 151 UIT, decisión que fue confirmada en todos sus extremos por el TSC mediante Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL. En sede judicial se resolvió la demanda contencioso administrativa interpuesta por Nextel contra esta última resolución. El Poder Judicial, siguiendo la misma línea de razonamiento del OSIPTEL en primera y segunda instancia, declaró infundada la demanda en todos sus extremos y, finalmente, declaró improcedente la casación interpuesta por Nextel.

3.1.2 Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú. Expediente N° 004-2001.

Sede Administrativa:

Compañía Telefónica Andina S.A. (demandante, en adelante Teleandina) demandó a Telefónica del Perú S.A. (demandada, en adelante Telefónica) en un caso que versó sobre materias referidas a interconexión y a la adecuación automática de contratos de interconexión a condiciones económicas referidas a cargos.

La demandante señaló que el 12 de enero de 2000, el OSIPTEL emitió un mandato de interconexión para interconectar la red de portador de larga distancia nacional e internacional de Teleandina con la red de telefonía fija local de larga distancia y de telefonía móvil de Telefónica. El cargo por terminación larga distancia-fija nacional establecido en dicho mandato fue el de **US\$ 0,029**. El 26 de julio de 2000, Telefónica y Bellsouth Perú S.A. (en adelante, Bellsouth) celebraron un contrato de interconexión (el cual entró en vigencia el 5 de setiembre de 2000, luego de su aprobación) en el que se pactó como cargo por un servicio equivalente al pactado entre Teleandina y Telefónica el de **US\$ 0,0168**.

Sobre la base de los referidos hechos, Teleandina solicitó se aplique a su relación de interconexión con Telefónica a partir del 26 de julio de 2000 el cargo pactado entre esta y Bellsouth pues consideró que a partir de la celebración de dicho contrato existió una adecuación automática de sus disposiciones de acuerdo a lo dispuesto en el mandato emitido por el OSIPTEL, al tratarse de prestaciones equivalentes.

Telefónica señaló que Teleandina nunca solicitó la adecuación de su contrato. Asimismo, indicó que el OSIPTEL señaló que la posibilidad de establecer cargos diferenciados se aplicaba únicamente a las redes de telefonía fija, posibilidad que además fue temporal. Además, el contrato que suscribió con Bellsouth es oponible únicamente a las partes del mismo.

Mediante Resolución N° 016-2001-CCO/OSIPTEL el CCO resolvió la controversia. Indicó que el OSIPTEL nunca permitió diferenciar los cargos de interconexión de acuerdo a la red de procedencia o el origen de la llamada.

El hecho de que el contrato tenga efectos entre las partes, no implica desconocer el derecho de adecuación de terceros operadores. El CCO señaló, en primer lugar, que se trataba de una relación equivalente. Seguidamente, indicó que Teleandina tenía derecho a acogerse al cargo acordado entre Telefónica y Bellsouth. Llegó a esa conclusión luego de determinar cuál era la interpretación correcta de lo establecido

en el mandato de interconexión de redes de Teleandina y Telefónica respecto a la adecuación automática. Para ello distinguió entre las condiciones evidentemente más favorables y otras condiciones más complejas. En el caso de las primeras la adecuación debe ser inmediata, sin necesidad de comunicación alguna. Ello debido a que la empresa que otorga dicha condición es quien se encuentra en mejor situación para definir que condición es más beneficiosa. El caso analizado entra en dicho supuesto por lo que no requería de comunicación previa por parte de Teleandina.

El CCO consideró que en la medida que el OSIPTEL emitió un mandato de interconexión de las redes de Telefónica con las de AT&T Perú S.A. por un cargo promedio de US\$ 0,0168, el cual que entró en vigencia el 7 de agosto de 2000, el contrato con Teleandina debía entenderse adecuado al referido cargo a partir de tal fecha. Por tanto, sancionó a Telefónica con una multa ascendente a 151 UIT y le ordenó liquidar a Teleandina el tráfico con el cargo de US\$ 0,0168 por el período comprendido entre el 7 de agosto de 2000 y el 31 de diciembre de 2000.

Sede Judicial:

Telefónica interpuso acción contencioso administrativa solicitando la nulidad de la Resolución N° 016-2001-CCO/OSIPTEL. La Segunda Sala Permanente Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima inició su análisis definiendo que la acción contencioso administrativa tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de la legalidad y constitucionalidad de las actuaciones de la Administración Pública y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

Seguidamente, la Sala hace un análisis de las normas de interconexión en lo referido al principio de igualdad de acceso, identificándolo como el único relevante en el caso. Sobre el contenido del principio señala:

“(...) quien tenga una posición dominante en el mercado tiene como deber su respeto irrestricto, por lo cual el derecho de quien ingresa al mercado a que se le apliquen las mismas condiciones que a otros agentes, es innegable”

Ello, según la Sala, se sustenta además en el interés público comprometido. Por tanto, desestima el argumento de Telefónica referido a que, en tanto la relación que tiene con Teleandina surge de un mandato y no de un contrato, no le es aplicable el referido principio pues el interés público existe en toda relación de interconexión.

Adicionalmente, la Sala señala que en la medida que el contrato de interconexión suscrito entre Telefónica y Bellsouth es posterior a la emisión del mandato que ordenó la interconexión entre las redes de Teleandina y Telefónica, dicho mandato no pudo contemplar los cargos que se establecerían en forma posterior al mismo. Por ello, considera falaz la argumentación de Telefónica. Asimismo, la Sala afirma que en ningún caso la responsabilidad por el incumplimiento de Telefónica puede ser imputada al OSIPTEL. Al respecto indica lo siguiente:

“Cabe añadir en este mismo punto que en ningún caso cabría señalar que OSIPTEL puede tener responsabilidad por la determinación del cargo de interconexión: el cumplimiento de lo señalado en el contrato de interconexión, o en su caso del mandato, corresponde a las partes del mismo, quienes solicitan la interconexión. Y también, luego, corresponde a

las mismas cumplir con realizar la adecuación automática del cargo de interconexión inicialmente pactado (o fijado por la autoridad) (...)”

Seguidamente, la Sala entra a determinar cuándo se puede entender que se dan condiciones más favorables y quien deberá realizar dicha dilucidación. Para la Sala el interés público es el factor determinante, por lo que la adecuación automática deberá realizarse exclusivamente por las partes sin ser necesario pronunciamiento del OSIPTEL. La Sala admite que en el caso de condiciones económicas es necesario un análisis complejo por parte de quien ha contratado con “*las antiguas estipulaciones*” para decidir si se trata de condiciones más favorables. En este caso la Sala considera que sí resultaría factible un requerimiento previo por la parte interesada. En el presente caso, sin embargo, la Sala señala que por tratarse de cargos de interconexión menores, se asume que es más favorable. La Sala indica:

“Si por dos servicios iguales se colocan dos costos distintos es lógico que el cargo más favorable es aquel que representa un menor precio. Al respecto no pueden existir dudas, por ello el debate previo y la dilucidación acerca de la condición más favorable a la que alude Telefónica para sustentar que no cabía aplicar el cargo automáticamente no cabe.”

Al haberse confirmado la infracción, la Sala considera que la cuantía de la multa es razonable por ser la multa de 151 UIT la mínima aplicable posible. En atención a lo anterior, declaró infundada la demanda.

En segunda instancia, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República se remitió al razonamiento efectuado por la Sala en primera instancia y por el CCO. Señala que el mandato de interconexión que regula la relación entre Telefónica y Teleandina, incluye expresamente la obligación de adecuación.

Adicionalmente, la Sala señala que la acción contencioso administrativa debe sustentarse en una causal prevista en la ley, es decir que el acto administrativo contravenga el ordenamiento jurídico, la Constitución, o se afecte el debido proceso, no siendo posible el debate sobre los hechos que sustentaron la decisión. En atención a ello se confirmó la sentencia apelada.

3.2 Casos sobre suspensión indebida de la interconexión

3.2.1 Ditel Corporation S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 016-2003-CCO-ST/IX.

Sede Administrativa:

Ditel Corporation S.A. (demandante, en adelante Ditel) demandó a Telefónica del Perú S.A.A. (demandada, en adelante Telefónica) en un caso que versó sobre suspensión indebida de la interconexión por falta de pago. Ditel es una empresa autorizada para prestar el servicio público portador de larga distancia, demandó a Telefónica, empresa con la que celebró un contrato de interconexión para brindar servicio portador de larga distancia nacional e internacional, solicitando que se orden la restitución del servicio de interconexión suspendido por falta de pago.

Ditel indicó que suscribió un contrato de interconexión con Telefónica por el cual se estableció la interconexión de la red de servicio portador de larga distancia nacional e

internacional de Ditel con las redes de telefonía fija local y portador de larga distancia nacional de Telefónica. Ditel adeudaba a Telefónica el pago de 31 facturas, en atención a lo cual, siguiendo el procedimiento establecido en la Resolución N° 052-2000-CD/OSIPTEL, Telefónica le suspendió el servicio de interconexión.

Posteriormente, el ejecutor coactivo de la Municipalidad Distrital de Lurín trabó una medida cautelar de embargo en forma de retención sobre los derechos de crédito de Telefónica. Ante ello, Ditel consideró que Telefónica perdió su calidad de acreedora por lo que desapareció la causal que motivó la suspensión de la interconexión. Añadió que a pesar de haber solicitado en forma reiterada la restitución del servicio de interconexión, Telefónica se lo negó.

Telefónica contestó la demanda y señaló que la medida cautelar no implicó que pierda la calidad de acreedora de Ditel. Asimismo, indicó que en la medida que la referida medida fue levantada, ha operado la sustracción de la materia en el caso. Precisó que Ditel no ha ejecutado el pago adeudado a Telefónica ni ha otorgado garantías por el mismo, únicas causales para restituir el servicio de acuerdo a lo establecido en el artículo 76° del TUO de las Normas de Interconexión. Finalmente, señaló que el procedimiento de ejecución coactiva y, en consecuencia, la medida cautelar trabada han sido suspendidos ante el inicio de un proceso de control de legalidad ante el Poder Judicial por parte de Telefónica.

Del análisis de la demanda y su contestación, se identificaron como temas de fondo a ser discutidos en la controversia, los referidos a si Telefónica perdió su condición de acreedora de Ditel y a si Telefónica infringió el artículo 53° del TUO de las Normas de Interconexión así como el artículo 4° del Reglamento de Infracciones y Sanciones al mantener suspendido el servicio de interconexión prestado a Ditel.

El CCO, en primera instancia administrativa se pronunció sobre la demanda formulada por Ditel mediante Resolución N° 014-2004-CCO/OSIPTEL. Consideró que no existía controversia respecto al procedimiento seguido por Telefónica para efectuar suspensión, sino únicamente respecto a la pérdida de dicha empresa de su calidad de acreedora de Ditel. Asimismo, se acreditó que existen facturas por la prestación de servicios de interconexión cuya falta de pago por parte de Ditel motivó la suspensión de dicho servicio.

Respecto a la pérdida de la calidad de acreedora de Telefónica el CCO consideró que la medida cautelar de embargo en forma de retención tuvo como finalidad que Ditel entregue a la autoridad las cantidades dinerarias adeudadas al afectado con la misma, siendo la calidad de acreedor de la persona sobre la cual recae la medida un elemento indispensable para que los obligados a realizar la retención puedan cumplir con dicho mandato.

De acuerdo con lo anterior, el embargo en forma de retención no altera la calidad de acreedora de Telefónica pues la titularidad del derecho de crédito es el fundamento para hacer efectiva la retención. La medida cautelar dictada por la Municipalidad de Lurín, por el contrario, tuvo como único efecto que el pago de los montos adeudados debía efectuarse a dicha entidad. Adicionalmente, el CCO señaló que en aplicación del artículo 1336° del Código Civil, los hechos ocurridos en forma posterior a la constitución en mora del deudor no pueden afectar al acreedor, por lo que Ditel es responsable por los hechos que imposibiliten el cumplimiento de sus obligaciones. En todo caso, Ditel pudo consignar la suma adeudada a Telefónica.

Adicionalmente, el CCO señaló que una vez establecido que Telefónica no perdió la condición de acreedora de Ditel, correspondía verificar si esta cumplió con las condiciones establecidas en la Resolución N° 052-CD-2000/OSIPTEL para la restitución del servicio. Al respecto, no existen medios probatorios que acrediten que Ditel pagó los montos adeudados a Telefónica o que hubiese ofrecido garantías a satisfacción de Telefónica en forma oportuna. En tal sentido, el CCO concluyó que la conducta de Telefónica de mantener suspendida la interconexión no constituye un incumplimiento de las normas vigentes sobre la materia.

La resolución de primera instancia fue apelada por Ditel bajo los mismos fundamentos de su denuncia, a continuación se reseñan los aspectos apelados y el pronunciamiento del Tribunal de Solución de Controversias al respecto. Mediante Resolución N° 014-2004-TSC/OSIPTEL, el TSC estableció que el embargo en forma de retención afecta los derechos de crédito del obligado, por lo que es necesario que para que se trabee dicha medida, el afectado con la misma sea el acreedor del crédito a afectar. Complementariamente, la orden de retención es una obligación que exige a un tercero reservar los bienes que debía entregar al afectado y ponerlos a disposición de la autoridad, lo que supone la entrega cuando así le sea exigido. Siendo esto así, el embargo no modifica en forma alguna la relación jurídica existente entre ambas empresas.

Como consecuencia de lo señalado precedentemente, el TSC consideró que en la medida que Telefónica continuó siendo acreedora de Ditel, es preciso definir si se presentaron las condiciones para que proceda la restitución el servicio. El TSC señaló que no obraba medio probatorio alguno que le permitiese concluir que Ditel cumplió con la obligación a su cargo o con la constitución de garantías. Precisó que los propios representantes de la empresa así lo afirmaron en el informe oral realizado en segunda instancia. Asimismo, Ditel tampoco cumplió con entregar el dinero a la Municipalidad de Lurín, a pesar de habérselo exigido. Por ello, Telefónica no se encontraba obligada a restituirle el servicio de interconexión. En consecuencia, el TSC confirmó la resolución de primera instancia.

Sede Judicial:

Ditel interpuso demanda contenciosa administrativa contra la decisión del Tribunal de Solución de Controversias. La Segunda Sala Transitoria Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima se mostró de acuerdo con lo resuelto en sede administrativa. Sin embargo, consideró que el análisis efectuado resultó insuficiente e impreciso respecto a los efectos del embargo en la relación obligatoria existente ente Ditel y Telefónica.

Al respecto, la Sala señaló que desde el momento en que Ditel se constituyó como agente retenedor, la deuda le fue inexigible por mandato de la medida cautelar trabada por la Municipalidad Distrital de Lurín. Para restablecer la interconexión suspendida por falta de pago bastaba que Ditel acreditara únicamente la retención efectiva de los fondos embargados pues de esa forma demuestra que es la existencia de la medida cautelar lo que le impide satisfacer la deuda impaga frente a su acreedor. Ello es así pues exigirle a Ditel el pago de las acreencias a Telefónica implicaba la violación del mandato de la medida cautelar trabada. Asimismo, exigirle la constitución de garantías suficientes supone la imposición de mayores condiciones a las legalmente establecidas para el disfrute del servicio de interconexión pues a la par del dinero retenido, debe otorgarse garantía. Siendo que en el caso Ditel no demostró la retención efectiva de los montos adeudados a Telefónica no se configuró

el supuesto para considerar exigible la restitución del servicio de interconexión suspendido.

Finalmente señaló que la imprecisión del pronunciamiento administrativo es un vicio intrascendente que no cambia el sentido final del mismo de conformidad con el artículo 14º de la Ley del Procedimiento Administrativo General. La sentencia no fue apelada.

3.2.2 Compañía Telefónica Andina S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente Nº 018-2003-CCO-ST/IX.

Sede administrativa:

Teleandina demandó a Telefónica en un caso que versó sobre materias referidas a la interconexión y a la suspensión de dicho servicio por falta de pago. Teleandina, empresa autorizada para prestar el servicio público portador de larga distancia nacional e internacional en Lima y otras provincias, señaló que, producto del mandato emitido por el OSIPTEL el 12 de enero de 2000, tenía una relación de interconexión con Telefónica.

Ante la falta de pago de los montos correspondientes a los cargos de interconexión, Telefónica, en cumplimiento del procedimiento establecido por las normas pertinentes, otorgó a Teleandina un plazo de 10 días hábiles para cancelar las facturas pendientes vencidas al 1 de febrero de 2003.

Posteriormente, el 10 de junio de 2003, la Unidad de Ejecución Coactiva de la Municipalidad Distrital de Lurín trabó embargo en forma de retención sobre los derechos de crédito de Telefónica. Ante ello, la referida empresa inició un proceso judicial de revisión de legalidad de procedimiento de ejecución coactiva incoado por la referida municipalidad. De forma paralela, Telefónica continuó con el procedimiento de cobranza a Teleandina.

Ante la orden judicial de suspensión del procedimiento de ejecución coactiva, Telefónica requirió nuevamente a Teleandina el pago de las facturas pendientes. Sin embargo, Teleandina se negó a entregar los montos debidos, pues consideró que tal pago únicamente podría efectuarse una vez que existiese pronunciamiento final del Poder Judicial en el proceso de revisión de legalidad del procedimiento de ejecución coactiva. El 9 de setiembre de 2003, Telefónica suspendió el servicio de interconexión a Teleandina, ante lo cual Teleandina presentó una demanda ante el CCO del OSIPTEL pues consideró que se trató de una suspensión ilegal del servicio.

Teleandina argumentó que el embargo en forma de retención ordenado por la Municipalidad de Lurín implicó que Telefónica perdió su condición de acreedor, por lo que no tenía derecho a exigir el cobro de los montos adeudados. En tanto no existía una resolución judicial que deje sin efecto el embargo, Teleandina no tenía la obligación de efectuar el pago. Asimismo, consideró que si bien, a raíz del proceso de revisión de legalidad iniciado por Telefónica, la municipalidad suspendió el procedimiento de ejecución coactiva y las medidas cautelares ordenadas; nunca se ordenó la entrega de los montos retenidos a Telefónica pues estos eran una garantía del referido proceso de revisión de legalidad.

En su contestación, Telefónica señaló que cumplió con el procedimiento para efectuar la suspensión. Asimismo, indicó que una vez suspendidos los efectos de la medida cautelar ordenada por la municipalidad el 2 de setiembre de 2003, Teleandina debió cumplir con efectuar el pago, hecho que no se dio. Adicionalmente, señaló que en todo caso, el referido embargo fue trabado con fecha posterior al vencimiento de las obligaciones de Teleandina y, además, esta nunca puso a disposición de la municipalidad los montos supuestamente retenidos.

De otro lado, Telefónica reconvino, señalando que Teleandina había interpuesto una demanda maliciosa en su contra.

En primera instancia, el CCO resolvió la controversia mediante Resolución N° 017-2004-CCO/OSIPTEL. En dicha resolución, el CCO consideró que la medida cautelar de embargo en forma de retención no implicó la pérdida de la calidad de acreedor por parte de Telefónica, por el contrario, la condición de acreedor es un elemento indispensable para que los obligados a realizar la retención puedan cumplir con dicho mandato. Lo contrario implicaría desconocer el fundamento para hacer efectiva la retención. Por ello, mientras la medida cautelar se encontró vigente, Telefónica nunca perdió su calidad de acreedora.

Por otro lado, el CCO consideró relevante señalar que la factura pendiente de pago venció en febrero de 2003, cuatro meses antes del embargo por tanto, Teleandina, al haber sido constituida en mora, era responsable por aquellos hechos que imposibilitaron el cumplimiento de las obligaciones a su cargo. En la medida que Teleandina debió cumplir con su obligación en febrero de 2003, Telefónica inició el procedimiento de suspensión y constituyó en mora a Teleandina por falta de pago. El embargo en forma de retención fue un hecho sobreviniente cuyas consecuencias deben ser asumidas por Teleandina.

Por tanto, aún en el supuesto que Teleandina hubiese estado impedida de entregar los montos adeudados por encontrarse vigente la medida cautelar, debió adoptar acciones para no perjudicar a Telefónica, como por ejemplo, efectuar un pago por consignación. Telefónica no estaba obligada a detener el proceso de suspensión de la interconexión pues Teleandina no cumplió con pagar el monto adeudado o con garantizarlo debidamente. En todo caso, una vez levantado el embargo, Teleandina debió pagar los montos adeudados. Por ello, consideró que quedó acreditada la existencia de una factura impaga y de la calidad de acreedora de Telefónica. Asimismo, de la revisión de los medios probatorios, consideró que se acreditó que Telefónica siguió con el procedimiento prescrito legalmente para efectuar la suspensión.

Finalmente, el CCO consideró que Teleandina no presentó una demanda maliciosa pues existió una incertidumbre jurídica legítima acerca de la viabilidad de la suspensión ante la entrada en vigencia de la medida cautelar de embargo en forma de retención, la cual además, estaba vigente al momento de la interposición de la demanda.

Teleandina apeló la decisión del CCO argumentando que el petitorio de la demanda era que se determine si al momento de efectuarse la suspensión, dicha empresa se encontraba obligada a efectuar el pago, aspecto que no ha sido aclarado por la resolución de primera instancia. Telefónica por su parte, se adhirió al recurso de apelación en el extremo que no se sancionó a Teleandina por la presentación de una

demanda maliciosa, pues al momento de la interposición de la demanda no existía una incertidumbre jurídica.

En respuesta a dichas alegaciones, Teleandina indicó que solicitó al Poder Judicial un informe referido a la viabilidad de la exigencia del pago de los créditos embargados y la legalidad de la suspensión de la interconexión, medio probatorio que debía ser meritudo por el TSC. Conforme a Teleandina, dicho informe debía ser solicitado por el TSC a la Sala de la Corte Superior en la cual se encontraba en trámite el proceso de revisión de legalidad iniciado por Telefónica.

Mediante Resolución N° 012-2004-TSC/OSIPTEL, el TSC consideró que el informe solicitado por Teleandina no era un medio probatorio necesario para resolver la controversia. El TSC, además, coincidió con el CCO y señaló que Telefónica cumplió con el procedimiento de suspensión conforme a la normativa aplicable. El TSC señaló que si durante la vigencia de la medida cautelar, Teleandina hubiese retenido los montos adeudados, la suspensión no hubiese sido posible, como en efecto sucedió pues Telefónica no suspendió el servicio durante dicha etapa. Igualmente, en caso Teleandina hubiese pagado a la Municipalidad el monto retenido, la suspensión no hubiese sido posible, sin embargo, tal hecho tampoco se dio durante la vigencia de la misma. Por todo ello, existió una negativa de pago que sustentó la suspensión.

Adicionalmente, respecto a la presentación de una demanda maliciosa, el TSC consideró, a diferencia del CCO, que existían elementos suficientes para determinar que Teleandina, a la fecha de la interposición de la demanda, conocía de la existencia de un mandato judicial que ordenaba suspender el procedimiento de ejecución coactiva y de un mandato de la municipalidad que ordenó el levantamiento del embargo, por lo que no se encontraba impedida de efectuar el pago. En consecuencia, el TSC estableció que Teleandina incurrió en infracción grave y le impuso una multa de 51 UIT.

Sede Judicial:

Teleandina inició un proceso contencioso administrativo para cuestionar la resolución emitida por el TSC. En dicho proceso judicial, solicitó se declare la nulidad de la Resolución N° 012-2004-TSC/OSIPTEL sosteniendo que se había afectado su derecho al debido proceso, al desestimarse la actuación del medio probatorio referido al informe del Poder Judicial en el proceso de revisión judicial del procedimiento de ejecución coactiva seguido por Telefónica contra la Municipalidad de Lurín. Asimismo, solicitó se declare la ilegalidad de la suspensión del servicio de interconexión efectuada por Telefónica, por los mismos fundamentos esgrimidos en sede administrativa.

La Segunda Sala especializada en lo contencioso administrativo analizó en primer lugar la legalidad de la suspensión del servicio de interconexión. Luego de un examen del procedimiento administrativo señaló que *“se infiere con calidad meridiana que Telefónica, cumplió con todas las etapas y plazos previos señalados en el artículo 1 de la Resolución número 052-2000-CD/OSIPTEL, a efectos de suspender el servicio de interconexión, siendo su proceder arreglado a Ley.”*

Asimismo, la Sala señaló que Teleandina conoció el 3 de setiembre de 2003, que la medida cautelar fue levantada, por lo que desde la referida fecha no tenía ningún impedimento para no cumplir con su obligación. Ello, además, considerando que

desde el vencimiento de la obligación hasta la notificación del embargo habían transcurrido más de cuatro meses, por lo que la suspensión se encuentra plenamente justificada. La Sala precisó:

“Que, en ese orden de ideas a la fecha de la suspensión del servicio de interconexión, esto es el 9 de setiembre de 2003, Teleandina, tenía pleno conocimiento que el embargo en forma de retención había sido levantado por Resolución del ejecutor coactivo de la municipalidad de Lurín número 775, la misma que fue puesta en su conocimiento con fecha 3 de setiembre de 2003, sin embargo lejos de cancelar la deuda, mantiene su actitud renuente al pago, y procede a demandar a Telefónica ante OSIPTEL el 18 de setiembre del mismo año, a sabiendas que no tenía impedimento para efectuar el pago y, que Telefónica se encontraba habilitada a suspender el servicio de interconexión, de lo que se contrae que el demandante interpuso en sede administrativa una demanda maliciosa.”

Además, la Sala indica que cualquier hecho ocurrido con posterioridad a la interposición de la demanda no puede influir en la calificación de la misma como maliciosa. Respecto a la multa, la Sala señaló que en la medida que no excede del 10% de los ingresos brutos percibidos en el ejercicio anterior, tal como prescribe la norma; dicha multa fue impuesta respetando los parámetros legales.

Finalmente, señaló que la alegada violación al derecho al debido proceso no se verificó, pues la emisión del informe solicitado por Teleandina hubiese implicado un adelanto de opinión en el procedimiento de revisión judicial iniciado por Telefónica. Por ello, la resolución impugnada no se encuentra incurso en causal de nulidad. En consecuencia, la Sala declaró infundada la demanda.

3.3 Casos sobre negativas injustificadas y otras prácticas anticompetitivas

3.3.1 Red Científica Peruana contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 001-1996. Negativa injustificada de trato.

Sede Administrativa:

Red Científica Peruana (en adelante, RCP) demandó a Telefónica por actos de competencia desleal, abuso de posición de dominio e incumplimiento de las obligaciones asumidas en su contrato de concesión consistentes en diversas conductas que tenían como fin crear obstáculos para el desempeño de RCP en el mercado. Entre otros, RCP denunció a Telefónica por subsidios cruzados, uso de información privilegiada, negativa a atender solicitudes de provisión de circuitos y trato discriminatorio. Señaló que Telefónica registra demoras administrativas innecesarias y captó clientes de RCP de forma ilegítima.

En su contestación, Telefónica negó las alegaciones efectuadas por RCP. El argumento principal de Telefónica era el referido a que RCP demandaba la prestación de servicios para los que Telefónica no tenía la capacidad técnica de proveer, por lo que la negativa a brindarlos se encontraba plenamente justificada. Además, precisó que en algunos casos la imposibilidad se debía a la negligencia propia de RCP. Asimismo, señaló que el CCO no era competente pues RCP era un usuario de Telefónica, por lo que la vía correspondiente era la del reclamo de usuarios.

El CCO, mediante Resolución N° 055-CCO/97, luego de la actuación de pruebas que incluyeron consultas con técnicos especialistas en la materia, declaró parcialmente fundada la demanda y concluyó que Telefónica incurrió en prácticas de abuso de posición de dominio y trato discriminatorio, al negarse injustificadamente a brindar los servicios que le fueron solicitados por RCP y le impuso una multa de 50 UITs por dicha infracción y 10 UITs adicionales por el incumplimiento de obligaciones establecidas en su contrato de concesión. Señaló que si bien no se demandaron de forma expresa, los hechos expuestos por RCP evidenciaban la existencia de prácticas de abuso de posición de dominio, por lo que se efectuó el análisis de mercado relevante concluyendo que Telefónica ostentaba posición de dominio y, además, ofrecía servicios a través de integración vertical de empresas.

Ambas partes interpusieron recurso de apelación contra la referida resolución. Telefónica argumentó que el CCO se había pronunciado sobre extremos no alegados por la demandante, pues RCP únicamente denunció por comisión de actos de competencia desleal, no de abuso de posición de dominio, asimismo, el análisis efectuado por el CCO era sesgado. RCP, por su parte, apeló la resolución en el extremo referido a la multa impuesta a Telefónica, solicitando que sea incrementada, para ello debía considerarse que por la negativa de Telefónica de brindar información, el caso fue resuelto primordialmente sobre la base de prueba indiciaria.

En segunda instancia administrativa, la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL (que en dicho momento era la segunda instancia de solución de controversias) mediante Resolución N° 020-98-PD/OSIPTEL, confirmó en casi todos sus extremos la resolución emitida por el CCO. Sin embargo, consideró que la multa de 10 UIT debía dejarse sin efecto pues la infracción incluía tanto la comisión de actos contra la libre y leal competencia, así como los incumplimientos contractuales. La Presidencia consideró que de lo alegado por RCP podía interpretarse de forma clara, que se denunciaban infracciones tanto a las normas de competencia desleal como a las de libre competencia.

Sede Judicial:

Telefónica interpuso demanda contencioso administrativa contra la resolución emitida por la Presidencia solicitando se declare un invalidez e ineficacia. El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo señaló lo siguiente:

“Que de los documentos obrantes en el expediente administrativo que se tiene a la vista, se advierte que existió demora de parte de Telefónica del Perú en atender las solicitudes de arrendamiento de líneas y consecuentemente ha incurrido en infracciones contractuales”

Por otro lado, añadió lo siguiente:

“(…) del escrito de demanda se aprecia que RCP solicitó a la demandada una investigación profunda por la comisión de infracciones relativas al incumplimiento de las obligaciones estipuladas en la concesión, por lo que en atención a dicho pedido, han sido expedidas las referidas resoluciones, no advirtiéndose exceso alguno por parte de la autoridad administrativa”

Por ello, consideró que la resolución impugnada no está sujeta a causal de nulidad y declaró infundada la demanda.

La sentencia fue apelada por Telefónica ante la Segunda Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. La Sala señaló que las obligaciones contractuales de Telefónica claramente se refieren a aquellos servicios solicitados por RCP. La Sala precisó que en sede administrativa se ha probado la existencia de numerosos casos de incumplimiento de plazos establecidos contractualmente a través de documento y de las declaraciones de la propia Telefónica en el informe oral. En tal sentido, señaló lo siguiente:

“(...) sobre la constitución en mora a la que se refiere el demandante debe señalarse que el plazo de veinte días que fue concertado entre el Estado y al empresa Telefónica del Perú concesionaria, es un compromiso que la citada empresa asumió con el Estado respecto del trato que dará a los usuarios del servicio materia de concesión, por tanto, es obligación de la empresa concesionaria observar dicho plazo, independientemente de si los usuarios reclaman o no su cumplimiento (...)”

Asimismo, consideró acreditado que Telefónica efectuó prácticas desleales para captar clientes de RCP. Por otro lado, consideró, en el mismo sentido que la primera instancia judicial, que de la demanda quedaba claro que RCP denunció infracciones a la norma de libre competencia. En consecuencia, la Sala consideró que la resolución impugnada no se encontraba incurso en causal de nulidad y confirmó la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en sede casatoria, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Suprema de Justicia de la República consideró que el recurso de casación presentado por Telefónica cuestionaba los hechos establecidos en el proceso y el criterio para resolver de la Sala Superior, extremo que no puede ser materia de casación, pues no pueden volver a revisarse los hechos ni valorar los medios probatorios. Por ello, declaró improcedente el recurso de casación.

3.3.2 AT&T Perú S.A. contra Telefónica del Perú S.A.A. Expediente N° 003-2001. Negativas injustificadas de trato, discriminación y sabotaje.

Sede Administrativa:

El 5 de junio de 2001, AT&T Perú S.A. (en adelante AT&T) demandó a Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica) por una estrategia anticompetitiva integral compuesta, a su vez, por una serie de fracciones a las normas específicas del sector telecomunicaciones establecidas en el Reglamento General de Infracciones y Sanciones de OSIPTEL y en el Reglamento de Preselección, y a las normas de libre y leal competencia. De acuerdo a AT&T, dichas conductas habían restringido la competencia en el mercado de telecomunicaciones (larga distancia y telefonía fija).

Mediante Resolución N° 52-2002-CCO/OSIPTEL de fecha 16 de julio de 2002 se declaró, entre otros aspectos, lo siguiente:

- a) Fundada la demanda en los siguientes extremos y se impuso las sanciones indicadas a continuación:

- Sabotaje de los medios de interconexión entre su red fija y la red de larga distancia de AT&T, a través de la generación de llamadas sin ANI (“*Automatic Number Identification*” o “*Identificación Automática de Número*”), durante el régimen de interconexión transitoria por infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal y a la Ley de Libre Competencia, calificada como muy grave. Se impuso una multa ascendente a 400 UIT.
 - Desvío intencional de las llamadas de larga distancia efectuadas por abonados fijos locales de TELEFÓNICA que eligieron a AT&T como su operador de larga distancia, hacia su red de larga distancia por infracción al Reglamento de Preselección, calificada como grave. Se impuso una sanción de amonestación.
 - Negativa injustificada a conceder a los abonados de teléfonos fijos locales de TELEFÓNICA pre-suscritos al servicio de larga distancia de AT&T el acceso a los servicios de red inteligente 0-800 por infracción a la Ley de Represión de la Competencia Desleal y a la Ley de Libre Competencia, calificada como muy grave. Se impuso una sanción ascendente a 125 UIT.
 - Negativa injustificada a conceder a AT&T el acceso a los servicios de larga distancia por operadora a través de los números 108 y 109 por infracción al Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, calificada como muy grave. Se impuso una sanción ascendente a 270 UIT.
 - Negativa injustificada a transportar a través de su red las llamadas originadas en sus teléfonos públicos destinadas a los abonados de la telefonía fija de AT&T por infracción al Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, calificada como muy grave. Se impuso una sanción de multa ascendente a 151 UIT.
- b) Fundada parcialmente en el extremo correspondiente a la negativa injustificada a transportar las llamadas originadas en teléfonos fijos locales de abonados de AT&T destinadas a los suscriptores de TELEFÓNICA de los servicios 0-800 y viceversa por infracción al Reglamento General de Infracciones y Sanciones del OSIPTEL, calificada como muy grave. Se impuso una multa ascendente a 151 UIT.

El 26 de julio de 2002 AT&T y Telefónica presentaron recursos de apelación contra la Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL. Vencido el plazo para que la segunda instancia administrativa se pronunciara sobre dichas apelaciones, Telefónica interpuso una demanda contencioso administrativa contra la mencionada resolución, asumiendo que se había producido el silencio administrativo negativo; teniendo en cuenta a la fecha no se había constituido el TSC encargado de conocer y resolver la apelación presentada por dicha empresa.

Sede Judicial:

La demanda contencioso administrativa interpuesta por Telefónica fue conocida en primera instancia por la Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Ante la alegación de Telefónica referida a la falta de competencia de los CCO para imponer sanciones, la Sala consideró que del análisis de la normativa vigente queda

claramente establecido que el CCO cuenta con la facultad de imponer sanciones respecto de aquellas infracciones cometidas durante la tramitación en primera instancia de controversias entre empresas y de aquellas cuya existencia es materia de determinación en la controversia. En el caso concreto, en la medida que AT&T denunció infracciones a las normas de libre y leal competencia, el CCO tenía competencia para imponer sanciones en dicha materia. Asimismo señaló que, contrariamente a lo señalado por Telefónica, no existió una contravención al principio de congruencia, pues AT&T detalla las conductas que son materia de denuncia indicando la norma infringida para cada caso.

Adicionalmente, la Sala señaló que en el caso del desvío intencional de llamadas de larga distancia, la responsabilidad administrativa es objetiva por lo que los errores humanos no eximen a Telefónica de ser sancionada. Respecto de la negativa de acceso a los números 108 y 109, la Sala indicó, recogiendo los argumentos del CCO, que se trata de un derecho garantizado al usuario que no puede ser obstaculizado. Sobre la negativa de acceso a servicios de red inteligente, la Sala señaló que estas no pertenecen al servicio de larga distancia, además, incluso siendo así, Telefónica no podía restringir el acceso a las mismas.

De otro lado, señaló que la negativa injustificada a transportar las llamadas originadas en teléfonos fijos locales de abonados de AT&T destinadas a los suscriptores de Telefónica de los servicios 0-80C y viceversa; y, la negativa injustificada a transportar a través de su red las llamadas originadas en sus teléfonos públicos destinadas a los abonados de la telefonía fija de AT&T, constituyen incumplimientos de su obligación de interconexión. Finalmente, respecto al bombardeo de llamadas sin ANI, la Sala efectuó un detallado análisis de la naturaleza de la prueba indiciaria y consideró como probados los siguientes indicios:

- Las llamadas sin ANI fueron enviadas con un mismo patrón a través de medios sofisticados.
- Para efectuar el bombardeo se tendría que conocer los números telefónicos de la línea PRI utilizada por AT&T
- Los bombardeos cesaban cuando los funcionarios de OSIPTEL investigaban su origen en las instalaciones de Telefónica.
- Telefónica no ha probado que un tercero tuvo la posibilidad de conocer los números PRI asignados a AT&T.

Sobre la base de dichos indicios la Sala concluyó que fue Telefónica quien efectuó el bombardeo. En consecuencia, declaró infundada en todos sus extremos la demanda de Telefónica.

Telefónica apeló la sentencia de primera instancia ante la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. La Sala señaló que la resolución impugnada es congruente con los puntos controvertidos fijados en el procedimiento administrativo, decisión que en su oportunidad no fue cuestionada por Telefónica, por tanto, el CCO podía pronunciarse sobre cada uno de los actos denunciados de forma individual. Por ello, tampoco se afectó el derecho a defensa de Telefónica, quien se pronunció sobre cada una de las conductas denunciadas. Finalmente, sobre el bombardeo de llamadas sin ANI, la Sala se mostró de acuerdo con el análisis efectuado por la Corte Superior referido a los indicios probados en el procedimiento. Por lo señalado, estimó que no existe causal de nulidad y confirmó la sentencia apelada.

Finalmente, Telefónica interpuso recurso de casación contra la sentencia reseñada precedentemente ante la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, argumentando que se había incurrido en un defecto de motivación y, por ende, se afectó el debido proceso. La Sala consideró que la sentencia apelada justificó de modo suficiente los extremos sobre los que se pronunció tanto jurídicamente como sobre los medios probatorios analizados. Consideró que existió una motivación interna y externa sin deficiencias, congruente y cualificada. Por ello, declaró infundado el recurso de casación.

3.4 Análisis general sobre los pronunciamientos judiciales emitidos en sede contencioso administrativa sobre resoluciones finales de las instancias de solución de controversias

Conforme ha sido señalado en capítulos precedentes del presente documento, a nivel internacional se aplican distintos sistemas de revisión, desde los estándares del Reino Unido y la Unión Europea en casos de control de fusiones, hasta el sistema francés de revisión intensa. En tal sentido, el alcance de la revisión judicial de los pronunciamientos administrativos constituye un tema en discusión que sigue plenamente vigente y que tiene matices propios en cada sistema jurídico y país en el cual es diseñado, conforme a las particularidades de la cultura jurídica local.

Tal como ha sido descrito en el primer capítulo del presente documento, el Perú se encuentra, de forma similar a Francia, dentro de los países cuyas disposiciones constitucionales y legales establecen que el Poder Judicial se encuentra facultado a realizar una revisión completa o intensa de las decisiones tomadas en sede administrativa. El diseño legal del proceso contencioso administrativo peruano ha recogido la denominada pretensión de plena jurisdicción, la cual se traduce en la capacidad del Poder Judicial de tutelar de forma directa las situaciones jurídicas sometidas a su competencia, es decir, no solamente anular sino también pronunciarse sobre el fondo de la controversia.

En términos cuantitativos, las instancias de solución de controversias del OSIPTEL a la fecha han resuelto aproximadamente 100 controversias entre empresas, de las cuales sólo el 15%(aproximadamente) ha sido cuestionado en la vía del contencioso administrativo.

A la fecha, han concluido en sede judicial seis procesos contencioso administrativos sobre resoluciones de las instancias de solución de controversias del OSIPTEL. En cada uno de dichos seis procesos, se ha declarado infundadas las demandas contencioso administrativas y, en consecuencia, se ha declarado que las decisiones del OSIPTEL han sido emitidas de acuerdo a derecho.

En lo referido a las materias de los casos que han llegado a sede judicial y han concluido su trámite, tenemos que las materias predominantes han sido aquellas referidas a interconexión (cuatro casos) y libre competencia (dos casos). De dicho universo, en sede administrativa, dos casos fueron declarados infundados y cuatro fundados. En los casos declarados fundados en sede administrativa, se impusieron multas que oscilan desde las 50 hasta las 1097 UIT en cada uno de ellos. En sede judicial, las multas fueron “confirmadas” sobre la base de la misma línea argumental empleada por las instancias de solución de controversias.

Sin perjuicio de la “confirmación” de las multas en sede judicial, es claro que el monto de la multa es un elemento importante para las partes al momento de decidir

acudir al Poder Judicial y que la impugnación de su graduación ha sido una constante en los casos analizados. Por ello, debe tenerse siempre presente al momento de imponer una sanción en sede administrativa, que deben motivarse y graduarse las sanciones de manera detallada, aplicando los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

A partir de la revisión de los casos, se aprecia que el Poder Judicial ha cumplido un rol importante en el desarrollo de la política de competencia en el sector de las telecomunicaciones, a través de la validación de las decisiones de las instancias de solución de controversias sometidas a su consideración en los procesos contencioso administrativos.

En efecto, la validación de las decisiones de las instancias de solución de controversias ha reforzado la predictibilidad de las decisiones del OSIPTEL y ha corroborado el respeto de la institución por los principios del debido procedimiento administrativo y la seguridad jurídica. Cabe señalar que en muchos de los casos impugnados judicialmente, el Poder Judicial ha analizado y validado criterios que las instancias de solución de controversias han aplicado, posteriormente, en muchos otros casos que no han sido materia de impugnación judicial.

Aún más, los esquemas de análisis empleados por el Poder Judicial siguen las metodologías de análisis de los casos concretos aplicadas en sede administrativa tanto en aspectos de forma como de fondo. Ello reitera que la labor efectuada en sede administrativa ha sido correcta y debe continuar en la misma dirección.

Así, se tiene que el Poder Judicial ha validado el análisis de fondo de las decisiones tomadas por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL. En los extremos referidos a la graduación de las sanciones impuestas en sede administrativa, el Poder Judicial, en general, analiza aquellos límites establecidos expresamente en la normativa pertinente, como que la sanción se encuentre dentro de la escala y que no sobrepase los límites de ingresos (Expediente 18-2003) y ha validado la motivación de la graduación de las sanciones, aspecto usualmente cuestionado por los sancionados.

La mayoría de los casos que han sido revisados en sede judicial han revestido una complejidad considerable y han demandado que los jueces cuenten con conocimientos relativamente especializados sobre el marco regulatorio del sector telecomunicaciones, así como de las normas de libre y leal competencia (por ejemplo: Expedientes 1-1996 y 3-2001). De allí se deriva la importancia de contar con jueces que tengan un conocimiento detallado de dicha normativa, a fin de que existan una adecuada lectura del análisis técnico, económico y jurídico efectuado por el OSIPTEL.

Respecto a las particularidades del análisis en sede judicial, se ha identificado, una preponderancia de la argumentación sobre la base de los medios probatorios actuados en el procedimiento (por ejemplo: Expediente 10-2002).

Asimismo, en algunos casos el Poder Judicial, sin apartarse del razonamiento efectuado por el OSIPTEL, ha profundizado en el mismo precisando algunos aspectos probatorios de las resoluciones impugnadas (por ejemplo: Expediente 16-2003). Adicionalmente, se ha identificado que el Poder Judicial fundamenta sus razonamientos en el interés público involucrado en la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones, el cual determina un marco de referencia necesario

para la toma de decisiones particulares sobre la interpretación de las normas del sector (por ejemplo: Expedientes 10-2002).

En lo referido a temas procesales, el Poder Judicial ha compartido el razonamiento del OSIPTEL en cuestiones relativas a la admisión de medios probatorios, imputación de cargos, prueba indiciaria, entre otros. (Expediente 3-2001).

Por todo lo expuesto, es posible corroborar que el sistema de solución de controversias del OSIPTEL cuenta con un alto nivel de predictibilidad y respeta estrictamente los principios del debido procedimiento y la seguridad jurídica lo cual, a su vez, ha contribuido al desarrollo del mercado de servicios públicos de telecomunicaciones.

CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto es posible concluir lo siguiente:

- Las resoluciones emitidas por las instancias de solución de controversias que son cuestionadas ante el Poder Judicial, vía los procesos contencioso administrativos, representan un porcentaje reducido, considerando el universo de resoluciones expedidas por dichas instancias.
- A la fecha, el Poder Judicial ha declarado infundadas las demandas contencioso administrativas, validando todas las resoluciones emitidas por las instancias de solución de controversias del OSIPTEL sin efectuar razonamientos radicalmente diferentes a aquellos realizados en sede administrativa.
- Los casos cuestionados ante el Poder Judicial, en general, han versado sobre materias de alta complejidad que demandan un conocimiento especializado en regulación y derecho de la competencia. En dicha medida, es recomendable continuar con las actividades de difusión dirigidas específicamente a jueces, sobre los alcances técnicos, económicos y legales respecto de la normativa de telecomunicaciones y del derecho de la competencia

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOT, Alden. A brief overview of American Antitrust Law. En: <http://www.competition-law.ox.ac.uk/lawvle/users/ezrachia/CCLP%20L%2001-05.pdf>.
- HUAPAYA TAPIA, Ramón. Tratado del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Jurista Editores, 2006.
- International Competition Network, Competition Policy Implementation Working Group – Sub Group 3. Competition and the Judiciary: 2nd Phase – Case Studies. 6th ICN Annual Conference, Moscow, Russia. 2007. En: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc594.pdf>.
- LAVRIJSSEN, Saskia y DE VISSER, Maartje. Independent administrative authorities and the standard of judicial review. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=991265.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos. La nueva dimensión constitucional de la ejecutividad administrativa: reflexiones necesarias a partir de la STC Nº 0015-2005-PI/TC.
- PETIT, Nicolas y RABEUX Louise. Judicial Review in French Competition Law and Economic Regulation – A Post Commission vs. Tetra Laval Assessment. En: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1290143.
- PRIORI POSADA, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Lima: Ara Editores, 2007.
- RATLIFF, John. Judicial review in EC Competition cases before the European Courts: - Avoiding double renvoi. En: http://www.wilmerhale.com/files/Publication/b095cfbe-993a-49a3-a482-c72e17f7d1c3/Presentation/PublicationAttachment/8da11dd7-75a7-498d-a4f2-db13967c77cf/EUI_Proceedings_Judicial_Review_Ratliff.pdf
- ROSCH, Thomas. Observations on Evidentiary Issues in Antitrust Cases. En: <http://www.ftc.gov/speeches/rosch/090619antitrustcases.pdf>.
- SIRAGUSA, Mario. Judicial review of competition decisions under EC law. En: http://www.competitioncommission.org.uk/our_role/cc_lectures/judicial_contr ol_210904_siragusa.pdf.

ANEXO 1:
COMPARACIÓN ENTRE LOS SISTEMAS DE REVISIÓN JUDICIAL DE DECISIONES ADMINISTRATIVAS

	PERU (Competencia y Regulación en Telecom)	UNIÓN EUROPEA (Competencia)	FRANCIA (Competencia)	REINO UNIDO
Instancia Administrativa	<ul style="list-style-type: none"> • OSIPTEL, Organismo regulador y agencia de competencia en telecomunicaciones que resuelve en dos instancias: Cuerpos Colegiados y Tribunal de Solución de Controversias. 	<ul style="list-style-type: none"> • Comisión Europea 	<ul style="list-style-type: none"> • Dirección General de Competencia, Consumo y Represión de Fraudes del Ministerio de Economía, Hacienda e Industria (DGCCRF). • Consejo de la Concurrencia 	<ul style="list-style-type: none"> • Office of Fair Trade • Office of Communications
Instancias judiciales	<ul style="list-style-type: none"> • Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo. • Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo. • Casación ante la Corte Suprema 	<ul style="list-style-type: none"> • Tribunal General • Tribunal de Justicia 	<ul style="list-style-type: none"> • Consejo de Estado para la DGCCRF • Corte de Apelaciones para el Consejo de la Concurrencia • Corte de Casación 	<ul style="list-style-type: none"> • Tribunal de Apelaciones de Competencia • Corte de apelaciones
Intensidad de la revisión judicial	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión intensa: Puede sustituir la decisión administrativa bajo el supuesto de la existencia de una causal de nulidad establecida en la ley. 	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión marginal: Es el estándar formal aunque en la realidad es intenso. • Revisión extremadamente intensa: En materia de imposición de multas puede variar la decisión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión extremadamente intensa: Corte de Apelaciones. • Revisión intensa: Consejo de Estado. 	<ul style="list-style-type: none"> • Revisión extremadamente marginal: Test de Wenedsbury. Se emplea para decisiones administrativas en general, no para telecomunicaciones ni libre competencia. • Revisión marginal: Análisis de razonabilidad de la decisión. Se emplea para telecomunicaciones y libre competencia.

Elaboración: Secretaría Técnica del Tribunal de Solución de Controversias

Leyenda:

- Revisión extremadamente marginal: Las cortes únicamente intervienen en de irracionalidad manifiesta.
- Revisión marginal: Las cortes intervienen únicamente en una revisión de legalidad.
- Revisión intensa: Las cortes analizan de forma completa los méritos del caso en sus aspectos de hecho y de derecho.
- Revisión extremadamente intensa: Las cortes pueden sustituir la decisión administrativa por considerar su propia decisión mejor o más adecuada sin necesidad de otro sustento.

ANEXO 2

EXPEDIENTE	PARTES	MATERIA	RESUMEN	FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN	REVISIÓN
Expediente 018-2003-CCO-ST/IX	Compañía Telefónica Andina S.A. - Telefónica del Perú S.A.A.	Interconexión	Teleandina denunció a Telefónica por suspensión indebida de interconexión. Telefónica, por su parte, solicitó se sancione a Teleandina por presentar una denuncia maliciosa en los términos del Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, Reglamento General del OSIPTEL. Mediante Resolución N° 017-2004-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró infundada la denuncia de Teleandina así como la solicitud efectuada por Telefónica. El Tribunal de Solución de Controversias mediante Resolución 012-2004-TSC/OSIPTEL, revocó la referida resolución en el extremo que declaró infundada la solicitud de sanción de Telefónica y sancionó a Teleandina con una multa de 51 UIT.	Teleandina interpuso demanda contencioso administrativa que resolvió en primera instancia la Segunda Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. Solicitó la nulidad de la Resolución 012-2004-TSC/OSIPTEL por contravención al debido procedimiento administrativo y su declaración como contraria a derecho. Asimismo, solicitó plena jurisdicción sobre la materia de la denuncia, por ende que se declare la ilegalidad de la suspensión de la interconexión.	La Sala declaró infundada en todos sus extremos la demanda presentada por Teleandina. Analizó en primer lugar la materia de fondo, concluyendo que la suspensión de la interconexión fue justificada y por tanto Teleandina presentó una denuncia maliciosa, confirmando los fundamentos esgrimidos en sede administrativa. Seguidamente, analizó la graduación de la sanción y verificó que no excedía del límite legal por lo que la confirmó. Finalmente, indicó que no existió violación al debido procedimiento en sede administrativa pues se actuaron las pruebas necesarias para verificar la comisión de la infracción.
Expediente 010-2002-CCO-ST/IX	Bellsouth Perú S.A. - Nextel del Perú S.A.	Interconexión	Bellsouth denunció a Nextel para que, entre otros, se ordene la adecuación del contrato de interconexión suscrito entre ambas empresas a las condiciones que brinda a Telefónica Móviles S.A.C. Por su parte, Nextel solicitó se declare que Bellsouth no puede utilizar su red para servicio de transporte conmutado local. Mediante Resolución 015-2003-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la denuncia e impuso a Nextel una multa ascendente a 151 UIT. Asimismo declaró infundada en todos sus extremos la reconvencción de Nextel. En segunda instancia el Tribunal de Solución de Controversias mediante Resolución N° 030-2003-TSC/OSIPTEL, confirmó en todos sus extremos la decisión del Cuerpo Colegiado.	Nextel interpuso demanda contencioso administrativa que fue resuelta por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima. El extremo impugnado fue únicamente el referido a la imposición de la sanción pues Nextel alegó que carecía de culpabilidad, elemento necesario para que se configure la infracción administrativa. Por ello, solicitó se declare la nulidad e ineficacia de la Resolución 030-2003-TSC/OSIPTEL en dicho extremo.	La Sala señaló que existía culpabilidad por parte de Nextel en tanto ésta conocía de la calidad de condición económica del sistema "Sender Keeps All" y que, por tanto, se encontraba sujeto al deber de adecuación. Así, declaró infundada la pretensión de la demandante. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de la Sala en todos sus extremos. El análisis de ambas instancias validó y reafirmó los argumentos dados en sede administrativa.
Expediente 004-2001	Compañía Telefónica Andina S.A. - Telefónica del Perú S.A.A.	Interconexión	Teleandina denunció a Telefónica por incumplimiento del principio de no discriminación e igualdad de acceso en la relación de interconexión existente entre ambas pues no se le permitió acogerse al cargo de interconexión más favorable que era cobrado a Bellsouth Perú S.A. Mediante Resolución N° 016-2001.CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró fundada la denuncia y sancionó a Telefónica con una multa de 151 UIT.	Telefónica interpuso demanda contencioso administrativa contra la resolución del Cuerpo Colegiado. Su pretensión principal fue la nulidad de la referida resolución, sustentando su solicitud en la inexistencia de pronunciamiento por parte del OSIPTEL respecto de su recurso de apelación y por la imposición de la multa de 151 UIT.	La Segunda Sala Permanente Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima realiza un análisis de la institución de la adecuación y de cómo establecer si se trata de una condición económica más beneficiosa, análisis que no fue detallado por la instancia administrativa. Asimismo, coincide con el Cuerpo Colegiado en la graduación de la sanción efectuada. Por ello, falla declarando infundada la pretensión de Telefónica. La Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, confirmó la sentencia bajo los mismos fundamentos.
Expediente 001-1996	Red Científica Peruana – Telefónica del Perú S.A.A.	Libre Competencia	RCP interpuso denuncia contra Telefónica por la comisión de actos de competencia desleal fundamentados en un trato discriminatorio y desigual que incluye falta de atención a sus solicitudes, demoras administrativas innecesarias y otras conductas similares. Mediante Resolución N° 055-CCO/97, el Cuerpo Colegiado declaró fundada la denuncia e impuso a Telefónica una multa ascendente a 50 UIT pues se acreditó que ésta última se negó injustificadamente a brindarle el servicio de internet a la denunciante, por trato discriminatorio y por haber captado clientes de RCP ofreciéndoles descuentos discriminatorios. Adicionalmente, impuso una multa de 10 UIT por incumplimientos a obligaciones establecidas en el contrato de concesión. Mediante Resolución de Presidencia N° 020-98-PD/OSIPTEL, la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL se resolvió el recurso de apelación interpuesto por Telefónica. Dicha resolución confirmó la sanción impuesta a la referida empresa únicamente en los extremos referidos a actos de abuso de posición de dominio e incumplimiento contractual.	Telefónica interpuso una demanda contencioso administrativa contra la Resolución N° 020-98-PD/OSIPTEL. Solicitó se declare su invalidez e ineficacia y se pronuncie nuevamente sobre la materia de fondo discutida en el procedimiento administrativo.	El Primer Juzgado Corporativo Transitorio Especializado en lo Contencioso Administrativo declaró infundada la pretensión de Telefónica pues consideró que la resolución impugnada fue emitida de acuerdo a ley. La Segunda Sala Transitoria Especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior de Justicia de Lima, confirmó dicha sentencia incidiendo en el incumplimiento del contrato de concesión por parte de Telefónica.

Expediente 003-2001	AT&T Perú S.A. - Telefónica del Perú S.A.A.	Libre Competencia, Competencia Desleal, Interconexión, Acceso a Redes, Obligaciones de Carácter Técnico	AT&T denunció a Telefónica por la realización de una serie de conductas infractoras a las normas de libre y leal competencia, así como a la regulación sectorial, entre las que se incluyen el sabotaje entre la red fija de Telefónica y la red de larga distancia de la denunciante a través de la generación de llamadas sin identificación automática de número, desvío de llamadas, negativas injustificadas de trato y discriminación. Mediante Resolución N° 052-2002-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró fundada en parte la denuncia planteada por AT&T, entre otros, en el extremo referido al sabotaje de su red por parte de Telefónica. Impuso multas ascendentes en total a 1097 UITs.	Telefónica interpuso demanda contencioso administrativa contra el pronunciamiento del Cuerpo Colegiado. Solicitó la nulidad del pronunciamiento en sede administrativa sobre la base de la violación por parte del Cuerpo Colegiado del principio de congruencia al pronunciarse sobre infracciones que no fueron denunciadas lo cual, además, afecta el debido procedimiento administrativo. Asimismo, indicó que el Cuerpo Colegiado se pronunció ilegalmente respecto de infracciones de competencia de la Gerencia General del OSIPTEL.	La Cuarta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo desestimó la pretensión de nulidad pues indicó que el Cuerpo Colegiado actuó de forma congruente y ejerciendo la competencia otorgada legalmente. Ello en tanto AT&T expresó claramente cada conducta denunciada las cuales fueron imputadas a Telefónica de forma individual. Señaló que la prueba indiciaria resultaba suficiente para acreditar el boicot efectuado por Telefónica. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Sala por los mismos argumentos. Finalmente, la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Supremo, en vía de casación, señaló que la sentencia en segunda instancia fue debidamente motivada por lo que no se violó el derecho al debido proceso y declaró infundado el recurso.
Expediente 016-2003-CCO-ST/IX	Ditel Corporation S.A. - Telefónica del Perú S.A.A.	Interconexión	Ditel denunció a Telefónica solicitando que le restituya la interconexión que le fue suspendida por falta de pago. En su reconvencción Telefónica solicitó se sancione a Ditel por la presentación de una denuncia maliciosa. Mediante Resolución N° 014-2004-CCO/OSIPTEL, el Cuerpo Colegiado declaró infundada en todos sus extremos la denuncia presentada por Ditel pues consideró que Telefónica nunca dejó de ser su acreedora. Asimismo, declaró fundada la reconvencción presentada por Telefónica pues se acreditó que Ditel presentó la denuncia maliciosa al no existir motivo razonable para sustentarla. El Tribunal de Solución de Controversias, mediante Resolución N° 014-2004-TSC/OSIPTEL, confirmó la resolución del primera instancia.	Ditel presentó una demanda contencioso administrativa contra la resolución de segunda instancia con similares argumentos a los esgrimidos en el procedimiento adminstrativo.	La Segunda Sala Transitoria Contencioso Administrativa de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundada la demanda pues consideró que Ditel no retuvo efectivamente los montos que adeudaba a Telefónica al momento de trabarse el embargo en forma de retención, distinguiendo dicho razonamiento del efectuado en sede administrativa.