

SECRETARÍA DE ECONOMÍA
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO Y FISCALIDAD
CALLE DE LOS RÍOS, S/N. P.O. BOX 561, MÉXICO, D.F.
TELÉFONO (52 55) 56 22 40, 56 22 41, 56 22 42, 56 22 43, 56 22 44, 56 22 45, 56 22 46, 56 22 47, 56 22 48, 56 22 49, 56 22 50, 56 22 51, 56 22 52, 56 22 53, 56 22 54, 56 22 55, 56 22 56, 56 22 57, 56 22 58, 56 22 59, 56 22 60, 56 22 61, 56 22 62, 56 22 63, 56 22 64, 56 22 65, 56 22 66, 56 22 67, 56 22 68, 56 22 69, 56 22 70, 56 22 71, 56 22 72, 56 22 73, 56 22 74, 56 22 75, 56 22 76, 56 22 77, 56 22 78, 56 22 79, 56 22 80, 56 22 81, 56 22 82, 56 22 83, 56 22 84, 56 22 85, 56 22 86, 56 22 87, 56 22 88, 56 22 89, 56 22 90, 56 22 91, 56 22 92, 56 22 93, 56 22 94, 56 22 95, 56 22 96, 56 22 97, 56 22 98, 56 22 99, 56 23 00

100 MAY 12 AM 11 33

MEDIO
REPOSICIÓN
NO ES SEÑAL DE INFORMIDAD

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo de Derecho dictado por unanimidad por el Tribunal Arbitral presidido por el Doctor Baldo Kresalja Rosselló e integrado por los Doctores Shoschana Zusman Tinman y Enrique Palacios Pareja en la controversia surgida entre Telefónica del Perú S.A.A. de una parte y el Estado representado por el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, OSIPTEL y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción de la otra, con la intervención de AT&T Perú S.A., Bellsouth Perú S.A., Nortek Communications Perú S.A.C., en calidad de terceros coadyuvantes.

Resolución N° 50

Lima, 9 de mayo de 2003

VA
8

VISTOS:

El expediente N° 562-149-2001 en el caso seguido por Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante Telefónica) contra el Estado representado por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (en adelante OSIPTEL) y el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante MTC) sobre incumplimiento contractual en la fijación de cargos de interconexión;

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES

I.1 Los hechos que han dado lugar a la controversia

I.1.1 Con fecha 15 de octubre de 1998, OSIPTEL emitió la Resolución 018-98-CD/OSIPTEL mediante la cual fijó los cargos de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local (en adelante el cargo de terminación) en US\$ 0,029. EL artículo 3 de

dicha resolución señalaba que "Los cargos de interconexión tope o por defecto referidos en el artículo precedente, se sujetarán a las siguientes reglas:...d) OSIPTEL, de ser el caso, podrá establecer los cargos de interconexión en el correspondiente mandato, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de Interconexión, sin exceder los montos tope establecidos en la presente resolución."

De conformidad con el artículo 4 de la mencionada resolución, dicho cargo debía estar vigente hasta el 1 de junio de 2001.

I.1.2 Con fecha 7 de junio de 2000, OSIPTEL remitió a AT&T Perú S.A. (antes Firstcom, en adelante AT&T) para comentarios, el proyecto de Mandato de Interconexión. Entre las condiciones económicas previstas en dicho proyecto, se encontraba un cuadro de cargos de terminación que sería aplicable desde el mes de julio del año 2000, cuyo monto se iría reduciendo en el tiempo.

I.1.3 Con fecha 26 de julio de 2000 Telefónica y Bellsouth Perú S.A (en adelante Bellsouth) suscribieron un Contrato de Interconexión (en adelante el Contrato de Bellsouth) en el que esta última intervino como concesionaria para prestar el servicio de telefonía fija local en las ciudades de Lima y Callao. El Anexo II "Condiciones Económicas" del Contrato de Bellsouth establecía los siguientes cargos:

(i) Cargo de terminación de llamada en la Red Fija local de Telefónica y en la red de Bellsouth:

US\$ 0.01732 por minuto en horario diurno; y,

US\$ 0.00866 por minuto en horario nocturno.

Este cargo sería aplicable desde la fecha de su entrada en vigencia¹ hasta el 30 de junio de 2001.

(ii) Transporte conmutado: Para el departamento de Lima en la red fija local de Bellsouth y/o de Telefónica para llamadas fijo-fijo:

US\$ 0.00763 por minuto en horario diurno; y,

US\$ 0.00381 por minuto en horario nocturno.

Este cargo sería aplicable desde la entrada en vigencia del contrato hasta el 30 de junio de 2001.

(iii) La tasación sería al minuto y con redondeo al minuto próximo más cercano.

I.1.4 Con fecha 31 de agosto de 2000 OSIPTEL aprobó el Contrato de Bellsouth.

I.1.5 Con fecha 6 de agosto de 2000, OSIPTEL publicó el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL (en adelante el Mandato AT&T) mediante el cual reguló una serie de

¹ De conformidad con el artículo 110 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado por Decreto Supremo N° 06-94-TCC, los contratos de interconexión entran en vigencia una vez que OSIPTEL emite su conformidad con el contenido del contrato suscrito entre las partes.

supuestos de interconexión², entre ellos la interconexión entre la red fija local de AT&T y la red fija local de Telefónica. Dicho mandato recogía lo establecido por OSIPTEL en el proyecto de mandato referido en el numeral 1.1.2 anterior.

1.1.6 En relación al cargo de terminación, el Mandato AT&T señaló que de la comparación internacional realizada, resultaba (i) que el cargo promedio era de US\$ 0.0167 por minuto; (ii) que en la mayoría de países se redondeaba al segundo y (iii) que todos los países utilizaban moneda nacional para fijar el cargo. OSIPTEL señaló igualmente, que de conformidad con el estudio de costos elaborado por la consultora Strategic Policy Research (en adelante SPR), utilizando la metodología de costeo incremental de largo plazo en una red eficiente, el costo promedio a nivel nacional del cargo de terminación era de US\$ 0.0078 por minuto. Luego de dicho análisis, OSIPTEL estableció el siguiente esquema de reducción de cargos por terminación de llamada:

Vigencia desde	Vigencia hasta	Cargo Promedio US\$	Diurno US\$	Nocturno US\$
Agosto 2000	30 junio 2001	0.01680	0.01732	0.00866
1 julio 2001	21 diciembre 2001	0.01400	0.01443	0.00722
1 enero 2002	30 junio 2002	0.01150	0.01186	0.00593
1 julio 2002	en adelante	0.00960	0.00990	0.00495

1.1.7 Tomando como base la comparación internacional o *benchmarking*, OSIPTEL fijó el transporte conmutado desde agosto de 2000 hasta el 30 de junio de 2001 en:

US\$ 0.00763 por minuto en horario diurno
US\$ 0.00381 por minuto en horario nocturno

A partir del 1 de julio de 2001 el cargo por transporte conmutado se fijó en:

Cargo promedio: US\$ 0.00554 por minuto que equivale a:

US\$ 0.00571 por minuto en horario diurno
US\$ 0.00286 por minuto en horario nocturno.

De conformidad con el Mandato AT&T, a partir de esa fecha, los cargos podían ser ajustados trimestralmente por la evolución del índice de precios al consumidor-IPC fijado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI.

² El Mandato se refiere a la interconexión directa entre la red fija local de Firstcom y la red móvil celular de Telefónica Móviles, la interconexión con la red inteligente de telefónica y la interconexión entre la red fija local de Firstcom y Telefónica en la modalidad de teléfonos fijos y teléfonos públicos.

I.1.8 Con fecha 4 de diciembre de 2000, se publicó la Resolución 061-2000-CD/OSIPTEL que estableció, de manera general, que el cargo de terminación vigente a partir del 1 de enero de 2001 sería de US\$ 0.0168.

I.1.9 Con fecha 30 de junio de 2001 se publicó la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL que, también como regla general, estableció, que el cargo de terminación vigente a partir del 1 de julio de 2001 sería de US\$ 0.014.

I.1.10 Con fecha 29 noviembre 2001 se publicó la Resolución 065-2001-CD/OSIPTEL que dispuso la publicación del proyecto de Resolución que establecía el cargo de terminación que estaría vigente a partir del 1 de enero de 2002 y que ascendía a US\$ 0.0115.

I.1.11 Con fecha 1 de diciembre de 2001 se publicó el Decreto Supremo 124-2001-PCM que estableció normas para garantizar la transparencia en el procedimiento de fijación de precios regulados.

I.1.12 Con fecha 1 de enero de 2002, OSIPTEL, interpretando el Decreto Supremo 124-2001 PCM, publicó la resolución 072-2001/CD-OSIPTEL, mediante la cual dispuso la suspensión del proceso de evaluación de la revisión del cargo de terminación a que se refería la Resolución 065-2001-CD/OSIPTEL.

I.1.13 Con fecha 7 de enero de 2002, OSIPTEL emitió el proyecto de Mandato de la empresa IDT Perú S.A (en adelante IDT). En relación a los cargos de terminación de llamada y transporte conmutado, dicho proyecto señaló que tales cargos se sujetarían a lo establecido en la Resolución 029-2001-CD/OSIPTEL, con lo cual, el cargo de terminación era de US\$ 0.014.

I.1.14 Con fecha 15 de enero de 2002 se publicó la Resolución 005-2002-CD/OSIPTEL y su Exposición de Motivos, por la que se aprobó el Procedimiento para la fijación de precios regulados de OSIPTEL. El artículo 2 de dicha Resolución establecía que dicha norma *"se aplica a los órganos competentes de OSIPTEL en materia de regulación tarifaria, así como a las empresas concesionarias de servicios públicos de telecomunicaciones involucradas en los procedimientos de fijación o revisión de tarifas tope"*. La Segunda Disposición Final de dicha norma establecía asimismo que *"se aplica, en lo pertinente, a la fijación o revisión de los cargos de interconexión que apruebe OSIPTEL, salvo los cargos fijados mediante Mandatos de Interconexión."*

I.1.15 Con fecha 24 de marzo de 2002 se publicó el Mandato de Interconexión N° 001-2002-CD/OSIPTEL (en adelante el Mandato IDT) por el que se fijaron las condiciones técnicas, económicas, legales y operativas para interconectar redes del servicio portador y telefonía fija local de Telefónica e IDT. A diferencia de lo establecido en el proyecto de Mandato, el cargo de terminación promedio fue de US\$ 0.0115 por minuto.

I.1.16 Mediante comunicación GGR-107-A-306/IN 02 de fecha 8 de abril de 2002, Telefónica solicitó a OSIPTEL el inicio del procedimiento de revisión del cargo tope vigente para la originación y/o terminación de llamadas en la red de servicio de telefonía fija local.

I.1.17 Con fecha 9 de abril de 2002, OSIPTEL, respondiendo una comunicación de Telefónica, mediante la cual le solicitaba la información utilizada para expedir el Mandato IDT y para establecer la vigencia de la escala de reducción de cargos de terminación prevista en el Mandato AT&T, remitió a Telefónica los Memoranda N° 076-GPR/2002 y N° 052-GL/2002 mediante los cuales se solicitó y, respectivamente, emitió el informe legal sobre el cargo de terminación aplicable al Mandato IDT. El informe legal contenido en el Memorandum N° 052-GL/2002 señalaba que (i) en aplicación del principio de imparcialidad previsto en el artículo 9 del Reglamento General de OSIPTEL aprobado mediante Decreto Supremo 008-2001-PCM (en adelante, Nuevo Reglamento de OSIPTEL), -según el cual, el regulador debe aplicar soluciones iguales para casos o situaciones de las mismas características-, el cargo aplicable a IDT debía ser el mismo que el de AT&T; (ii) la aplicación de dicho cargo no vulneraba lo establecido en el Decreto Supremo 124-2001-PCM pues dicha norma no estaba referida a los cargos de interconexión sino a precios regulados; y, (iii) la segunda disposición final de la Resolución 005-2002-CD/OSIPTEL, había excluido expresamente la fijación de cargos a través de Mandatos de Interconexión.

I.1.18 OSIPTEL informó asimismo a Telefónica, que no había solicitado ningún informe legal en relación a los criterios para fijar la escala decreciente de cargos de interconexión contenida en el Mandato AT&T porque (i) el procedimiento administrativo de emisión de dicho mandato ya había concluido; y, (ii) el Mandato AT&T estaba plenamente vigente dado que no existía medida judicial o administrativa que hubiera suspendido la ejecución de dicho acto administrativo.

I.2 Demanda de Telefónica

I.2.1 Con fecha 14 de febrero de 2002, Telefónica interpuso demanda arbitral a fin de que el Tribunal Arbitral declare (i) que OSIPTEL ha incumplido los Contratos de Concesión en lo que se refiere al establecimiento de los cargos de interconexión, por fijar el cargo de terminación en US\$ 0.0168 por minuto tasado al segundo y en US\$ 0.014 por minuto tasado al segundo, dado que dichos cargos no cubren los costos de Telefónica y no la retribuyen con un margen de utilidad razonable; (ii) que la metodología de costos incrementales a largo plazo o método de empresa eficiente no es aplicable a Telefónica para la fijación de los cargos de interconexión; (iii) que los cargos por transporte conmutado local, deben guardar proporción debida con los cargos de terminación en la red fija, debiendo ser equivalentes al 50% del cargo de US\$ 0.029 por minuto tasado al minuto y de US\$ 0.01715 por minuto tasado al minuto.

1.2.2 Como pretensiones accesorias a la Primera Pretensión Principal, Telefónica solicitó que el Tribunal (i) declare que los cargos de terminación establecidos por OSIPTEL en US\$ 0.0168 por minuto tasado al segundo y de US\$ 0.014 por minuto tasado al segundo, son inaplicables a Telefónica; (ii) disponga que, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL, OSIPTEL aplique el cargo de terminación de US\$ 0.029 por minuto tasado al minuto, hasta el 1 de junio de 2001 y que, como consecuencia, declare que los pagos efectuados por los operadores interconectados con Telefónica a partir de enero hasta el 1 de junio del 2001 sean considerados pagos a cuenta; (iii) disponga que OSIPTEL aplique a partir del 2 de junio de 2001 hasta diciembre de 2002 el cargo de terminación de US\$ 0.01715 por minuto tasado al minuto y que, como consecuencia de ello, el Tribunal declare que los pagos efectuados por los operadores interconectados a Telefónica a partir del 2 de junio de 2001 sean considerados pagos a cuenta, hasta que OSIPTEL establezca, por disposición del Tribunal, el cargo solicitado por Telefónica, a base de los costos históricos, costos reales en los que ha incurrido Telefónica en la prestación del servicio de interconexión.

1.2.3 Como pretensión subordinada única de la tercera pretensión accesorias, Telefónica solicitó que el Tribunal ordene a OSIPTEL establecer un cargo de terminación en la red fija de Telefónica a partir del 2 de junio de 2001 en base a (i) lo dispuesto en la sección 10.01 b) de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión; (ii) la utilización de costos históricos de la empresa, costos reales en que incurre para prestar el servicio de interconexión, y (iii) el "Estudio de Costos para el cálculo del costo de interconexión de terminación para Telefónica del Perú" elaborado por Telefónica Investigación y Desarrollo S.A Unipersonal y revisado por la empresa consultora NERA, ofrecido como medio probatorio de la demanda o, en todo caso, otro estudio actualizado que presente la demandante durante el curso del procedimiento.

1.2.4 Los fundamentos de hecho y de derecho de Telefónica, se exponen y analizan en los numerales V.2 y V.4 del presente laudo.

1.3 Contestación a la demanda por OSIPTEL

1.3.1 Con fecha 22 de marzo de 2002, OSIPTEL presentó su escrito de contestación a la demanda, en el que como cuestión previa solicitó se citara con la demanda, en calidad de litisconsortes necesarios pasivos, a las empresas con relaciones de interconexión vigentes con la demandante, así como a todas las concesionarias del servicio portador de larga distancia, en razón que la decisión que podía emitir el Tribunal afectaría directamente las relaciones jurídicas de interconexión de las mencionadas empresas, sin perjuicio de la excepción de incompetencia interpuesta con su escrito de la misma fecha. Al contestar la demanda, OSIPTEL solicitó que ésta fuera declarada infundada en todos sus extremos.

I.3.2 Los fundamentos de hecho y de derecho de OSIPTEL, se exponen y analizan en los numerales V.3 y V.4 del presente laudo.

I.4 Ampliación de demanda

I.4.1 Con fecha 23 de abril de 2002 Telefónica amplió la demanda solicitando que se incluyeran como pretensiones principales adicionales las siguientes: (i) que el Tribunal Arbitral declare que el cargo por terminación de llamadas establecido en el Mandato IDT infringe los Contratos de Concesión y por tanto no resulta oponible a Telefónica; y, (ii) que el Tribunal Arbitral declare que el esquema de reducción progresiva del cargo por terminación de llamadas en la red fija de Telefónica establecido en el Mandato AT&T infringe los Contratos de Concesión y, por tanto no resulta oponible a Telefónica.

I.4.2 Los fundamentos de hecho y de derecho de Telefónica, se exponen y analizan en los numerales VII.2 y VII.4 del presente laudo.

I.5 Contestación a la ampliación de la demanda por OSIPTEL

 I.5.1 Sin perjuicio de la excepción de incompetencia deducida con su escrito de fecha 24 de mayo de 2003 respecto de la ampliación de la demanda, con fecha 17 de junio de 2002 OSIPTEL contestó la ampliación a la demanda, y solicitó que se notifique con ésta, en calidad de litisconsortes necesarios pasivos, a las empresas con relaciones de interconexión vigentes con la demandante, así como a todas las concesionarias del servicio portador de larga distancia, en razón que la decisión que emita el Tribunal afectará directamente las relaciones jurídicas de interconexión de las mencionadas empresas.

I.5.2 Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos por OSIPTEL, se exponen y analizan en los numerales VII.3 y VII.4 parte del presente laudo.

I.6 Excepción de Incompetencia interpuesta por OSIPTEL

I.6.1 Con fecha 22 de marzo de 2002, OSIPTEL interpuso excepción de incompetencia. Los fundamentos que sustentan la excepción son los siguientes:

(i) que de conformidad con la normativa vigente al momento de suscribir los Contratos de Concesión, es facultad de OSIPTEL establecer los cargos de interconexión;

(ii) que los Contratos de Concesión, aún siendo Contratos Ley, no pueden modificar o derogar dicha normativa;

(iii) que la Ley de Arbitraje vigente al momento de suscribir los Contratos de Concesión así como la actual Ley General de Arbitraje, establecen que no son arbitrables las materias que interesan al orden público o aquellas concernientes a atribuciones o funciones del Estado. Y, la demanda de Telefónica está referida a actos administrativos emitidos por OSIPTEL en uso de sus atribuciones;

(iv) que la fijación de los cargos de interconexión es de naturaleza pública y una vez emitida la norma que los contiene deja de ser disponible para OSIPTEL, quien carece de libre disposición para modificar o eliminar dichos cargos;

(v) que la legislación ha previsto un proceso judicial específico -la acción popular- para cuestionar las normas jurídicas de rango secundario;

(vi) que las pretensiones de Telefónica, afectarán de manera directa el patrimonio de personas naturales y jurídicas que son ajenas a los Contratos de Concesión y a la cláusula arbitral que da origen a este proceso;

I.6.2 Con fecha 23 de abril de 2002 Telefónica absolvió el traslado y señaló lo siguiente:

 (i) que los Contratos Ley tienen doble función: a) estabilizan el marco legal aplicable a la relación jurídica patrimonial creada por el contrato, limitando el *ius imperium* del Estado; y, b) el marco aplicable supletoriamente es el del Derecho Civil y no el del Derecho Administrativo, de modo que el Estado actúa como si fuera un particular;

 (ii) que al suscribir los contratos de estabilidad jurídica, el Estado suscribió también los convenios arbitrales por los que se obligó a someter las controversias al fuero arbitral. Dado que las obligaciones que el Estado asume en un Contrato Ley son una expresión de las atribuciones y funciones del Estado, éstas también fueron incluidas en las cláusulas arbitrales redactadas por el propio Estado;

(iii) que la categoría contrato-ley de los Contratos de Concesión deriva no sólo del artículo 62 de la Constitución y del artículo 1357 del Código Civil, sino también de la Ley 26285 que es una ley de desarrollo constitucional;

(iv) que la alegación de OSIPTEL en el sentido de la aplicación del artículo 2 de la Ley de Arbitraje vigente en el momento de la suscripción de los Contratos de Concesión contradice los siguientes principios de aplicación normativa: (i) que las normas especiales priman sobre las generales; (ii) que las normas posteriores priman sobre las anteriores; y, (iii) que las normas de desarrollo constitucional priman sobre las normas comunes;

(v) que de admitirse que la facultad de emitir Mandatos de Interconexión y la facultad de regulación son atribuciones de *ius imperium* del Estado que no admiten limitación contractual, vaciaría de contenido las cláusulas contractuales que se refieren a esos temas. Telefónica no discute tales facultades, lo que cuestiona es la aplicación del artículo 2 de la Ley General de Arbitraje vigente al momento de suscribir los Contratos de Concesión;

(vi) que la alegación de OSIPTEL contraviene incluso su conducta anterior pues el 14 de noviembre de 2000 Telefónica, convocó a OSIPTEL a un arbitraje con la finalidad de cuestionar la aplicación de una serie de Resoluciones emitidas por ésta. En ese proceso, OSIPTEL no cuestionó la competencia del tribunal;

(vii) que Telefónica cuestiona la falta de correspondencia que existe entre los Contratos de Concesión y el contenido de los Mandatos y normas emitidas por OSIPTEL;

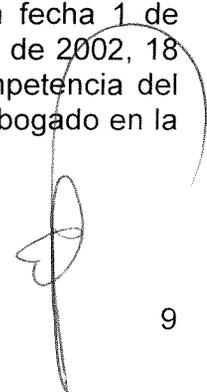
I.6.3 Con fecha 24 de mayo de 2002 OSIPTEL interpuso una excepción de incompetencia respecto de la ampliación a la demanda formulada por Telefónica. En dicha excepción OSIPTEL reiteró su planteamiento previo referido a dicho tema.

I.6.4 Con fecha 4 de julio de 2002 Telefónica absolvió el traslado de la excepción de incompetencia deducida por OSIPTEL, exponiendo iguales fundamentos que los expuestos respecto de la primera excepción.

I.7 La intervención de los terceros

 I.7.1 Al haberse ordenado por Resolución N° 9 de este Tribunal la notificación con la demanda a las empresas operadoras mencionadas en los escritos N° 5 y N° 10 de OSIPTEL, a fin de que tomen conocimiento de la demanda, se apersonaron al proceso AT&T, Bellsouth, y Nortek Communications S.A.C (en adelante Nortek), solicitando voluntariamente su intervención:

I.7.2 AT&T solicitó su intervención como litisconsorte de la demandada mediante escrito presentado el 21 de junio de 2002, en atención a la relación jurídica sustancial que la vincula con Telefónica (el Mandato AT&T) y aquella que la vincula con OSIPTEL (los contratos de concesión que tiene celebrados con el Estado Peruano). Este pedido fue concedido en parte, admitiéndose la intervención de AT&T como tercero coadyuvante, por las consideraciones expuestas en la Resolución N° 15 expedida por este Tribunal con fecha 1 de agosto de 2002. En sus escritos presentados con fecha 9 de octubre de 2002, 18 de octubre de 2002 y 23 de enero de 2003 AT&T cuestionó la competencia del Tribunal y propuso puntos controvertidos, e intervino a través de su abogado en la audiencia realizada con fecha 14 de enero de 2003.



I.7.3 Bellsouth solicitó su incorporación al proceso como tercero legitimado, mediante escrito presentado el 5 de julio de 2002, en atención a que el Laudo la afectaría como operadora-concesionaria de servicios públicos de telecomunicaciones, que debe pagar y cobrar los cargos de interconexión cuestionados en el proceso. Por Resolución N° 17 se admitió la intervención de Bellsouth como tercero coadyuvante de la demandada OSIPTEL.

I.7.4 Nortek solicitó su intervención como tercero coadyuvante, mediante escrito presentado el 20 de noviembre de 2002, la misma que le fue concedida por Resolución N° 32 del 25 de noviembre de 2002.

I.8 La Medida Cautelar

I.8.1 Con fecha 24 de abril de 2002 Telefónica solicitó una medida cautelar consistente en el mantenimiento de la situación jurídica existente al momento de interponer la demanda, solicitando que el Tribunal dispusiera la suspensión de los efectos de los Mandatos AT&T e IDT.

I.8.2 Mediante Resolución de fecha 26 de agosto de 2002, el Tribunal declaró improcedente la medida cautelar solicitada por considerar que Telefónica no había cumplido con acreditar el peligro en la demora.

I.8.3 Con fecha 4 de octubre de 2002, Telefónica solicitó una nueva medida cautelar invocando la variación de las circunstancias, consistente en la suspensión de los efectos de los Mandatos AT&T e IDT.

I.8.4 Mediante Resolución de fecha 3 de diciembre de 2002, el Tribunal resolvió conceder en parte la medida cautelar de no innovar solicitada por Telefónica en su escrito de fecha 4 de octubre (en adelante la Medida Cautelar) y en consecuencia dispuso la *"suspensión de los efectos del Mandato de Interconexión N° 001-2002-CD/OSIPTEL y del Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL en el extremo que dispone la aplicación de un cargo de interconexión de US\$ 0.01150 por minuto tasado al segundo a partir del 1 de enero de 2002 y de US\$ 0.00960 por minuto tasado al segundo, a partir del 1 de julio de 2002 para las llamadas internacionales de larga distancia internacional que ingresen a la red de telefonía fija local de Telefónica del Perú S.A.A"*. De conformidad con dicha resolución, los cargos de terminación aplicables para el mercado de larga distancia se ajustarían a la Resolución N°029-2001-CD/OSIPTEL. Asimismo, se declaró improcedente el pedido cautelar en el extremo que solicitaba la suspensión de los efectos de los referidos mandatos respecto de las llamadas provenientes de la red de larga distancia nacional y telefonía fija local que ingresaran a la red fija local de Telefónica. Dicha resolución fue notificada a las partes con fecha 4 de diciembre de 2002.

1.9 Los puntos controvertidos

Mediante Resolución N° 30 de fecha 21 de noviembre de 2002, el Tribunal definió que los puntos controvertidos de la controversia eran los siguientes:

1.9.1 Sobre la competencia del Tribunal

Determinar si el compromiso arbitral previsto en los Contratos de Concesión resulta o no aplicable respecto de los actos ejecutados por la demandada que se mencionan en el escrito de demanda.

1.9.2 Sobre el fondo de la controversia

1. Determinar la correcta interpretación de la Sección 10.01 b) de los Contratos de Concesión, en cuanto establece que *"los cargos de interconexión deben incluir el costo de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del servicio local y un margen de utilidad razonable"*;

2. Determinar si los Contratos de Concesión, correctamente interpretados, establecen que la determinación por parte de OSIPTEL de los cargos de interconexión debe basarse sólo y de manera excluyente en la metodología de "costos históricos"

3. Determinar si la metodología de costos incrementales a largo plazo o método de empresa eficiente y la metodología del "benchmarking" son o no aplicables a Telefónica para la fijación de los cargos de interconexión;

4. Determinar si la pretensión de Telefónica referida a que los cargos de interconexión no cubren sus costos ni le otorgan un margen de utilidad razonable, resulta inconsistente con el hecho de que ésta haya pactado cargos de interconexión de US\$ 0.0168 y US\$ 0.014 con ciertas operadoras;

5. Determinar si los cargos por transporte conmutado local, deben ser equivalentes al 50% de los cargos por terminación de llamada;

6. Determinar si, de conformidad con la cláusula 10.01 d) de los Contratos de Concesión, OSIPTEL al emitir mandatos de interconexión, está impedida de fijar un cargo de interconexión menor al cargo tope;

7. Determinar si entre la empresa IDT Perú S.R.L y Telefónica existió un contrato de interconexión y si dicho contrato establecía un determinado cargo de interconexión;

8. Determinar si, habiendo existido un acuerdo entre IDT Perú S.R.L y Telefónica, OSIPTEL podía fijar unilateralmente un cargo distinto al acordado;

9. Determinar si al emitir el Mandato de Interconexión 001-2002-CD/OSIPTTEL, OSIPTTEL cumplió con el procedimiento establecido en la cláusula 10.01 d) de los Contratos de Concesión en el extremo que se refiere al derecho de Telefónica de observar, comentar y objetar los cargos establecidos a través de los mandatos;

10. Determinar si el esquema de reducción progresiva de cargos aprobados en el Mandato 006-2000 GG/OSIPTTEL infringe los Contratos de Concesión, en cuanto (i) difiere del cargo tope establecido por OSIPTTEL en la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTTEL; (ii) no retribuye los costos de interconexión, la contribución a los costos totales y un margen de utilidad razonable; (iii) impide la medición de los costos reales de la interconexión;

11. Determinar si, de conformidad con la Resolución N° 072-2001-CD/OSIPTTEL, los cargos de interconexión establecidos en el Mandato N° 006-2000 GG/OSIPTTEL (AT&T), quedaron en suspenso;

12. De ser afirmativa la respuesta anterior, determinar si los cargos descendentes establecidos en el Mandato N° 006-2000 GG/OSIPTTEL, debían adecuarse de manera automática al cargo tope vigente;

13. Determinar si la emisión del Mandato N° 001-2002- CD-OSIPTTEL revivió los efectos del Mandato N° 006-2000 GG/OSIPTTEL;

14. Determinar si las Resoluciones y Mandatos cuestionados por Telefónica, que fijan el cargo de interconexión a partir del Mandato N° 006-2000 GG/OSIPTTEL, son o no oponibles a Telefónica;

15. En el caso que las Resoluciones y los Mandatos cuestionados por Telefónica sean inoponibles a ésta, determinar si el cargo aplicable a partir del 2 de junio de 2001 hasta diciembre de 2002 es de US\$ 0.1715 y, de ser afirmativa la respuesta, determinar si los pagos realizados constituyen o no pagos a cuenta;

16. De considerarse que el cargo de interconexión a partir del 2 de junio de 2001 no es de US\$ 0.1715, determinar si corresponde ordenar a OSIPTTEL la fijación de un cargo basado en: (i) lo dispuesto en la cláusula 10.01 b) de los Contratos de Concesión; (ii) la utilización de costos históricos; y (iii) el "Estudio de Costos para el cálculo del costo de interconexión de terminación para Telefónica del Perú", elaborado por Telefónica Investigación y Desarrollo S.A.U y revisado por la consultora NERA;

I.10 La Resolución N° 018-2003-CD/OSIPTTEL

I.10.1 Mediante Resolución N° 018-2003-CD/OSIPTTEL publicada con fecha 24 de marzo de 2003 en el Diario Oficial El Peruano, OSIPTTEL declaró parcialmente fundada la solicitud de revisión del cargo de terminación en la red fija local presentada por Telefónica con fecha 8 de abril de 2002. El artículo 2 de dicha

resolución dispuso lo siguiente: "Fijar el cargo de interconexión tope promedio ponderado por originación y/o terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, aplicable a todas las empresas concesionarias del servicio de telefonía fija local, en US\$ 0.01208, sin incluir el Impuesto General a las Ventas, por minuto de tráfico eficaz tasado al segundo y por todo concepto" (subrayado agregado);

I.10.2 De conformidad con el artículo 5 de dicha norma, "las condiciones económicas establecidas en la presente Resolución, serán de aplicación obligatoria a las relaciones de interconexión originadas por contratos o mandatos de interconexión vigentes entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones. Las relaciones de interconexión originadas por contratos o mandatos de interconexión vigentes entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, quedarán automáticamente adecuadas a las condiciones establecidas en la presente Resolución, a partir de la fecha de su entrada en vigencia" (subrayado agregado). De conformidad con el artículo 8 de la misma resolución, ésta debía entrar en vigencia con fecha 1 de abril de 2003;

II. INTRODUCCIÓN

Previa la definición de su propia competencia, se ha solicitado a este Tribunal la interpretación de la cláusula décima (literales b y d) de los contratos de concesión para la prestación de Servicios Portadores y Telefónicos Locales y de Larga Distancia Nacional e Internacional; y para la prestación de Servicios Portador y Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao (en adelante, conjuntamente, los Contratos de Concesión), cuya titularidad corresponde a Telefónica.

Como se expondrá más adelante, por disposición del artículo 3 de la Ley 26285, ley de desarrollo constitucional de 29 de diciembre de 1993, denominada "*Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicio de Portadores de Larga Distancia*", (en adelante la Ley de Desmonopolización), los Contratos de Concesión han sido calificados como contratos-ley. Siendo eso así, para interpretar dichos contratos, resulta necesario entender en primer lugar, la razón de ser de su configuración como contratos-ley; en segundo lugar, los alcances de las garantías y seguridades que el Estado ha otorgado a Telefónica y en tercer lugar, las pautas de interpretación (e integración) de los mismos, que derivan de tales garantías, todo lo cual constituirá el marco conceptual indispensable para entender el sentido de la cláusula décima (literales b y d) cuya interpretación se ha solicitado.

II.1 Los contratos-ley como instrumentos de la técnica de fomento

Las industrias de servicio público o "de interés general", se distinguen de las que no lo son, en que satisfacen necesidades básicas, considerándose por ello, esenciales para la vida. Ese es el caso del agua, que es fundamental para la

salubridad, de la electricidad, que es la fuente de energía para la industria y los hogares y de las telecomunicaciones, que apuntan al logro de la integración social y territorial debido a que posibilitan la comunicación entre las personas. Un indicador del carácter esencial de las industrias de servicio público, es que la demanda de dichos servicios es relativamente inelástica, lo que significa que no se modifica sustancialmente con un aumento o disminución de precios. Se trata, además, de bienes que no tienen sustitutos cercanos, por lo que es necesario asegurar su suministro a todos aquellos que lo demanden, incluyendo personas que viven en lugares alejados o cuyos ingresos son escasos. De ahí su importancia.

En el Perú, cuando se promulgó el Decreto Legislativo 702 -norma que declaró que el desarrollo de telecomunicaciones era de necesidad pública- y la aprobación de un conjunto de leyes y reglamentos que regulaban la promoción de la inversión privada en el sector³, el servicio de telecomunicaciones era prestado en un régimen monopólico de titularidad estatal. Dicha modalidad de prestación de servicio –común, por lo demás, en muchos países- fue cuestionada a partir de la década de los ochenta en Europa y de los noventa en Latinoamérica, puntualizándose su inoperancia y su fracaso como mecanismo de prestación de servicios públicos.⁴ Así y en consonancia con la tendencia liberalizadora predominante en todo el mundo, el Perú inició en la década de los noventa, el proceso de liberalización en la prestación del servicio público de telecomunicaciones, introduciendo con ello, la competencia en el sector.

1102
SP
Puede decirse, en general, que son dos los modelos de prestación del servicio de telecomunicaciones por particulares: el norteamericano de las *public utilities* y el francés del servicio público. El primero de ellos, que influyó poderosamente en la liberalización emprendida por la Comunidad Europea, "... parte del carácter estrictamente privado de la actividad de que se trata, actividad en el que la incidencia de la Administración es puramente externa y dirigida a garantizar algunos intereses esenciales de los consumidores y usuarios que no justifican, sin embargo, la sustracción de la actividad de la órbita privada en la que se

³ El Decreto Legislativo 702 fue modificado sucesivamente por el Decreto Ley N° 26095, el Decreto Ley N° 26096 y por el Decreto Legislativo 766. El Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones se aprobó mediante Decreto Supremo 013-93-TCC publicado el 6 de mayo de 1993 (en adelante la Ley de Telecomunicaciones).

⁴ Para Ariño, por ejemplo, con la actuación estatal "se generan ineficiencias continuas, se acaba con la productividad y resulta imposible competir en el mercado internacional. Los efectos se han comprobado en distintos países: el sector público drena una parte cada vez mayor del ahorro nacional (por vía fiscal y crediticia), las perspectivas de beneficio de las empresas -que es la fuerza motriz de la economía capitalista- se reducen, se debilita el espíritu empresarial, aumenta el gasto social; finalmente se produce el drenaje de los hombres más capaces que ven mejores y más cómodas oportunidades en el sector público. Al final, las necesidades de financiación de éste, la amplitud de sus tareas y servicios, desbordan cualquier cálculo, se pierde la calidad y el estímulo, y el conjunto de la economía retrocede" (Ariño, Gaspar; *Economía y Estado, Crisis y Reforma del Sector Público*; Marcial Pons; Madrid; 1993; p.31).



desenvuelve⁵. El modelo de "servicio público", en cambio, a partir de la calificación de ciertas actividades "como indispensables y esenciales para la comunidad, (que) ésta necesita... para su supervivencia y funcionamiento como tal"⁶ reserva dichas actividades al Estado quien, como alternativa a explotarlas directamente, las entrega a los particulares para dicho fin. Y para ello se vale de la modalidad de la así llamada "concesión del servicio público", que es "el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona -individual o jurídica, privada o pública-, por tiempo determinado, la organización y el funcionamiento de un servicio público; dicha persona, llamada "concesionario", actúa a su propia costa y riesgo, percibiendo por su labor la retribución correspondiente"⁷ (subrayado agregado).

Como es posible advertir, tanto en el caso del modelo de *public utilities*, cuanto en el de *servicio público*, existe un denominador común, que es, la prestación de ciertos servicios vitales para la población por entidades privadas, bajo la supervisión del Estado. No se trata, entonces, de dos modelos esencialmente distintos, donde el de *public utilities* responde a una libertad plena de los particulares para la prestación del servicio -el *laissez-faire*- y el de *servicio público* a una sumisión absoluta del particular al Estado, quien actúa como Estado providencia.⁸ Al contrario, el acercamiento de ambos modelos ha sido y es creciente pues, como bien señala De la Quadra Salcedo⁹, "muy pronto cada uno de esos modelos (tuvo) que atender a los requerimientos y exigencias que pretendía satisfacer el contrario. En la perspectiva del modelo de servicio público... (se) trataba de rescatar para la sociedad civil, la ejecución material de la actividad... (y)... desde el punto de vista del modelo americano, su evolución responde a la necesidad de no dejar sin protección intereses que el mercado no podía garantizar de ninguna forma, dejado a su propia dinámica". En ambos casos se trata, pues, de la prestación de servicios de interés general por particulares, bajo la supervisión del Estado en aspectos referidos al acceso a la prestación del servicio (otorgamiento de licencias) y a la imposición de requisitos de calidad, precio y cobertura.

Ahora bien; aún cuando ambos modelos se han aproximado de manera considerable, existen tres caracteres del servicio público, que son de su esencia y que éste no comparte con el de *public utilities*: la relación de subordinación entre la Administración Pública -la concedente- y el particular -el concesionario-, su mutabilidad y la recuperación de la concesión por el Estado, vencido el plazo de la misma. Se sostiene en ese sentido que "la situación de quien tenga a su cargo la prestación del servicio (relaciones con el Estado), queda ubicada en el ámbito del derecho público siendo regida sustancialmente por éste... es por ello que la

⁵ De la Quadra Salcedo, Tomás; *Telecomunicaciones y Derecho Público*; En: *Derecho de las Telecomunicaciones*; La Ley-Actualidad; Madrid; 1997; p. 132-133.

⁶ Bermejo Vera, José; *Derecho Administrativo: Parte Especial*; Madrid; Civitas; 1994; p. 56

⁷ Marienhoff, Miguel; *Tratado de Derecho Administrativo*; Tomo III-B; Abeledo-Perrot; Buenos Aires; 1996; p. 577.

⁸ Ver en ese sentido: De la Quadra Salcedo, Tomás; op. cit; p. 131 y siguientes.

⁹ *Ibidem*; p. 133.

situación del que presta el servicio es de "subordinación" respecto de la Administración Pública (es el carácter propio de las normas de derecho público); es, asimismo, por ello, que el Estado puede hacer uso de sus prerrogativas de "poder" con todas sus consecuencias, etc."¹⁰ (subrayado agregado). Dicho poder, implica, entre otros, la potestad imperativa y el poder de policía, la potestad expropiatoria, la sumisión de los bienes afectados a la prestación del servicio público a una situación jurídica especial y las atribuciones administrativas de fijar y modificar tarifas. Asimismo, "todo lo atinente a la "organización" o al "funcionamiento" del servicio público puede ser modificado en cualquier momento por el Estado. Es éste un "principio" establecido "ab-initio" por los constructores de la teoría del servicio público y aceptado sin discrepancias por la doctrina"¹¹, aunque reconociendo el deber del Estado de resarcir o indemnizar al prestador del servicio, cuando tales modificaciones lo hayan afectado patrimonialmente.

Y las enunciadas características del servicio público, son compatibles con el instrumento legal utilizado para regular la relación entre el Estado y el concesionario, que es el contrato administrativo. En su configuración actual, la figura del contrato administrativo surge conjuntamente con el servicio público e implica el traslado de la relación de subordinación, propia del Derecho Público, al contexto contractual.¹² Se señala en ese sentido que "los contratos civiles...suponen esencialmente la existencia de los contratantes en pie de igualdad...mientras que en los contratos administrativos, las partes se reconocen desiguales, en la medida en que una de ellas representa el interés general, el servicio público, y la otra sólo puede exhibir su propio y particular interés. La presencia del interés público determinará entonces que el contratante de la Administración titular del servicio público no esté obligado solamente a cumplir su obligación como lo haría un particular con otro particular, sino que, por extensión, lo esté también a todo lo que sea absolutamente necesario para asegurar el funcionamiento regular y continuo del servicio público...; la Administración, por su parte, lo estará igualmente, más allá de lo que es propio del Derecho común, a indemnizar al contratista en el caso que la ampliación de sus obligaciones cause a éste un perjuicio anormal, que no podía razonablemente prever al momento de contratar. Se dice por ello que "así como el contrato civil se caracteriza por ser limitado en su alcance e ilimitado en su fuerza obligatoria...el contrato administrativo hará excepción justamente a esos dos elementos definitorios; por una parte el contrato administrativo afecta con normalidad a terceros y no por la vía excepcional de las estipulaciones en favor de terceros; y en segundo término, el contrato administrativo no sería ley vinculante e irrevocable para una de las partes, para la Administración concretamente, la cual puede imponer su quebrantamiento legítimamente en virtud de su poder exorbitante, ius variandi,

¹⁰ Marienhoff, Miguel; op. cit. Tomo II; p. 104.

¹¹ Ibídem, p. 105.

¹² García Maynez señala que "los preceptos del derecho dan origen a relaciones de subordinación, (surgen) cuando ... las personas a quines se aplican no están consideradas como jurídicamente iguales, es decir cuando en la relación intervienen el Estado, en su carácter de entidad soberana, y un particular." (García Maynez, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*; Cuadragésimo-novena Edición; Editorial Porrúa; México D.F.; 1998; p.134.)

cuando los intereses superiores que representa, así lo justifiquen. De ese modo, bajo una rúbrica genérica equívoca, el contrato administrativo sería, en rigor, una institución esencialmente diferente al contrato privado¹³ (subrayado agregado).

Los poderes que el contrato administrativo confiere a la Administración Pública se materializan a través de las así llamadas *cláusulas exorbitantes*, que otorgan al Estado el inmenso privilegio de decidir sobre la perfección del contrato y su validez, pudiendo interpretarlo unilateralmente, calificar las situaciones de incumplimiento, inspeccionar, dirigir, controlar y modificar o ponerle fin (*ius variandi*) de manera unilateral introduciendo con ello una asimetría contractual de tales características que *"no son explicables desde el Derecho común de las obligaciones"*¹⁴. Tales cláusulas exorbitantes, entre las cuales destaca como la más asimétrica, el *ius variandi* o "hecho del príncipe" implican *"...una potestad general de la Administración, a la que ésta no puede renunciar válidamente, de una potestad atribuida por el ordenamiento en consideración al interés público, cuya adecuada gestión no puede verse embarazada por ningún tipo de pacto o contrato, como es evidente."*¹⁵ Y dicha modalidad contractual -el contrato administrativo- se sustenta en la lógica de que si la Administración goza de potestad reglamentaria, que le permite alterar, por la vía normativa, las situaciones jurídicas existentes¹⁶, puede, en ejercicio de idéntica potestad, introducir modificaciones a los propios contratos o, eventualmente, ponerles fin. El modelo de *servicio público*, pues, instrumentado a través del *contrato administrativo* y sustentado en la mutabilidad de la relación del Estado con los particulares, permite introducir una importante dosis de asimetría en los contratos administrativos, asegurando al Estado la posibilidad de realizar lo que en cada momento histórico se define como "bien común", sin interferencias basadas en la necesidad de mantener la vigencia de relaciones jurídicas que, por razones de oportunidad o de mérito, ya no le son necesarias.

MS
SL
Pues bien; una vez constatado que los requerimientos de inversión para la prestación del servicio de telecomunicaciones eran significativos, el Estado peruano optó por hacer el tránsito del sistema de prestación directa del servicio al de su prestación por particulares, utilizando un conjunto de incentivos propios de la técnica de fomento, es decir, de "...aquella modalidad de intervención administrativa que consiste en dirigir la acción de los particulares hacia fines de interés general mediante el otorgamiento de incentivos diversos...el fomento es una acción persuasoria, estimulante, ejercida desde el poder... de actividades

¹³ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*; Tomo I; Civitas; Madrid; 1986; p. 631.

¹⁴ *Ibidem*; p. 630.

¹⁵ *Ibidem*; p. 678.

¹⁶ La potestad reglamentaria en el sentido de la capacidad del Estado de modificar las relaciones contractuales existentes, no podría desarrollarse en el Perú, debido a que el artículo 62° de la Constitución Política, ha declarado de manera general la inmodificabilidad de los contratos por normas legales.

privadas que es de interés promover.^{17,18} (subrayado agregado). Se consideró así, que había que otorgar a los inversionistas ciertas ventajas económicas y de seguridad pues el costo de oportunidad del capital parecía exigir la concesión de garantías y la creación de mecanismos de distribución de riesgo entre el Estado y los inversionistas¹⁹.

Por las razones señaladas, en el Perú se optó por impulsar, entre otras medidas de fomento, la figura del "contrato ley"²⁰, que ya venía regulada en el artículo 1357 del Código Civil de 1984²¹ y que implica, según la doctrina que *"el Estado otorgue mediante contrato garantías y seguridades respecto a cuestiones no sólo de Derecho Privado sino también de Derecho Público ..."*²². Y con el objeto de consagrar su pleno valor y eficacia, el artículo 62 de la Constitución Política estableció que *"...mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente"*. Dicha norma, no hizo sino dar rango constitucional al artículo 1357 del Código Civil que, como se ha señalado, ya había dado reconocimiento al contrato-ley como mecanismo de garantía o seguridad para los particulares.

Asimismo, y en el contexto de las reformas emprendidas para la liberalización de los mercados, otorgando "seguridades" y "garantías" a los particulares, fueron expedidos los Decretos Legislativos 662 y 757 y sus respectivos reglamentos, los mismos que precisaron la naturaleza y caracteres de los contratos-ley. Así, el Decreto Legislativo 757 y su reglamento, Decreto Supremo 192-92 EF, a partir de la finalidad de *"garantizar la libre iniciativa y las inversiones privadas..."*²³, definieron los contratos-ley como contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales

¹⁷ Parada, Ramón; *Derecho Administrativo*; Tomo I; Décima Edición; Marcial Pons; Madrid; 1998; p.458.

¹⁸ La técnica de fomento incluye mecanismos de diversa índole, que van desde la concesión de títulos honoríficos, hasta la constitución de monopolios, la concesión del uso de bienes públicos y la concesión de beneficios a la industria, subsidios, exenciones fiscales, desgravaciones y protección aduanera, entre otras.

¹⁹ Algunos analistas han señalado que el otorgamiento de garantías a la inversión obedeció, en parte, a la necesidad de restringir la acción discrecional del Poder Ejecutivo, de la que se había hecho abuso, generando un entorno desfavorable a la inversión privada.

²⁰ Eso fue así no sólo en el Perú, sino en muchos países que liberalizaron sus mercados. Cassagne, por ejemplo alude a una suerte de declinación histórica de los caracteres fundamentales del servicio público (continuidad, regularidad, obligatoriedad, igualdad y cláusulas exorbitantes), aludiendo a la existencia de *"técnicas que tienden a fortalecer la estabilidad de las concesiones, como la interdicción del rescate y la revocación por oportunidad, sobre cuya inconveniencia comienza a forjarse consenso, al menos para no aceptar su configuración implícita"*. (Cassagne, Juan Carlos; *Derecho Administrativo*; Tomo II; Séptima Edición; LexisNexis; Buenos Aires; 2002; p.375.)

²¹ El artículo 1357 del Código Civil establece que *"por ley sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato"*

²² De la Puente, Manuel; *El Contrato en General*; Primera Parte; Tomo I; Cuarta Edición; Biblioteca para Leer el Código Civil; Volumen XI; Fondo Editorial PUCP; Lima; p. 359.

²³ Artículo 1 del Decreto Legislativo 757.

contratos tienen carácter civil y no administrativo, y solo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes."... (artículo 39 del Decreto Legislativo 757) y establecieron que "... por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente *ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo*, en las materias sobre los cuales se otorga la estabilidad. *La ultractividad a que se refiere el párrafo anterior implica que a quienes se encuentren amparados por convenios de estabilidad jurídica se les seguirá aplicando la misma legislación que regía al momento de la suscripción del convenio, sin que les afecten las modificaciones que se introduzcan a la misma sobre las materias y por el plazo previsto en dicho convenio, incluida la derogatoria de las normas legales, así se trate de disposiciones que resulten menos o más favorables*" (artículo 24 del Decreto Supremo 162-92 EF) (subrayado agregado).

Se trata, entonces, de la consagración constitucional y legal de una figura que, sea que califique como contrato administrativo o como contrato civil (tal como señala la mayor parte de la doctrina nacional sobre el tema²⁴), lo cierto es que "...por expresa voluntad del Estado, (los contratos-ley) *son sometidos a la legislación civil, considerándose para todos sus aspectos contratos civiles, a los que les resultan aplicables las normas propias del derecho civil y, en especial, las del Código Civil*"²⁵ (subrayado agregado). Y esa recomposición de la simetría contractual, fundamentalmente expresada en la desaparición de los poderes exorbitantes del Estado y en la horizontalidad de la relación contractual –relación de coordinación²⁶–, es, precisamente, la "seguridad" o la "garantía" que el Estado otorga a los particulares que celebran con éste contratos-ley.

Por eso, es decir, por tratarse de un figura de estímulo o incentivo a la inversión privada, puede decirse que la naturaleza jurídica del contrato-ley se aproxima al "contrato de prestaciones recíprocas" donde, la renuncia a las facultades exorbitantes y la sujeción de los contratos al Derecho Privado, no proviene de un acto de liberalidad del Estado o de una concesión unilateral y "graciosa" por su parte, sino de una contraprestación por la inversión realizada por el particular. Eso significa que el contrato-ley, a pesar de su abstracción –puesto que admite cualquier contenido– puede ser calificado como un acto de carácter bilateral, sinalmático o recíproco, donde la causa del sacrificio del Estado es la inversión realizada por el particular y la causa de la inversión realizada por el particular es la posibilidad de acceder a una relación de horizontalidad con el Estado y la

²⁴ En ese sentido, De la Puente, op. cit., p. 365; Amado, José Daniel y Miranda, Luis, "La Seguridad Jurídica en la Contratación con el Estado: El Contrato-Ley", En: Thémis Revista de Derecho, N° 33, Año 1996, p.16; y Zegarra Valdivia, Diego, *El Contrato Ley*, Primera Edición, Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 166.

²⁵ Pinilla, Antonio; *Los Contratos-Ley en la Legislación Peruana*; Primera Edición; Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima; Lima; 1999; p. 47.

²⁶ García Maynez señala que "*una relación es de coordinación cuando los sujetos que en ella figuran encuéntrase colocados en un plano de igualdad, como ocurre, verbigracia, si dos particulares celebran un contrato de mutuo o de compraventa*". (García Maynez, Eduardo; op. cit. p. 134.)

desaparición de sus poderes exorbitantes. Por eso y con total independencia del contenido del contrato en concreto (concesión, contrato de obra, etc.) el contrato-ley debe ser interpretado como se interpreta un contrato de prestaciones recíprocas.

Dicho lo anterior, procede analizar los contratos-ley celebrados entre Telefónica y el Estado a fin de evaluar sus alcances.

II.2 Los Contratos de Concesión como contratos-ley: las "garantías" y "seguridades" de Telefónica

Como se sabe, mediante Decreto Supremo N° 11-94-TCC de fecha 13 de mayo de 1994, se aprobaron los contratos de concesión que celebraría el Estado, representado por el MTC (i) con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. ENTEL PERU para la prestación de Servicios Portadores y Telefónicos Locales y de Larga Distancia Nacional e Internacional; y, (ii) con la Compañía Peruana de Teléfonos S.A - CPT S.A para la prestación de Servicios Portador y Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao. Dichos contratos fueron suscritos con fecha 16 de mayo de 1994 y de conformidad con la Resolución Ministerial N° 283-95-MTC/15.17 y como consecuencia de la fusión de ENTEL PERU S.A y CPT S.A, la titularidad de los mismos fue asumida por CPT-Telefónica del Perú S.A, actualmente Telefónica del Perú S.A.A.

Con anterioridad a la suscripción de los Contratos de Concesión, el 29 de diciembre de 1993, fue expedida la Ley de Desmonopolización, que estableció en su artículo 3 que *"los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, tiene carácter de contrato-ley".* (subrayado agregado).

Como es posible apreciar, el artículo 3 de la Ley de Desmonopolización atribuye naturaleza de "contrato-ley" a los contratos de concesión para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, sin precisar cuáles son las garantías o seguridades que otorga a los concesionarios de manera específica y sin aclarar qué aspectos de los Contratos de Concesión serían, en todo caso, inmodificables por norma legal o por acto administrativo posterior. Es necesario, entonces, preguntarse si los Contratos de Concesión gozan de todas las características y privilegios propios de los contratos-ley y, de ser afirmativa la respuesta, qué aspectos de dichos contratos –todos, algunos o ninguno- han quedado "estabilizados" o son inmodificables por norma legal o por acto administrativo posterior.

¿Gozan los Contratos de Concesión de todas las garantías y privilegios de los contratos-ley? Este Tribunal considera que sí y que son de aplicación al caso los artículos 39 del Decreto Legislativo 757 y 24 del Decreto Supremo 162-92-EF, normas que, como se ha señalado, han definido el contrato-ley como uno de naturaleza civil, inmodificable por decisión unilateral del Estado y cuyo régimen

legal es ultractivo. Y la remisión a dichas normas es válida porque, aún cuando los Decretos Legislativos 662 y 757 y sus respectivos reglamentos han otorgado a los inversionistas estabilidad en aspectos específicos, como el tributario, cambiario o el laboral, las normas que definen la figura del contrato-ley, no tienen por qué circunscribirse a dichos ámbitos -puesto que son definiciones- pudiendo aclarar o complementar el sentido y los alcances de normas amplias y generales, que, como el artículo 3 de la Ley de Desmonopolización, aluden al concepto de "contrato-ley", sin precisar su contenido. Debe señalarse, en adición a lo anterior que se trata de un único ámbito -el de la protección de la inversión- por lo que la utilización de la definición del término "contrato ley" es pertinente; que los Decretos Legislativos 662 y 757 son anteriores a la Ley de Desmonopolización, por lo que puede entenderse que el artículo 3 se valió de una definición ya existente; y que de todas formas, el contrato-ley ha sido definido por la doctrina como un contrato de naturaleza civil, que excluye las cláusulas exorbitantes y cuyo régimen legal goza de ultractividad. Pero, más importante que lo anterior es que el artículo 62 de la Constitución ha establecido la inmodificabilidad legislativa de los contratos, consagrando con ello la ultractividad. Y entonces, en aplicación del canon *a maiori ad minus*, según el cual "*una norma, en cuanto concede un poder de amplitud mayor, concede también el poder de amplitud menor (en lo más está comprendido lo menos)*"²⁷ puede concluirse que si los contratos-ley son inmodificables por norma legal, con mayor razón lo serán por acto administrativo. La desaparición de las cláusulas exorbitantes y la consecuente naturaleza civil de los Contratos de Concesión proviene, pues, del propio artículo 62 de la Constitución.

102
88

Sobre qué aspectos de los Contratos de Concesión gozarían del atributo de ser "contratos-ley", este Tribunal aprecia lo *sui generis* del caso, pues la ley ha adjudicado tal categoría, no a aspectos específicos de los mismos, sino a todo su contenido, siendo así que lo normal o lo usual es que la estabilidad sea otorgada en relación a ciertos ámbitos, como son el tributario, el cambiario o el laboral, cuya normativa queda "estabilizada" al celebrarse el contrato y es, por ello, inmodificable. Aún así, es opinión de este Tribunal que, a partir de la interpretación literal -según la cual, a la ley debe atribuirse el sentido que resulta del significado propio de las palabras- y de la interpretación teleológica o intención del legislador -que apunta a descubrir las consideraciones sociales o económicas que la norma está dirigida a satisfacer- la correcta interpretación del artículo 3 de la Ley de Desmonopolización es que la calificación de los contratos de concesión como "contratos-ley" alcanza a la totalidad de sus cláusulas. Ello porque se trata de una norma -el artículo 3 de la Ley de Desmonopolización- expedida en el contexto de la calificación de las telecomunicaciones "*como instrumento de pacificación y afianzamiento de la conciencia nacional, para cuyo fin se requiere captar inversiones privadas, tanto nacionales como extranjeras*" (Título Preliminar de la Ley de Telecomunicaciones), lo que revela la importancia que el legislador concedió a la inversión y permite entender las razones por las cuales la norma

²⁷ Messineo, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Tomo I; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires; 1954; p.102.

bajo análisis, pudiendo haber restringido sus alcances, no lo hizo. Por ello, en aplicación del canon interpretativo de que *"no cabe distinguir donde la ley no distingue"*, debe atribuirse a la norma un alcance general y el sentido más amplio, concluyéndose que gozan y se benefician del privilegio de ser "contratos-ley" todas las cláusulas de los Contratos de Concesión.

Ahora bien; siendo lo anterior correcto desde el punto de vista interpretativo, lo cierto es que "estabilizar" el sistema normativo y regulatorio vigente al momento de celebración de los Contratos de Concesión y "blindar" a estos últimos de interferencias externas, era (y es) jurídica, técnica, económica y fácticamente imposible pues, para ello tendría que haberse tratado de un texto cerrado y completo, destinado a regir por un plazo de 20 años, asunto muy difícil, si no imposible, en una industria tan vinculada al cambio tecnológico como es la industria de las telecomunicaciones y en un país en el que, cuando se suscribieron los Contratos, iniciaba el proceso de liberalización de las telecomunicaciones. Y, sin duda, las partes lo entendieron de esa manera, pues, tanto la normativa vigente cuanto los propios Contratos de Concesión, permitieron la aplicación de normas futuras, estableciendo de esta manera, una suerte de "ultractividad parcial o relativa". Así por ejemplo, los artículos 6 y 10 del Reglamento de OSIPTEL²⁸, vigente en el momento en que se celebraron los Contratos, otorgaba a OSIPTEL potestad reguladora, permitiéndole "establecer las normas que regulan el comportamiento de las empresas operadoras...", "expedir las normas técnicas, económicas y legales a que deben sujetarse los contratos de interconexión" y "expedir ...las normas referidas a la calidad de la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones"... pudiendo dictar, de oficio y a pedido de parte "reglamentos autónomos...otras normas de carácter general y mandatos u otras normas de carácter particular, y constituyendo "las normas que emita OSIPTEL (normas) de cumplimiento obligatorio". Por el lado de los Contratos, muchas de sus cláusulas remitieron a la normativa vigente, como ocurrió con la cláusula segunda, según la cual los contratos se sujetan a sus propios términos "...en concordancia con lo establecido en... (las) demás normas que sean aplicables a la prestación del servicio", sin especificar si se trata de normas actuales o futuras; o la propia cláusula décima –respecto de la cual se ha producido la discrepancia– que de manera específica remite a "otros reglamentos promulgados..." o a "los reglamentos emitidos por OSIPTEL" sin tampoco especificar si están referidos a reglamentos actuales o futuros²⁹. Y, en los hechos las cosas ocurrieron así pues OSIPTEL, en ejercicio de su potestad regulatoria y normativa, expidió diversos reglamentos y normas, como son, el Reglamento General de Infracciones y Sanciones, el Reglamento de Solución de Controversias y el Reglamento de Interconexión, que desarrollaron los principios básicos contenidos en la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento y el Reglamento de OSIPTEL, que en muchos casos las ampliaron, complementaron o integraron y que fueron aplicadas a Telefónica sin cuestionamiento u objeción por su parte. Eso significa, entonces, que la "inmunidad" o el "blindaje" de los Contratos de Concesión frente a futura

²⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 62-94-PCM de 5 de agosto de 1994

²⁹ Ver en ese sentido el numeral V.4 del presente laudo.

22

regulación, no es absoluta, al haber remitido dichos contratos a normas legales y regulación, presente y futura.

Si eso es así, es decir, si los Contratos de Concesión gozan de una suerte de "ultractividad parcial o relativa" y si, por las razones indicadas, los organismos reguladores son los encargados de expedir nueva regulación aplicable a Telefónica, ¿cuál es el verdadero alcance de la ultractividad aplicable a los Contratos de Concesión? y, asimismo ¿qué significa la naturaleza civil de los Contratos de Concesión y su valor de contratos-ley?

En opinión de este Tribunal, deriva de la normativa referida a los incentivos generales a la inversión (artículo 62 de la Constitución, 1357 del Código Civil, y Decretos Legislativos 662 y 757) y a los incentivos específicos en materia de telecomunicaciones (artículo 3 de la Ley de Desmonopolización y Título Preliminar de la Ley de Telecomunicaciones) que, la calificación de los Contratos de Concesión como contratos-ley tiene el significado siguiente:

(i) la sujeción de los Contratos de Concesión al Derecho Civil, no supone ni puede suponer la renuncia de OSIPTEL y del MTC a sus potestades normativa, regulatoria, de supervisión o fiscalización, sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de usuarios³⁰. Dichos órganos preservan plenamente tales potestades frente a Telefónica, pudiendo expedir, en los términos que se expondrán más adelante, nueva normativa y regulación que la afecte, así como supervisarla, fiscalizarla y sancionarla administrativamente por incumplimiento de la normativa y/o la regulación vigente. Ello es así, porque, de conformidad con la ley vigente en el momento de celebración de los Contratos de Concesión (artículos 4, 5, 6 y 7 de la Ley de Desmonopolización y artículos 75, 76 y 77 de la Ley de Telecomunicaciones) y a la luz de lo establecido en determinadas cláusulas de dichos contratos (cláusulas 8.05; 8.08; 8.10 d) y 9.01), la relación entre Telefónica como concesionaria, el MTC como concedente y OSIPTEL como organismo regulador, nunca perdió -ni podría perder- su carácter vertical o de subordinación pues, según dichas normas y cláusulas, Telefónica está obligada a cumplir con las órdenes, requerimientos, mandatos y, en general, normativa expedida por ambos organismos;

(ii) la sujeción de los Contratos de Concesión al Derecho Civil, tampoco supone el desconocimiento de la "ejecutividad", "ejecutoriedad" o "autotutela ejecutiva" de los actos administrativos y resoluciones expedidos por dichos organismos, entendiéndose por dichos conceptos "...la cualidad del acto administrativo de producir todos sus efectos contra la voluntad de los obligados, violentando su propiedad y libertad si preciso fuere..."³¹ (subrayado agregado). Nada puede, entonces, interrumpir la plena ejecutoriedad de los mandatos y resoluciones expedidos por OSIPTEL y por el MTC y nada puede cuestionar su naturaleza pública;

³⁰ Cabe señalar que Telefónica no cuestiona las potestades de OSIPTEL.

³¹ Parada Ramón; op. cit.; Tomo I; p.152.

(iii) la indiscutible verticalidad de la relación entre el Estado y Telefónica y la "autotutela ejecutiva" de la que gozan los actos expedidos por OSIPTEL y el MTC, no significa que los Contratos de Concesión mantengan su condición de contratos administrativos, pues ello sería contradictorio con el artículo 3 de la ley de Desmonopolización que, como se ha señalado, los califica como contratos-ley y, por tanto, como contratos de naturaleza civil. Y la naturaleza civil de estos contratos, se encuentra, en opinión de este Tribunal, en dos aspectos fundamentales, a saber: (a) en que el Estado no goza de la potestad de modificar o rescindir unilateralmente los contratos por razones de oportunidad o de mérito; y (b) en que Telefónica puede cuestionar los actos administrativos y, en general, la regulación y/o normativa expedida por OSIPTEL y por el MTC, no a través de los procedimientos previstos para la generalidad de los administrados que no están protegidos por contratos-ley –básicamente el contencioso-administrativo y la acción popular- sino en el fuero arbitral, que es el mutuamente elegido por las partes. Y la consagración de dicho fuero resulta plenamente coherente con las "garantías" y "seguridades" que el contrato-ley otorga a los particulares, si se tiene en cuenta el significado y la particular importancia que tiene la elección del fuero, en términos de incentivos y garantías a la inversión;

(iv) en coherencia con lo anterior, salvo los supuestos de resolución previstos en los Contratos de Concesión, éstos mantienen su vigencia hasta el vencimiento del plazo establecido en los mismos, o el de su renovación;

(v) aquellas cláusulas que regulan ciertos aspectos de manera específica y que no requieren ser aclaradas, son inmunes a la normativa legal y a la regulación administrativa posterior. En ese sentido, por ejemplo, el Estado no podrá modificar el área de la concesión (cláusula 3.03), ni está autorizado a establecer un procedimiento de renovación del plazo de la concesión distinto al establecido en los contratos (cláusula 4.03), ni podrá modificar el monto del derecho especial al FTEL que corresponde a Telefónica (cláusula 6.02), sea a través de actos administrativos o de normas de carácter general, como son las leyes y los decretos supremos. La expedición de normativa o regulación contraria a dichas cláusulas, entonces, no alcanza a Telefónica o, lo que es lo mismo, le es inoponible;

(vi) corresponde a OSIPTEL o al MTC, en sus respectivos ámbitos de competencia y a través de actos administrativos de carácter particular y general (reglamentos), definir, interpretar y desarrollar aquellas estipulaciones que contienen conceptos sujetos a valoración, conceptos jurídicos indeterminados o no definidos y desarrollados; o conceptos insuficientemente definidos y desarrollados, como son los de leal competencia, neutralidad e igualdad de acceso (cláusula 12.05); interconexión (cláusula 10); servicio (cláusula 3.01); utilidad (cláusula 7.01); emergencia (cláusula 8.04); razonabilidad (cláusula 8.03); seguridad nacional (cláusula 8.04); etc.³²;

³² Telefónica no discute las potestades de OSIPTEL como regulador.

No obstante y sin perjuicio del derecho de Telefónica de recurrir al arbitraje pactado en las cláusulas 3.01 y 21 de los Contratos de Concesión en los casos de discrepancia sobre el significado de dichos términos, al interpretar los mencionados conceptos, OSIPTEL y el MTC deberán tener en cuenta las siguientes reglas básicas e inmodificables, que derivan de las “garantías” y “seguridades” de las que gozan los Contratos de Concesión y que constituyen la contraprestación del Estado por la realización de la inversión:

(vi.a) al interpretar, aclarar, ampliar o complementar los conceptos indeterminados o no definidos y al ejecutar los Contratos de Concesión, OSIPTEL y el MTC deben respetar el equilibrio contractual o ecuación económico-financiera del contrato, de modo que el sentido que atribuyan a determinada cláusula o el curso de acción que decidan tomar, permita siempre a Telefónica obtener un beneficio, utilidad o, en general, una retribución por la explotación de los servicios públicos de telecomunicaciones que ha recibido en concesión. Eso significa que ninguna medida legal o administrativa puede tener naturaleza confiscatoria ni, en general, atentar contra el equilibrio contractual o ecuación económico-financiera, pues la razón determinante de la inversión de Telefónica es la obtención de un beneficio o utilidad. El *quantum* de dicho beneficio o utilidad dependerá, sin embargo, de un conjunto variado de factores, entre los cuales se incluyen la competencia y la regulación expedida por OSIPTEL. Este aspecto –el equilibrio contractual– puede ser considerado como el elemento sustantivo de la protección concedida por el Estado a Telefónica, derivada del hecho que los Contratos de Concesión tengan naturaleza de contrato-ley.³³

(vi.b) Telefónica tiene derecho a que OSIPTEL y el MTC actúen ciñéndose a las normas legales vigentes y a los procedimientos establecidos, absteniéndose de expedir actos contradictorios, indirectos o confusos, teniendo Telefónica derecho al debido proceso, es decir, a ser oída y a intervenir, opinar, participar y, en general, defenderse, aún en el caso de ausencia de procedimientos, quedando a cargo de OSIPTEL y del MTC impulsar prácticas tales como la pre-publicación y la realización de audiencias públicas. Esta garantía empata con la anterior pues la única forma de asegurar el equilibrio financiero del contrato es permitiendo que Telefónica cuente con procedimientos justos y equitativos que le permitan obtener beneficios y/o evitarse un daño. A ello es preciso añadir que la sujeción a los

³³ El respeto del equilibrio contractual forma también parte de la evolución que ha experimentado la concesión de servicios públicos. Señala Cassagne en ese sentido que “...en la evolución que ha experimentado la concesión de servicios públicos, no puede dejar de señalarse un aspecto de gran trascendencia para la estabilidad contractual, ya advertido hace algunos años por Ariño, como es la sustitución del principio de riesgo y ventura (que caracterizaban a las primeras concesiones de servicio público, el cual aparece desplazado por el principio de equivalencia económica o de equilibrio financiero mediante una ecuación que limita el riesgo del concesionario derivado de su ineficiente gestión, sin cargarle ni el alea administrativa (hecho del príncipe) ni el alea económica general que no le sea imputable ni que pueda razonablemente entrar dentro de una razonable previsión”. (Cassagne, Juan Carlos; op. cit; Tomo II; p. 377). Eso demuestra que en otros países, la evolución hacia la horizontalidad en la relación Estado-inversionista se hizo sin necesidad de recurrir a la figura del contrato-ley.

procedimientos establecidos y el respeto al debido proceso resultan de singular importancia, no sólo en este, sino en todos los casos, pues sirve para *garantizar que los estándares legales serán adecuadamente aplicados...*³⁴, de modo que "... el procedimiento sea conducido de buena fe, que la decisión tenga base racional y sea razonable...tales ideas se expresan a veces en el derecho de ser tratado de manera justa y no arbitraria"³⁵. Y dicha participación es totalmente lógica, justa y beneficiosa para los resultados del proceso porque Telefónica, en tanto que concesionaria, es la mejor fuente de información y explicación; porque no puede tenerse confianza en la resolución expedida si una de las partes no ha sido oída, o no ha tenido la oportunidad serlo; y porque la argumentación de las partes es la mejor manera de llegar a decisiones adecuadas. Este aspecto, que deriva de la multiplicidad de procedimientos contenidos en los Contratos de Concesión (i.e. cláusulas 4.03, 8.05 (f), 9.04, 9.05, 18.03, 17.06) y del artículo 139 de la Constitución, puede ser considerado como el elemento adjetivo de la protección concedida por el Estado a Telefónica, derivada del hecho que los Contratos de Concesión tengan naturaleza de contrato-ley.

(vi.c) como se ha adelantado y como se desarrollará extensamente en el acápite III siguiente, Telefónica tiene derecho a someter a arbitraje cualquier controversia que surja de o esté en conexión con los Contratos de Concesión. En ese sentido, OSIPTEL, el MTC o los organismos que los sustituyan, no podrán negarse a intervenir en un arbitraje convocado por Telefónica, siempre que -y sólo si- la discrepancia se refiera a algún aspecto estipulado en los Contratos de Concesión y que, salvo casos flagrantes y excepcionalísimos, los actos supuestamente violatorios tengan calidad de "cosa decidida". Y esta garantía concuerda con las anteriores y las complementa, pues resulta lógico que, para el inversionista, el fuero elegido asegurará las garantías de equilibrio contractual y debido proceso, es decir, de los aspectos sustantivo y adjetivo de la protección que le otorga el contrato-ley.

(vii) en lo no previsto por los Contratos de Concesión, debe estarse a la normativa vigente y a la regulación expedida por OSIPTEL o por el MTC, aunque dicha normativa y regulación, deberán respetar las bases contractuales derivadas de la naturaleza de contratos-ley de los Contratos de Concesión, que son, el equilibrio contractual, la sujeción a las normas legales y procedimientos y el respeto al debido proceso y el sometimiento de la controversia al fuero arbitral.

(viii) al interpretar los Contratos de Concesión debe tenerse en consideración que el Estado ha otorgado "garantías" y "seguridades" a Telefónica como contraprestación por la inversión realizada, no calificando la renuncia a sus potestades, entonces, como un acto de liberalidad, sino como un acto de naturaleza onerosa.

³⁴ Calligan, D.J; *Due process and fair procedures; A study of Administrative Procedures*; Clarendon Press-Oxford; 1996; p.32.

³⁵ *Ibidem*; p. 44.

III. LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Como se ha señalado, tanto OSIPTEL (escritos N° 2 y 8 de fechas 22.03.02 y 24.05.02) cuanto el MTC (escrito sin número de fecha 24.01.03), AT&T (escrito sin número de fecha 23.01.03); y Nortek (escrito N° 2 de fecha 22.01.03) han cuestionado la competencia de este Tribunal.

Esgrimen dichas partes y terceros que un laudo eventualmente beneficioso para Telefónica no alcanzaría a terceros ajenos al compromiso arbitral y que el Tribunal no es competente para conocer el presente caso, pues la controversia versa sobre facultades de imperio de OSIPTEL. Señalan de manera específica que, de emitirse un fallo favorable a Telefónica, éste sería nulo por afectar a terceros; que la aplicación del laudo a terceros que no han celebrado los Contratos de Concesión, viola el artículo 139 de la Constitución, según el cual, *"ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley"*; y que los Mandatos de Interconexión constituyen normas que regulan la relación de las partes que se interconectan y no la relación entre Telefónica y OSIPTEL. Señalan asimismo que los mandatos y resoluciones de OSIPTEL no pueden ser cuestionados en la vía arbitral, pues el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos destinado exclusivamente a las controversias patrimoniales enmarcadas dentro del ámbito de libre disposición de las partes; que el proceso contencioso-administrativo es el instrumento exclusivo de control interorgánico del Poder Judicial sobre la Administración Pública; que los contratos de concesión son de naturaleza administrativa; que la frontera entre lo arbitrable y lo no arbitrable en un contrato de concesión es su contenido patrimonial y la libre disponibilidad y que, en definitiva, en este proceso se discuten facultades de imperio del Estado, que no pueden ser ventiladas en sede arbitral. Señalan, finalmente, que OSIPTEL es el organismo encargado de la fijación de cargos de interconexión y ningún órgano judicial o arbitral puede sustituirlo en tal función.

Este Tribunal no coincide con tales alegaciones y considera que sí es competente para conocer la presente controversia, no obstante que los efectos del laudo puedan alcanzar a terceros de manera refleja o que la controversia pueda versar sobre facultades de imperio del Estado. Ello por las siguientes razones:

III.1 En relación a la afectación a terceros de un laudo eventualmente favorable a Telefónica

(i) este Tribunal se ratifica en lo decidido en la Resolución N° 9, en el sentido que los efectos de un laudo eventualmente favorable a Telefónica, respecto de las empresas operadoras que tienen relación de interconexión con ésta, serán indirectos o reflejos. Eso significa que no se afectarán de manera directa las relaciones sustanciales que vinculan a dichas empresas con alguna de las partes, pues estas relaciones no han sido objeto de las pretensiones discutidas y por tanto, tampoco son objeto del pronunciamiento jurisdiccional;

(ii) se ha manifestado en el transcurso del proceso que, al considerarse a las empresas operadoras notificadas con la demanda como terceros coadyuvantes, en aplicación del artículo 97 del Código Procesal Civil, el laudo no debería alcanzarlas y, que *“la decisión que recaiga en el proceso no va a referirse al coadyuvante, intervenga o no en el proceso, estamos diciendo que la sentencia jamás lo va a alcanzar”*³⁶. Esta cita constituye, tan sólo, un punto de partida de su autor, que se desarrolla a párrafo siguiente en la obra citada, de la siguiente manera: *“Devis Echandía explica esta situación así: “El coadyuvante puede ser, por consiguiente, ajeno a la relación sustancial debatida en el proceso por su coadyuvado (por ejemplo: no reclama ningún derecho en el inmueble cuya propiedad se discute), pero existirá otra relación sustancial entre ellos, que puede resultar afectada con la decisión que sobre la primera se adopte en el proceso (una relación de crédito, que no podrá satisfacerse si el coadyuvado pierde el pleito; o la relación de parentesco que podría lesionarse moral o socialmente, en el mismo supuesto). El coadyuvante no es cotitular de la misma pretensión del coadyuvado, porque entonces tendría una pretensión propia en ese proceso y sería litisconsorte; sino titular de la suya propia, y por esto, aún cuando no está legitimado para demandar respecto a la relación sustancial de aquél, sí lo está para intervenir en el proceso que inició su coadyuvado o se sigue contra éste”*³⁷ (subrayado agregado);

(iii) en consecuencia, las empresas operadoras a las que puedan extenderse los efectos reflejos de la decisión jurisdiccional, no son titulares de la relación discutida en este proceso. Tan es ello así, que Telefónica no podría haberlas demandado, en tanto que dichas empresas no realizaron los actos que se afirman atentatorios de los Contratos de Concesión, ni participaron en la celebración de los mismos. Por ello, jamás podrían adquirir la calidad de intervinientes litisconsorciales, en aplicación del artículo 98 del Código Procesal Civil, que exige que el interviniente litisconsorcial para ser admitido en tal calidad, esté legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso.³⁸ Sí están, sin embargo, legitimadas para intervenir como terceros coadyuvantes, pues la relación sustancial que tienen con las partes no va a ser objeto de la decisión jurisdiccional, ya que no forma parte de la materia controvertida, y por ello, conforme al artículo 97 del Código Procesal Civil no se le van a extender los efectos de la sentencia;

(iv) la no extensión de los efectos de la sentencia al tercero coadyuvante, debe ser, sin embargo, entendida en el sentido que la decisión jurisdiccional no se

³⁶ Escrito de AT&T de 23 de enero de 2003 aludiendo a la imposibilidad de afectar o disponer de derechos de terceros que no han suscrito la cláusula arbitral y que tienen la calidad de terceros coadyuvantes.

³⁷ Monroy, Juan; *Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil*; En: *Ius et Veritas* N° 6; p. 51

³⁸ En la intervención litisconsorcial o litisconsorcio sucesivo, la pretensión del interviniente es propia, pero jurídicamente conexa y paralela con la de la parte consorcial (demandante o demandada), por emanar de la misma causa jurídica o título, o por ser el interviniente titular de la misma relación jurídica. Así, la suerte de éste y de la parte consorcial debe ser común y la declaración jurisdiccional que sobre ellas recaiga debe ser la misma.

pronunciará sobre el derecho del tercero, afectándolo directamente (como sucede en el caso de la intervención litisconcorcial³⁹, donde la afectación directa legitima la intervención del litisconsorte sucesivo en tal calidad), aunque sí se producirá una afectación refleja por los efectos de la sentencia en las relaciones jurídicas del tercero con las partes originarias en el proceso. En este sentido, Ramos Méndez, Serra Domínguez y Wilhelm Kisch⁴⁰ enseñan que la intervención coadyuvante del tercero *"...tiene como objeto la defensa procesal de una de las partes, aún sin ostentar derecho alguno autónomo de acción ni resultar directamente perjudicado por la sentencia, fundada exclusivamente en una relación jurídica entre la parte ayudada y el tercero, que puede resultar afectado en forma refleja por los efectos de la sentencia, pues si bien esta recae en un proceso pendiente entre dos personas puede influir en la esfera jurídica de una tercera."* (subrayado agregado);

(v) lo anterior es coherente con la naturaleza jurídica del mandato de interconexión, que no constituye un acto de la autoridad sustitutorio de la actuación de las partes⁴¹ sino un acto administrativo unilateral expedido por OSIPTEL, que no reemplaza la voluntad de los particulares (porque, por ejemplo, no es rescindible); que no integra los contratos de interconexión y que pertenece al ámbito del Derecho Administrativo. Consecuentemente con ello, resulta más claro aún que el cuestionamiento de Telefónica está referido, no a los contratos de interconexión celebrados por dicha empresa con terceros -como sostiene AT&T- sino a actos administrativos unilateralmente expedidos por OSIPTEL;

(vi) la influencia de los actos expedidos por OSIPTEL como consecuencia de su función regulatoria, sean generales o particulares, afectan siempre a terceros, dado que *"la regulación es siempre, por definición, un sustitutivo del mercado (...)"*⁴²;

(vii) los terceros coadyuvantes y no coadyuvantes, no pueden invocar su calidad de ajenos a la relación contractual entre Telefónica y el Estado, ni tampoco pretender la inoponibilidad plena y absoluta de dicha relación invocando el artículo 1363 del Código Civil, según el cual *"los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos..."* pues el inciso c) del artículo 8 de la Ley de Desmonopolización, establece que la regulación debe ser expedida "dentro de los marcos establecidos por ... los respectivos contratos de concesión". Si, entonces, los Contratos de Concesión remitieron a la ley; si la ley se presume conocida; si dichos contratos se aprobaron mediante Decreto Supremo N° 11-94-

³⁹ Por ejemplo en el proceso de impugnación de acuerdos previsto en el artículo 143 de la Ley General de Sociedades, iniciado por un accionista, cuya sentencia afectará por igual a todos los demás accionistas, intervengan o no en el proceso; o el supuesto del patrocinio de intereses difusos regulado en el artículo 82 del Código Procesal Civil, donde la sentencia estimatoria alcanzará incluso a quienes no hayan sido parte en el proceso.

⁴⁰ Citados por Matheus, Carlos Alberto; En: *La Intervención Voluntaria*; Revista Peruana de Derecho Procesal; Tomo III; p. 165.

⁴¹ Un acto sustitutorio de la voluntad privada de las partes sería, por ejemplo, el otorgamiento de la escritura pública por el juez en los casos en los que el obligado se abstiene de hacerlo.

⁴² Ariño, Gaspar; op. cit; p. 272 -273.

TCC que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano; y si fueron ampliamente difundidos, no sólo por OSIPTEL (*Temas de Telecomunicaciones, 1994 y Marco Legal de las Telecomunicaciones y Contratos de Concesión, 1996*), sino por la propia Telefónica (*Contratos de Concesión de Telefónica del Perú*) los terceros no pueden alegar válidamente que una discrepancia entre Telefónica y OSIPTEL relativa a ciertos mandatos que los involucra, le son inoponibles. Por ello, no queda duda que las empresas operadoras con relaciones de interconexión con Telefónica conocían, conocen y debían conocer que las respectivas relaciones jurídicas entre ellas y OSIPTEL, o entre ellas y Telefónica como consecuencia de la actividad regulatoria, podían y pueden ser alcanzadas, en los términos expuestos en los numerales precedentes, es decir, de manera refleja, por los efectos de cualquier decisión jurisdiccional emitida en un proceso donde se denuncie la trasgresión por parte de OSIPTEL o del MTC, de los Contratos de Concesión;

III.2 En relación a las atribuciones *ius imperium* del Estado

(i) las cláusulas 3, sección 3.01 y 21, sección 21.01 de los Contratos de Concesión que regulan el convenio arbitral (en adelante el Convenio Arbitral) establecen que "cualquier controversia que surja de o en conexión a este contrato, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelto amistosamente por las partes y en caso estas partes llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia, serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima. Ambas partes convienen en que el procedimiento arbitral no será iniciado o este no prosperará para las controversias relativas a una materia o en relación a un asunto que pueda estar o esté pendiente de solución conforme a los procedimientos que este mismo contrato establece" (subrayado agregado);

vB
sl
(ii) la interpretación literal del Convenio Arbitral lleva a considerar (a) que éste alude a cualquier tipo de controversia entre las partes, sin excluir de sus alcances, ninguna en particular; y (b) que dicho Convenio Arbitral abarca, no sólo las controversias que surjan de la interpretación o ejecución del contrato mismo, sino de aquellas que estén en conexión con éste. Y dado que "...la letra es el punto de partida y puede ser también el punto de llegada.(y que) ...se suele decir que in claris interpretatio non fit..."⁴³ regla que es plenamente concordante con lo establecido por el artículo 168 del Código Civil, según el cual "el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo a lo que se haya expresado en él ..." (subrayado agregado), la primera conclusión a la que se llega es que, la intención de las partes al incorporar el Convenio Arbitral a los Contratos de Concesión fue

⁴³ Díez Picazo, Luis; *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*; Volumen Primero, Segunda Edición; Tecnos; Madrid; 1983; p. 265.

someter todas sus discrepancias al fuero arbitral, independientemente de si con ello se involucra el *ius imperium*;

(iii) se ha sostenido que, de interpretarse las cláusulas con la amplitud que resulta de la interpretación literal, se trataría de un pacto *contra legem* puesto que la Ley 25935, Ley de Arbitraje vigente en el momento de la celebración de los Contratos de Concesión, prohibía someter a arbitraje asuntos "*directamente concernientes a las atribuciones o funciones del Estado o de personas o entidades de derecho público*". No es eso, sin embargo, lo que se discute en el presente proceso arbitral, pues ninguna de las pretensiones de Telefónica cuestiona las funciones o atribuciones regulatorias de OSIPTEL ni objeta el hecho que los mandatos tengan naturaleza de actos administrativos sujetos al Derecho Público. Lo que cuestiona Telefónica es, más bien, el efecto de dichos mandatos -sin duda expedidos como consecuencia de las funciones y atribuciones de *ius imperium* de OSIPTEL- sobre los Contratos de Concesión que ella ha celebrado con el Estado, que, como se ha señalado, tienen naturaleza de contratos-ley. En otras palabras, Telefónica no pone en cuestión la potestad regulatoria de OSIPTEL, sino la supuesta violación de los Contratos de Concesión por efecto del ejercicio de dicha función o atribución, lo que no puede ser considerado un asunto directamente concerniente a una atribución del Estado, como establece el artículo 2 de la Ley 25935, sino, en todo caso, un asunto mediata o indirectamente concerniente a la misma;

(iv) aún cuando estuvieran en debate las funciones y atribuciones del Estado, al tratarse de un contrato-ley, la relación entre Telefónica y el Estado peruano devino en una de naturaleza civil. Eso significa que, en los términos expresados en este laudo, cuando el Estado celebró los Contratos de Concesión, se despojó de su *ius imperium*, lo que excluía la aplicación del artículo 2 de la ley 25935 al caso. Huelga decir que el despojo de las potestades *ius imperium* por parte del Estado, no se refiere a sus atribuciones esenciales sino, de manera restringida, a aquellas funciones y atribuciones relacionadas con la prestación del servicio público;

VOL
/
88

(v) en el momento que se celebraron los Contratos de Concesión, la posibilidad de que el Estado renunciara a ciertas potestades *ius imperium* estaba permitida por los artículos 62 de la Constitución; 1357 del Código Civil y Decretos Legislativos 662 y 757, normas que consagraron la figura del contrato-ley. Dichas normas, que emanan del principio de subsidiariedad y de la utilización de técnicas de fomento destinadas a atraer capital mediante la concesión por el Estado de "seguridades" y "garantías", autorizaban expresamente a éste a establecer con el inversionista una relación de carácter horizontal, despojándose de ciertas potestades *ius imperium*, lo que le permitía, entre otros aspectos, discutir la validez, la eficacia, la interpretación o el incumplimiento de dichos contratos en el fuero arbitral. Además, la naturaleza sinalagmática del contrato significa que el Estado no se ha despojado de sus potestades como un acto de liberalidad sino como contrapartida por la inversión realizada, lo que refuerza aún más la horizontalidad de la relación;

(vi) como se ha expresado, en este proceso arbitral las pretensiones de Telefónica están dirigidas exclusivamente contra OSIPTEL, en razón de que -según sostiene la demandante- dicho organismo a través de la expedición de ciertos mandatos, ha transgredido los Contratos de Concesión. Así fluye de los escritos que contienen la demanda y su ampliación, razón por la cual, en los términos antes expresados, lo que se discute en este caso es una relación de naturaleza civil entre Telefónica y OSIPTEL, proveniente de un contrato-ley regido por la disposiciones del Derecho Civil. Por ello, las pretensiones contenidas en la demanda y su ampliación deben ser sometidas a la competencia del Tribunal Arbitral en aplicación del Convenio Arbitral y no al proceso contencioso administrativo, como sostiene AT&T pues "la pretensión en el proceso contencioso administrativo tiene como base una actuación de la Administración sujeta al derecho administrativo. De esta forma, el sujeto demandante acude al órgano jurisdiccional solicitando tutela jurídica frente a la administración, quien ha realizado una actuación o ha omitido hacerla, siempre que la actuación o el deber de cumplimiento no ejecutado sean sujetos al derecho administrativo, es decir, supongan el ejercicio de la función administrativa. (...). Con lo cual la sola actuación de la Administración no es impugnabile por la vía del proceso contencioso administrativo, sino que se hace necesario que dicha actuación se encuentre regida por el derecho administrativo. De ello se desprende que ante una actuación de la Administración que se sustente en norma de diversa naturaleza, como el derecho civil, no pueda plantearse un proceso contencioso administrativo"⁴⁴ (subrayado agregado);

(vii) en coherencia con lo anterior, la propia Ley que regula el Procedimiento Contencioso-Administrativo, Ley 27584 exceptúa de la sumisión a dicho procedimiento a aquellas actuaciones de la Administración Pública sometidas a arbitraje. En efecto, el inciso 5) del artículo 4 de dicha ley señala que "...son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas: (...) 5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia" (subrayado agregado). Si, entonces, la propia Ley del Contencioso-Administrativo excluye de su ámbito a los actos sometidos a arbitraje, es porque dichos actos -entre los cuales se encuentran los Mandatos expedidos por OSIPTEL- pueden ser conocidos en fuero arbitral;

(viii) de interpretarse el Convenio Arbitral en el sentido que quedan excluidos aquellos actos en los cuales se encuentran involucradas potestades *ius imperium* de OSIPTEL o del MTC, dicho convenio terminaría siendo inaplicable, pues la totalidad de su contenido concierne al interés público. En efecto, si por funciones o atribuciones de *ius imperium* se entiende la "potestad de mando que, como tal, (el

⁴⁴ Priori Posada Giovanni. "Comentario a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo"; Ara; Lima; 2002; p.108 – 109.

Estado) *ejerce siempre sobre las personas*"⁴⁵ y si se considera que dichas potestades de mando encuentran sustento en el interés público, que *"sirve de justificación a toda actividad administrativa (y que se define como) "un interés común que, aunque no beneficie a toda la comunidad, sí favorece, al menos, a una fracción importante de sus miembros"*⁴⁶, puede decirse que el contenido íntegro de los Contratos de Concesión es de interés público y se encuentra, por tanto, vinculado al *ius imperium* del Estado. Son en ese sentido de interés público, las cláusulas referidas al objeto de la concesión, a su ámbito, al plazo, al período de concurrencia limitada, a los derechos, tasas y canon, a los requisitos de prestación del servicio (continuidad del servicio, interrupción, arrendamiento de circuitos, obligaciones en caso de emergencia, requisitos de expansión de la red, teléfonos públicos, requisitos de calidad del servicio, como son la asistencia a abonados y usuarios, el secreto de las telecomunicaciones y la obligación de llevar contabilidad separada), régimen tarifario y sus procedimientos de regulación de tarifas y revisión (factor de productividad), interconexión y numeración, reglas de competencia, homologación de equipos y uso del espectro radioeléctrico. Es decir, son de interés público y por lo mismo conciernen al *ius imperium* del Estado, los Contratos de Concesión en su totalidad, lo que –llevado al extremo- obligaría a concluir que el Convenio Arbitral constituye un pacto existente, aunque inaplicable por falta de objeto;

(ix) asimismo y coherentemente con lo anterior, todos los actos expedidos por OSIPTEL y por el MTC son actos administrativos, en su sentido de *"... declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa..."*⁴⁷, tratándose, entonces, de *"... la forma esencial en que la Administración Pública expresa su voluntad, sea de modo general (reglamentos) o de un modo particular o especial (acto administrativo individual)"*⁴⁸ Si ello es así, es decir, si OSIPTEL y el MTC se expresan normalmente -y podría decirse que casi exclusivamente- a través de actos administrativos y reglamentos que importan el ejercicio del *ius imperium* del Estado, ningún acto administrativo expedido por OSIPTEL o por el MTC vinculado a los Contratos de Concesión podría ser cuestionado por la vía del procedimiento arbitral, deviniendo nuevamente el Convenio Arbitral en un pacto existente, aunque inaplicable por falta de objeto;

(x) la inaplicabilidad del Convenio Arbitral es, sin embargo, inaceptable en virtud del *Principio de Conservación de los actos* jurídicos -uno de los principios rectores de la interpretación- según el cual *"la interpretación (debe ser dirigida) a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz.. (por lo que)... entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que permite producirlos, debe optarse por esta última"*⁴⁹. Y entonces, tomando como base

⁴⁵ García Maynez, Eduardo; op. cit.; p. 99.

⁴⁶ Parada, Ramón; op. cit.; Tomo I; p. 438.

⁴⁷ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón; op. cit.; Tomo I; p. 504.

⁴⁸ Mahriehoff, Miguel; op.cit.; Tomo II; p. 218.

⁴⁹ Díez Picazo, Luis; op. cit; p. 262.

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

(xi) los propios Contratos de Concesión admiten que ciertas resoluciones expedidas por OSIPTEL puedan ser cuestionadas en la vía arbitral. En efecto, por expresa disposición de la Sección 18.04 de los mismos, el incumplimiento de los requisitos de expansión de la red, de teléfonos públicos y de calidad del servicio ha sido considerado como pena convencional, estipulándose, además, que "...dada la naturaleza contractual de las sanciones contenidas en esta Cláusula, las resoluciones que emita OSIPTEL de conformidad con la Sección 18.03 sólo podrán cuestionarse en la vía arbitral" (subrayado agregado). Eso significa que no es en lo absoluto extraño ni pone en juego nada esencial -y así ha sido establecido en los Contratos de Concesión- que resoluciones emitidas por OSIPTEL puedan ser cuestionadas en la vía arbitral. Y dichas resoluciones, al estar referidas a aspectos esenciales de la concesión, como son el acceso universal, los teléfonos públicos y la calidad del servicio, tienen tanta vinculación con el *ius imperium* y con el interés público, como lo tienen la interconexión o el régimen tarifario. Es pues arbitrario -aunque no por ello ilegal- tratar ciertos incumplimientos como administrativos y ciertos otros como contractuales, pues, salvo la arbitraria voluntad de las partes, no existe elemento alguno que permita distinguir entre uno y otro. Puede decirse por eso que las obligaciones de Telefónica pertenecen al ámbito del Derecho Público, aunque pueden ser válidamente consideradas como de Derecho Civil, sin que con ello se trasgreda principio alguno. Debe recordarse que la garantía a la inversión derivada del contrato-ley, coloca a las partes en un plano de horizontalidad y que, además, la relación entre ambas es sinalagmática;

(xii) se ha pretendido encontrar una pauta que permitiría determinar cuáles controversias deben ser conocidas en sede judicial y cuáles en el fuero arbitral. Se señala en ese sentido, que el fuero arbitral sería competente para conocer aquellas controversias que derivan de estipulaciones propias de los Contratos de Concesión y que no han sido objeto de la normativa expedida por OSIPTEL o por el MTC -como es el caso de la controversia sobre contabilidad separada- mientras que el fuero judicial sería competente para conocer aquellos otros casos que, aún cuando hayan sido tratados en los Contratos de Concesión, se encuentran a su vez regulados en las leyes, reglamentos y actos regulatorios expedidos por OSIPTEL. Este Tribunal no coincide, sin embargo con dicho planteamiento porque: (i) la importancia de la contabilidad separada para la competencia, en

tanto que pretende evitar subsidios cruzados⁵⁰, no es menor que la que tiene la interconexión o el régimen tarifario; (ii) en ese sentido, la contabilidad separada es un tema que atañe al interés público; (iii) no existe razón por la cual OSIPTEL no pueda emitir regulación sobre contabilidad separada, en el caso que los Contratos de Concesión contengan vacíos sobre el tema; y (iv) en definitiva, no existe razón de fondo que explique la pretendida diferencia;

(xiii) la tendencia doctrinal moderna favorece y apunta al arbitraje como el mecanismo idóneo de solución, incluso de aquellas controversias en las que esté involucrado el *ius imperium*, admitiendo la revisión, vía el proceso arbitral, de resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. Se señala en ese sentido que *"de entrada debe ponerse de manifiesto que los conflictos...se han venido sustanciando tradicionalmente ante el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, en la actualidad asistimos a la propuesta de otras vías alternativas lo que, en gran medida, ha sido motivado por la situación de crisis que afecta a la Administración de justicia en general. Así, concretamente, el arbitraje se presenta como una institución susceptible de ofrecer incuestionables ventajas frente al tradicional sistema de resolución de conflictos..."*⁵¹

(xiv) finalmente, la relación de horizontalidad o de coordinación entre Estados y particulares, no es extraña en el ámbito del Derecho Internacional. Por el contrario, tales relaciones son por esencia horizontales, como es posible apreciar en ámbitos tales como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI -fuero arbitral en el que se ventilan asuntos referidos a la inversión extranjera- donde el Estado y los particulares son tratados en un plano de absoluta horizontalidad, sin que interese si las medidas adoptadas por el Estado, se materializaron a través de actos administrativos, reglamentos o leyes o si en dicho proceso se encuentra o no involucrando el *ius imperium*. Y este es un caso equivalente -solo que sometido a un tribunal arbitral nacional- pues se trata de una inversión protegida, que concede al inversionista el privilegio de ser tratado en un plano de horizontalidad con el Estado.

⁵⁰ Los subsidios cruzados o subvenciones cruzadas se definen como la *"financiación del costo del suministro de ciertos servicios gracias al superávit devengado por otros. En el campo de las telecomunicaciones la expresión "subvención cruzada contraria a la competencia" remite normalmente a la práctica de una empresa dominante consistente en ofrecer en un mercado abierto a la competencia servicios a precios bajos (por ejemplo, por debajo del costo), manteniendo al mismo tiempo su rentabilidad, al imponer precios por encima del costo en otros mercados en los que actúa en régimen de monopolio o la empresa ejerce poder de mercado"* (McCarthy Tétrault; Manual de Reglamentación de las Telecomunicaciones; Banco Mundial, UIT, McCarthy Tétrault; Apéndice; En: www.infodev.org/projects/314regulationhandbook; p. C-16.)

⁵¹ Gaspar Lera señala que *"...un precedente de la aplicación del régimen de arbitraje común a los conflictos que traen causa de relaciones jurídico-administrativas, lo encontramos en el Derecho Comparado. Concretamente en el Derecho norteamericano, surgió a principios de los años 80, un movimiento conocido como Alternative Dispute Resolution (ADR), en virtud del cual se ha venido propugnando la instauración de la negociación en los procedimientos administrativos. Dicho movimiento dio lugar a la aprobación de la Administrative Dispute Resolution Act...cuyo objeto es solventar los conflictos o disputas que pudieran surgir entre el Gobierno Federal y los particulares"*. (Gaspar Lera, Silvia; *El Ámbito de Aplicación del Arbitraje*; Aranzandi; Pamplona; 1998; p 264.)

III.3 Conclusión

Ha quedado demostrado al analizar la Sección 18.04 de los Contratos de Concesión, que el criterio utilizado para distinguir entre lo convencional y lo administrativo es arbitrario pues, los supuestos que dicha Sección califica como contractuales -acceso universal, teléfonos públicos y calidad del servicio- se materializan a través de regulación expedida por OSIPTEL donde, sin duda están en juego el interés público y el *ius imperium* del Estado. La arbitrariedad de dicho criterio obliga, entonces, a plantear dos posibles soluciones extremas e irreconciliables: o todas las discrepancias sobre aspectos regulatorios que afecten alguna o algunas cláusulas de los Contratos de Concesión pueden ser conocidas en sede arbitral, o este fuero no es competente para conocer tema regulatorio alguno. Esta última alternativa debe quedar, sin embargo, descartada, en aplicación del *Principio de Conservación* que, como se ha señalado, exige dar contenido y valor al Convenio Arbitral. Sólo cabe considerar, en consecuencia, que las discrepancias referidas a cualesquiera actos administrativos o reglamentos que incidan en la interpretación de los Contratos de Concesión o que importen su trasgresión, pueden ser conocidas en fuero arbitral. Y esta posición resulta coherente con la naturaleza recíproca del contrato-ley, donde la renuncia del Estado al fuero judicial, constituye una contraprestación por la realización de la inversión, asunto propio, por lo demás, de un sistema de garantías a la inversión, donde la elección del fuero ocupa un lugar central. Es por eso que no interesa, a efectos del sometimiento al fuero arbitral, si los Contratos de Concesión han regulado materias que, como las tarifas, la interconexión, la calidad del servicio o la expansión de la red, son propias, típicas y naturalmente pertenecientes al ámbito de la regulación y del Derecho Público pues, como se ha señalado a lo largo del presente laudo, este fuero no se opone, por su naturaleza, al conocimiento de aspectos relacionados con el *ius imperium* del Estado.

Existen, pues, fundadas razones para sostener la competencia de este Tribunal para conocer las discrepancias planteadas por Telefónica, sin que se considere relevante la presencia del interés público o la naturaleza pública de los actos supuestamente violatorios de los Contratos de Concesión. Y eso no podría ser de otra manera porque los Contratos de Concesión actúan de alguna manera "en espejo" con la ley, los reglamentos y la regulación expedida por OSIPTEL pues, como se ha señalado, dichos contratos remiten a la ley y a la regulación de OSIPTEL (cláusulas 2º y 10º), mientras que la ley remite a los contratos de concesión (artículo 8 de la Ley de Desmonopolización), imponiéndose de esta forma una suerte de equilibrio entre los lógicos, necesarios y permisibles avances de la normativa y de la regulación y las seguridades otorgadas a Telefónica por el Estado de que dicha normativa y regulación, no se apartarán de lo estipulado en los Contratos ni vulnerarán los principios derivados de su naturaleza de contrato-ley. De conformidad con la naturaleza de los Contratos de Concesión, pues, el Estado deberá abstenerse de alterarlos, incluso en el caso de cambios tecnológicos u otros que conviertan a determinadas estipulaciones en innecesarias u obsoletas. Esas son las "garantías" y "seguridades" que el Estado otorgó a

Telefónica como contraprestación por la realización de la inversión y eso obliga al Estado a mantenerlas durante la vigencia de la concesión.

Determinada, entonces, la competencia de este Tribunal, corresponde analizar las pretensiones de la parte demandante.

IV. LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN: MÉTODOS, ORIENTACIÓN Y PONDERACIÓN

Se controvierte en el presente proceso, la correcta interpretación y el significado de la cláusula décima de los Contratos de Concesión y de manera específica, el de sus secciones b), titulada "Contratos de Interconexión" y d) , titulada "Mandato de Interconexión". La interpretación de la Sección b) de los Contratos, deberá sustentar la primera, segunda y tercera pretensiones y la interpretación de la Sección d) deberá sustentar la cuarta y quinta pretensiones. Siendo entonces, la interpretación de los Contratos el núcleo de la presente controversia, se impone efectuar ciertas precisiones referidas al procedimiento de interpretación y a la metodología propia del mismo, así como al significado e importancia que este Tribunal otorga a la "ponderación", en tanto que método orientado a valores, que complementa adecuadamente la interpretación tradicional y que satisface plenamente la exigencia contenida en los incisos 4º y 5º del Artículo 50 de la Ley General de Arbitraje, concordado con el inciso 5º del artículo 139 de la Constitución Política del Perú.

Señala la doctrina que para interpretar el sentido y los alcances de un contrato, existen tres principios rectores, a saber: (i) el principio de búsqueda de la voluntad real, según el cual, *"la interpretación debe orientarse, en primer lugar, a indagar y encontrar la verdadera voluntad de las partes contratantes"*; (ii) el principio de conservación del contrato, que, como se ha señalado, opta por su conservación; (iii) el principio de la buena fe, según el cual *"el sentido que se... atribuya (al contrato) sea el más conforme para llegar a un desenvolvimiento leal de las relaciones contractuales y para llegar a las consecuencias contractuales exigidas conforme a las normas éticas"*. Señala asimismo la doctrina que dichos principios deben ser aplicados conjuntamente con ciertos métodos de interpretación, entre los cuales interesan (i) la interpretación gramatical, según la cual, debe estarse *"al sentido literal cuando los términos sean claros y no dejen dudas sobre la intención"*⁵²; (ii) la interpretación sistemática, según la cual *"las cláusulas de un contrato se deben interpretar las unas por medio de las otras"* (artículo 169 del Código Civil); (iii) la interpretación histórica, según la cual *"el intérprete debe valorar la situación jurídica, económica o social en que se encontraban las partes en el momento de celebrar el contrato, la manera como el contrato fue elaborado (trabajos preparatorios) y la conducta posterior seguida por las partes"*; y (iv) la interpretación finalista y, en particular, su función económica y social, entendiéndose por tal *"el resultado práctico empírico propuesto por el tipo*

⁵² Ibídem; p.265.

*contractual genérico y propuesto también por las partes contratantes. Esto significa que todas las manifestaciones contractuales se encuentran dirigidas a la obtención de este resultado empírico y que, por tanto, deben ser interpretadas para la obtención del resultado.*⁵³

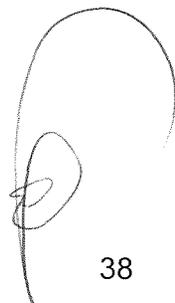
Pero, la particularidad del presente caso es que Telefónica ha cuestionado ciertas medidas regulatorias expedidas por OSIPTEL, considerándolas vulneratorias de los Contratos de Concesión. Dichas medidas fueron expedidas como resultado de una actividad relativamente nueva para el sistema jurídico peruano -la regulación- que es distinta a la actividad administrativa tradicional y que, en general, tiene más de discrecional que de reglada, lo que significa que el Estado "... *actúa con mayor libertad, su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir*"⁵⁴. La regulación supone un nuevo estilo de accionar burocrático, más gerencial que administrativo, donde el regulador -cuyo rol es promover la competencia y asegurar que el servicio llegue a la mayor parte de la población- actúa con total independencia y flexibilidad, asumiendo un deber, tanto frente a los usuarios -conseguir lo mejor para ellos en términos de calidad y precio del servicio- cuanto frente a las operadoras: permitir la explotación rentable del servicio público. Por ello, los reguladores negocian arbitran, median, imponen, resuelven y toman decisiones en función de las circunstancias, valiéndose muchas veces de incentivos y otras estrategias si es que no logran resultados a través de la imposición de pautas de comportamiento. Y eso exige a este Tribunal una labor que va más allá de la pura búsqueda de la "común intención de las partes" y de la subsunción de la conducta de la reguladora en la norma supuestamente incumplida, pues la actuación discrecional del Estado se orienta más por principios que por normas específicas, lo que relativiza en cierta forma el valor de la interpretación y de la subsunción. Y entonces, corresponderá al Tribunal valorar las conductas mediante la ponderación de los intereses y valores en conflicto, y, elegir entre ellos, en caso de enfrentamiento de principios igualmente válidos, elegir entre ellos atendiendo a las circunstancias del caso. La ponderación pues, como "... *forma de decidir.....(donde)un órgano....debe adoptar una decisión en la que ha de tener en cuenta dos o más principios, bienes, valores, intereses, eventuales perjuicios, etc. contrapuestos..... (y donde habrá de decidir), atendiendo a las circunstancias concretas concurrentes*"⁵⁵ es una herramienta indispensable para el análisis, apreciación y valoración del presente caso.

Este Tribunal se propone, entonces, interpretar los Contratos de Concesión utilizando todos los conceptos hermenéuticos tradicionales, aunque evaluando y sopesando el conflicto entre principios y valores, a través del señalado método de ponderación.

⁵³ Díez Picazo, Luis; op. cit.; p.261-262.

⁵⁴ Marienhoff, Miguel; op. cit.; Tomo I; p. 99.

⁵⁵ Ibidem; p. 9-10-12.



V. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL; PRETENSIONES ACCESORIAS A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE TELEFÓNICA

V.1 Las pretensiones

Como se ha adelantado, las pretensiones de Telefónica son las siguientes:

Primera pretensión principal: *"que el Tribunal Arbitral declare que OSIPTEL, en su condición de parte obligada en los Contratos de Concesión ha incumplido lo dispuesto en dichos Contratos en lo que se refiere al establecimiento de los cargos de interconexión, al fijar los cargos de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local en US\$ 0.0168 por minuto tasado al segundo y en US\$ 0.01400 por minuto tasado al segundo, que no cubrirían los costos de Telefónica y no le retribuirían con un margen de utilizad razonable"*

Primera pretensión accesoria a la primera principal: *"que se declare que los cargos para la terminación de llamadas en la red fija local, establecidos por OSIPTEL en US\$ 0.0168 y US\$ 0.014 son inaplicables a Telefónica"*

Segunda pretensión accesoria a la primera principal: *"se disponga que la aplicación del cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para terminación de llamadas en la red fija local es de US\$ 0.029 por minuto tasado al minuto, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 018-98 CD/OSIPTEL hasta el 1 de junio de 2001 y que el Tribunal Arbitral declare que sean considerados pagos a cuenta los pagos de cargo de terminación en la red fija efectuados por los operadores interconectados con Telefónica a partir de enero de 2001 hasta el 1 de junio de 2001;*

Tercera pretensión accesoria a la primera principal: *"que el Tribunal Arbitral disponga la aplicación a partir del 02 de junio del año en curso hasta diciembre de 2002 del cargo de interconexión tope promedio ponderado por minuto de tráfico eficaz para la terminación de llamadas en la red fija local de US\$ 0.01715 por minuto tasado al minuto y que, como consecuencia, el Tribunal Arbitral declare que sean considerados pagos a cuenta, los pagos de los cargos de terminación en la red fija efectuados por los operadores interconectados con Telefónica, a partir del 2 de junio de 2001 hasta que quede establecido el cargo solicitado por Telefónica por decisión del Tribunal Arbitral, según costos históricos"*

Segunda pretensión principal: *"que el Tribunal declare que la metodología de costos incrementales a largo plazo o método de empresa eficiente no es aplicable a Telefónica para la fijación de los cargos de interconexión"*

V.2 Fundamentos expresados por Telefónica

Como fundamentos de la primera pretensión principal; de las subordinadas y de la segunda pretensión, Telefónica señala lo siguiente:

(i) que la Sección 10.01 b) de los Contratos de Concesión contiene la previsión contractual respecto de los niveles de los cargos de interconexión;

(ii) que los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones aprobado por Decreto Supremo 020-98-MTC (en adelante los Lineamientos de Apertura) han establecido que el Estado debe brindar un marco regulatorio que permita a todas las empresas eficientes-entrantes recuperar costos y generar márgenes razonables de utilidad;

(iii) que el cargo de terminación previsto en la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTTEL de US\$ 0.029 por minuto tasado al minuto (i) respondía a la realidad del Perú; (ii) cumplía con el numeral 45° de los Lineamientos de Apertura, pues fue fijado con anticipación; (iii) cumplía con la exigencia de la cláusula 10.01 b) de los Contratos de Concesión porque retribuía adecuadamente los costos de Telefónica y establecía un margen de utilidad razonable; (iv) garantizaba el equilibrio económico del Contrato; (iv) fue aceptado por los operadores entrantes; y (v) debió estar vigente hasta el 1 de junio de 2001;

(iv) que el Contrato de Bellsouth, en el que se pactó que el cargo de terminación sería de US\$ 0.01732 por minuto, era exclusivo para la ciudad de Lima y obedecía a la cantidad de tráfico que genera Lima Metropolitana y al tráfico balanceado entre el tráfico entrante y saliente de ambas redes. Se previó asimismo que la expansión de la red de Bellsouth sería de 5%;

(v) que el Mandato AT&T también se limitaba al tráfico que se cursaría en las ciudades de Lima y Callao. No obstante, dicho Mandato incluyó un cuadro de reducción en los cargos de terminación, sin habérselo comunicado previamente a Telefónica; sin prepublicación y obedeciendo a la influencia que las empresas norteamericanas AT&T y Bellsouth ejercieron sobre OSIPTTEL;

(vi) que tomando como referencia el cargo de terminación previsto en el Mandato AT&T, OSIPTTEL⁵⁶ reajustó el cargo de terminación a US\$ 0.0168 por minuto tasado al segundo para todo el país, olvidando que hasta el 1 de junio de 2001, el cargo vigente era de US\$ 0.029 por minuto tasado al minuto;

(vii) que con el cargo de US\$ 0.0168, pierde sentido el área por departamentos prevista en los Lineamientos de Apertura; no se considera que en el Perú, el área local es de 53,000 km²; se desconoce las diferencias entre terminar la llamada en Lima y hacerlo en el resto del Perú pues el mayor tráfico se genera en Lima; la concentración de la población es de 32% en Lima y el 66% de los abonados; el 40% de llamadas son de larga distancia nacional y el 80% de las llamadas son de larga distancia internacional y que, incluso en Lima, los distritos de San Isidro y Miraflores son los más rentables. Si se hubiera previsto que la apertura del mercado sería sólo en Lima, el modelo debió ser distinto;

(viii) que el cargo de terminación establecido por OSIPTTEL altera el equilibrio de los Contratos de Concesión, porque Telefónica tiene obligaciones y exigencias que no tienen otros operadores tales como mantener el servicio, respetar

⁵⁶ Mediante Resolución 061-2000-CD/OSIPTTEL publicada el 4 de diciembre de 2000.

determinados niveles de calidad, atender a 1500 centros poblados rurales con 0% de rentabilidad, entre otras;

(ix) que el cargo de terminación fijado posteriormente en US\$ 0.0140 mediante Resolución 029-2001-CD/OSIPTEL, no está sustentado en un estudio de costos sino en una comparación internacional o *benchmarking* y que OSIPTEL había rechazado el estudio de costos presentado por Telefónica porque, según sostuvo, dicho estudio no cumpliría con lo establecido en los artículos 13, 14 y 15 del Reglamento de Interconexión aprobado mediante Resolución N° 001-98-CD/OSIPTEL (en adelante, Reglamento de Interconexión);

(x) que la cláusula 10.01 b) de los Contratos de Concesión y el Lineamiento de Apertura N° 44 hacen referencia a "costos" y éstos deben ser los costos reales en que incurrió la empresa, es decir, los costos según los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y no los costos incrementales como pretende OSIPTEL. Ello, además, porque en la cláusula 8.13 de los Contratos de Concesión se estipula que Telefónica debe llevar su contabilidad según los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y esa información debe ser tomada en cuenta para calcular los cargos de interconexión;

(xi) que ninguna norma legal vigente al momento de suscribir los Contratos de Concesión, establecía la metodología para determinar los cargos de interconexión;

(xii) que OSIPTEL trasgredió los Lineamientos de Apertura porque redujo los cargos unilateralmente en enero de 2001 antes de culminar con la primera etapa del cálculo de costos y no aplicó la información presentada por las empresas vulnerando con ello los artículos 16 y 17 del Reglamento de Interconexión;

(xiii) que existen antecedentes que sustentan la aplicación de los costos reales o históricos para la fijación del cargo de terminación. Estos son: la resolución del Octavo Distrito Judicial de Estados Unidos de América que señala que los costos deben ser los costos reales, es decir costos históricos y la recomendación de la UIT según la cual, América Latina debe desechar la metodología de los costos incrementales y aplicar una metodología que se ajusten a la realidad de cada país;

(xiv) que en el arbitraje de Telefónica y OSIPTEL, sobre el sistema de contabilidad aplicable, se llegó a una transacción y OSIPTEL aceptó que la metodología sería la de costos históricos, que es la utilizada por NERA;

(xv) que no hay prestaciones equivalentes entre llamadas de larga distancia y llamadas locales por el nivel de tráfico. Lo que hace OSIPTEL es promover la aplicación de prestaciones equivalentes para relaciones no equivalentes;

(xvi) que en aplicación de la Resolución 018-98-CD/OSIPTEL, el proceso se encuentra en la segunda etapa para la fijación de cargos y la metodología aplicable es la que utilizó Telefónica en el estudio de costos que presentó a OSIPTEL.

V.3 Fundamentos expresados por OSIPTEL

Sostiene OSIPTEL lo siguiente:

(i) que la Sección 10.01 b) se refiere a "costos" y no a "costos históricos". La única referencia a los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados está contenida en la cláusula 8.13 de los Contratos de Concesión sobre separación contable de la empresa. A diferencia de los cargos de interconexión que es una regulación ex-ante, la separación contable es una regulación ex post que, aunque también pretende evitar conductas anticompetitivas, responde a objetivos distintos;

(ii) que la obligación de llevar contabilidad separada busca evitar que una empresa regulada realice subvenciones cruzadas trasladando los ingresos obtenidos en un mercado para subvencionar a otro mercado menos rentable con el resultado de restringir o eliminar la competencia en este mercado. Esta forma de regulación ex-post es aceptada en la doctrina y es independiente de la regulación sobre cargos de interconexión;

(iii) que la resolución del Octavo Circuito en Estados Unidos de América, no es un fallo firme pues fue impugnada por el Departamento de Estado de Estados Unidos de América⁵⁷;

(iv) que la Resolución del Octavo Circuito establece que la ley norteamericana se refiere únicamente a "costos"; que la definición de tal término corresponde a la Federal Communications Commission (FCC); que dicha sentencia se pronuncia contra el uso de una red hipotética como criterio incluido dentro de la definición de costos utilizada por la Ley de Telecomunicaciones norteamericana; y que dicha sentencia declara que el método de costos incrementales, incluyendo su variante TELRIC es un método aceptado;

(v) que la legislación vigente al momento de suscribir los Contratos de Concesión establecía que OSIPTEL es competente para definir, entre otros, el aspecto económico de la interconexión. A nivel internacional, se reconoce la potestad de las autoridades reguladoras para determinar la metodología de cálculo de costos de interconexión;

(vi) que si los Contratos de Concesión hubiesen querido que el método aplicable fuera el de costo histórico lo hubieran establecido, tal como ocurrió en la Sección 8.13, que se refiere concretamente a los Principios de Contabilidad y con ello a los costos históricos. En el mismo sentido, si los Contratos de Concesión hubieran querido privar a OSIPTEL de la facultad de definir la metodología para calcular los costos de interconexión, se habría hecho una referencia expresa en ese sentido;

⁵⁷ La resolución emitida por la Corte Suprema fue adjuntada por OSIPTEL durante el curso del proceso.

(vii) que de conformidad con el marco regulatorio vigente, en la primera etapa de fijación de los costos de interconexión y debido a la falta de información sobre costos, los cargos debían calcularse en base a la comparación internacional que reflejara las mejores prácticas de la región, complementándolos con la información de costos de una empresa modelo eficiente. Durante la segunda etapa, los cargos deberían estar en función de los costos de la empresa a la que se solicita la interconexión, complementados con el modelo de una empresa eficiente. Y el modelo de cargos basados en costos se sustenta en el hecho que las tarifas han sido rebalanceadas;

(viii) que en la comparación internacional se utilizaron criterios tales como la exclusión de impuestos, la exclusión de otros cargos como el de acceso universal o por déficit de acceso, la aplicación de áreas locales con características similares a las del país, se utilizó un tipo de cambio que fuera un promedio representativo; con corrección por distribución local del tráfico, con tasación al segundo y consideración del minuto de inicio de llamada, criterios que fueron explicados en detalle en el escrito de contestación a la demanda;

(ix) que en febrero de 1999, OSIPTEL presentó públicamente los resultados del estudio preparado por SPR en el que se aplicó el método del costo incremental a largo plazo en una red eficiente, agregando la contribución a los costos comunes y un margen de utilidad razonable. Sobre la base del informe de SPR, OSIPTEL estimó los costos de interconexión sensitivos al tráfico y determinó los cargos de interconexión;

(x) que con fecha 30 de mayo de 2001 se publicó el proyecto que fijaba el cargo de interconexión tope de US\$ 0.0140 y el 14 de junio de 2001 Telefónica presentó sus comentarios referidos principalmente a la comparación internacional, a la metodología utilizada por SPR y al modelo desarrollado por Telefónica para el cálculo de cargos. OSIPTEL analizó en su contestación a la demanda, cada uno de los tres aspectos;

(xi) que Telefónica no cumplió con presentar su estudio de costos utilizando la metodología de costos incrementales a largo plazo, pues de haberlo presentado, éste hubiera sido tomado en cuenta en el momento en que se efectuó el cálculo;

(xii) que Telefónica contaba con el informe de SPR desde febrero de 1999 y recién el 19 de diciembre de 2001 presentó sus comentarios sobre la valorización de los equipos de conmutación, transmisión, señalización y soporte efectuado por SPR;

(xiii) que teniendo en cuenta las facilidades de red involucradas en la interconexión, no existe justificación, desde el punto de vista económico, para diferenciar los cargos de terminación de llamada en una misma red dentro una misma área local (departamento);

(xiv) que si Telefónica considera que el cargo de terminación en Lima es de US\$ 0.0168 por minuto, debió sustentar ante el Tribunal su justificación de costos

según la regulación vigente, es decir utilizando costos incrementales a largo plazo. Lejos de hacer tal sustento, con fecha 15 de febrero de 2002 Telefónica suscribió un contrato de interconexión con GTH fijando un cargo de US\$ 0.0140 por minuto tasado al segundo;

(xv) que los Contratos de Concesión no establecen restricciones para que OSIPTEL determine el período de la vigencia de los cargos de interconexión. La fijación de los cargos y su modificación es una facultad del regulador y por tanto, utilizando una norma del mismo rango -Resolución del Consejo Directivo-, podía establecer el cargo aplicable desde el 1 de enero de 2001;

Los fundamentos de hecho y de derecho expresados por las partes, obligan a interpretar la Sección 10.01, b), a fin de determinar el significado del término "costos"; y determinado dicho significado, a establecer si los montos establecidos en dichos cargos de interconexión impiden a Telefónica recuperar costos, contribución a costos comunes y un margen de utilidad razonable.

V.4 Interpretación de la Sección 10.01 b) de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión

El texto de la Sección 10.01 de la cláusula 10 es el siguiente:

"CLAUSULA 10

Interconexión y numeración

Sección 10.01: Obligación de la EMPRESA CONCESIONARIA de interconectarse con prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES

(a) Obligación de Interconexión: Si la EMPRESA CONCESIONARIA recibe una solicitud de interconexión con otro prestador de SERVICIO PORTADOR o SERVICIO FINAL que tiene concesión o autorización vigente, la EMPRESA CONCESIONARIA estará obligada a interconectar su RED TELEFÓNICA PÚBLICA con la red del otro operador, de acuerdo con los principios de neutralidad, no discriminación e igualdad de acceso, conforme a los términos y condiciones acordados de buena fe entre ellos....

(b) Contratos de Interconexión: Todos los contratos de interconexión entre la EMPRESA CONCESIONARIA y otros prestadores de SERVICIOS PORTADORES y SERVICIOS FINALES aplicables, serán por escrito de acuerdo con (i) la LEY DE TELECOMUNICACIONES y otros reglamentos promulgados de acuerdo a dicha ley; (ii) los reglamentos emitidos por OSIPTEL; y (iii) los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso e iguales términos y condiciones. Los cargos de interconexión serán establecidos de acuerdo con cada tipo de SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES y deberá incluir el costo de interconexión, contribuciones a los costos totales del prestador del SERVICIO LOCAL y un margen de utilidad razonable.

(c) Aprobación de Contratos de Interconexión. La EMPRESA CONCESIONARIA presentará a OSIPTEL, para su aprobación, cada contrato de interconexión que pretenda celebrar, al menos treinticinco (35) días hábiles antes de la FECHA EFECTIVA propuesta para tal contrato. OSIPTEL podrá solicitar a la EMPRESA CONCESIONARIA y a los otros operadores cualquier información adicional que estime necesaria a fin de evaluar los términos, condiciones y los cargos establecidos en el contrato de interconexión propuesto. El plazo dentro del cual OSIPTEL deberá pronunciarse

será determinado para cada SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES a ser interconectado, en el reglamento que para este efecto expida el OSIPTEL. La aprobación o desaprobación del contrato de interconexión será por escrito.

(d) Mandato de Interconexión: Si la EMPRESA CONCESIONARIA y el otro operador no logran acordar condiciones justas y equitativas para hacer la interconexión, OSIPTEL, a solicitud de una de las partes o de ambas, emitirá un Mandato de Interconexión que establezca las condiciones de interconexión aplicables, incluyendo los cargos de interconexión, de acuerdo a lo establecido en el párrafo (b) anterior. La solicitud o solicitudes serán presentadas junto con la información y demás documentación que sea necesaria para justificar la solicitud. Antes de emitir un Mandato de interconexión, OSIPTEL presentará una propuesta de Mandato de interconexión a la EMPRESA CONCESIONARIA y al otro operador junto con una notificación especificando el período dentro del cual la EMPRESA CONCESIONARIA y el otro operador podrán formular comentarios u objeciones por escrito. Dicho período no podrá ser inferior a veinte (20) días hábiles a partir de la fecha de recepción de la notificación. OSIPTEL emitirá el Mandato de Interconexión y lo hará saber por escrito a la EMPRESA CONCESIONARIA y al otro operador dentro del plazo que para cada SERVICIO DE TELECOMUNICACIONES a ser interconectado, se establezca en el Reglamento que para ese efecto expida el OSIPTEL. El Mandato de Interconexión será publicado en el diario oficial "El Peruano".

Como se ha señalado en los Antecedentes del presente laudo, la discrepancia entre las partes radica en el significado del término "costos", incluido en la Sección 10.01 b). Para Telefónica, "costos" significa "costos históricos", mientras que para OSIPTEL, los Contrato no han definido dicho término, correspondiendo dicha tarea al regulador a quien, además, le corresponde optar por la metodología más apropiada para su determinación.

Para entender el sentido del término "costos", es necesario, en primer lugar, recurrir a la interpretación literal. El Diccionario de la Real Academia, define "costo" como "cantidad que se da o se paga por algo"⁵⁸. Esa es la interpretación coloquial de la palabra, aunque el término tiene diversas acepciones. En el terreno de la economía, por ejemplo, la palabra "costo" viene ligada a expresiones tales como "costo de oportunidad", "costo fijo", "costo hundido", "costo variable", "costo común", "costo compartido" y "costo marginal" y cada combinación tiene un significado totalmente distinto. En el ámbito de las telecomunicaciones, existen diversas acepciones de la palabra "costos", tales como "costo asignado", "costo medio", "costo evitable", "costo común", "costo directo", "costo fijo", "costo incremental", "costo conjunto", "costo incremental a largo plazo", "costo marginal", "costo puntual", "costo total" o "costo variable"⁵⁹, acepciones que se agrupan en tres grandes categorías: "costos de contabilidad" o costos históricos, que se centran en el registro de los gastos en que ha incurrido realmente el operador, cuya fuente es la contabilidad financiera de la empresa; "costos de ingeniería", que están relacionados con las decisiones de gestión futuras, evaluándose distintas formas de cumplir un objetivo específico, tales como la dotación de cierta cantidad de capacidad; y "costos económicos", que están principalmente relacionados con las decisiones futuras de gestión⁶⁰.

⁵⁸ Real Academia Española; *Diccionario de la Lengua Española*; Vigésima Segunda Edición; Tomo 4; p. 456

⁵⁹ McCarthy Tétrault; op.cit.; p. B-14;

⁶⁰ *Ibidem*; p. B-14;

De otro lado, ninguna de las partes ha aportado pruebas relativas a tratativas, proyectos, borradores, minutas, etc. que puedan dar luz sobre el sentido que pretendieron atribuir a la palabra "costos". Asimismo, en 1994, año en que se celebraron los Contratos de Concesión, la interconexión y su problemática, incluyendo la relativa a sus costos, si bien formaba parte de la agenda de los países en proceso de privatización, no era un tema que ocupaba la atención prioritaria de los reguladores, pues recién se creaba el modelo de gestión privada de redes. Y eso fue así en el Perú, donde incluso se optó por mantener la situación de monopolio de Telefónica por un plazo de 5 años, estableciendo el así llamado "período de concurrencia limitada" y posponiéndose, con ello, el tema de la interconexión. Tampoco se produjeron debates o audiencias sobre el tema ni hubo polémica alguna, precisamente por tratarse de un aspecto que, a pesar de ser conocido e incluso aplicado en algunos países del mundo, estaba poco desarrollado y no era inminente debido a la imposición del señalado período de concurrencia limitada⁶¹. Las circunstancias existentes en el año 1994, pues, son indicativas de que ninguna de las partes se planteó la problemática de la interconexión en el contexto de un mercado abierto, no sólo por tratarse de un tema que, aunque conocido, estaba poco desarrollado sino porque existía un horizonte de cinco años que permitía posponerlo y dar prioridad a aspectos en ese momento más importantes, tales como el rebalanceo tarifario o el acceso universal.

Señala, sin embargo Telefónica que, en realidad, los costos históricos sí fueron considerados en los Contratos de Concesión, pues éstos establecen en la Sección 8.13 que la implantación del sistema de contabilidad separada debe hacerse de acuerdo a los Principios de Contabilidad Separada Generalmente Aceptados en el Perú, que, como se sabe, parten de los "costos históricos". Según Telefónica, si los Contratos previeron para el tema de contabilidad separada la aplicación de los costos históricos, igual regla debe aplicar al caso de los costos de interconexión, en aplicación del método sistemático de interpretación. Dicha interpretación podría ser técnicamente correcta, pero este Tribunal no la comparte, dado que, si bien en ambos casos se trata de medidas regulatorias dirigidas a fomentar la competencia, la diferencia ontológica entre los dos procedimientos es clara: el de contabilidad separada ordena la separación de cuentas para evitar que la empresa recurra a subsidios cruzados, sin que interese en particular, cómo se consignan los costos, siempre que se haga de manera homogénea, mientras que en el procedimiento de cargos de interconexión, se pretende impedir la imposición de barreras de entrada mediante la fijación de un cargo desproporcionadamente alto, interesando –ahí sí– tal distinción. El hecho, entonces, que una cláusula haya previsto de manera implícita un cierto concepto y una determinada metodología, no significa que, por interpretación sistemática, dicha previsión deba ser trasladada de manera automática a otra, pues para ello, las situaciones deben ser

⁶¹ Obsérvese, por ejemplo, que el Reino Unido, país que abrió el mercado de telecomunicaciones a la competencia en el año 1980, recién optó por el sistema de costos incrementales de largo plazo en el año 1993.

equivalentes. Y no siéndolo, debe entenderse que la estipulación contenida en la cláusula 8.13, no es extensivamente aplicable a los costos de interconexión.

Apelando también al método sistemático de interpretación, señala Telefónica que los cargos de interconexión para la terminación de llamadas de larga distancia nacional e internacional contenidos en el Anexo 3 del Contrato de Concesión celebrado con ENTEL PERU, fueron establecidos a partir de la metodología de costos históricos y, entonces, dicha metodología aparece en los Contratos y debe ser extendida a la cláusula 10 bajo análisis. Este Tribunal no acoge, sin embargo, tal planteamiento en razón de que el Anexo 3 no señala cuál ha sido la metodología empleada para establecer los costos de interconexión ni mucho menos contiene una referencia explícita a costos históricos. Asimismo, el encabezamiento de dicho anexo indica que se trata de un acuerdo temporal, lo que lleva a pensar, más bien, que, eventualmente, las partes pospusieron explícitamente la definición de tal aspecto con el objeto de modificarlo más adelante.

Como puede apreciarse, a partir de la utilización de los elementos literal, histórico y sistemático, es difícil reconstruir la "verdadera voluntad de las partes contratantes". No obstante, una interpretación finalista y objetiva de los Contratos sugeriría que, para el Estado, el término "costos" debía (y debe) ser entendido en el contexto de la interconexión, cuya función facilitadora de la competencia era y es admitida sin discusión. En efecto, diversas normas constitucionales y legales (artículo 61 de la Constitución y 2 de la Ley de Telecomunicaciones⁶²), vigentes en el momento de celebración de los Contratos de Concesión, habían establecido que el Estado fomenta la competencia⁶³ principio que, trasladado al ámbito de las

⁶² El artículo 61 de la Constitución establece que "el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. ..." (subrayado agregado) y el artículo 2 de la Ley de Telecomunicaciones establece que "Declárese de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, dentro del marco de la libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente ley." (subrayado agregado)

⁶³ La competencia económica puede definirse como "aquella situación en la que todos los agentes económicos tienen las mismas posibilidades de actuar, ofreciendo sus productos o servicios en el mercado, en un contexto de libertad en que es mínima la intervención del Estado o simplemente, la concurrencia de varios oferentes al mismo mercado" (Ceppi de Riccheri, Isabel; *Reflexiones sobre la competencia*; En: <http://www.salvador.edu.ar/ua1-4-5e-cep.htm>). En un entorno competitivo, son los usuarios o consumidores quienes, a través de sus elecciones de consumo, determinan el éxito o fracaso de los proveedores y por tanto, éstos se esforzarán en ofrecer los productos y servicios en las condiciones que permitan lograr su preferencia. Por ello se dice que "la competencia realiza una función social importante, en cuanto que se pretende que el sistema económico esté regido por la soberanía del consumidor, para una más adecuada satisfacción de las necesidades sociales de bienes y servicios" (subrayado agregado) (Baylos Corroza, Hermenegildo; *Tratado de Derecho Industrial*; Civitas; Madrid; 1978; p.232). "Si los mercados son abiertos y funcionan sin obstáculos, la teoría predice que se obtendrán "precios eficientes" que aumentan al máximo al bienestar social" (Ibidem; p. 232). Se explica entonces que el Estado fomente la competencia, pues ésta permitirá una asignación de recursos más eficiente, beneficiando a los consumidores o usuarios quienes podrán acceder a una gama más amplia de productos y servicios y a mejores precios.

telecomunicaciones, imponía el ingreso de todos los operadores a la red - monopólica por naturaleza- a fin de que compartieran la infraestructura existente, de manera que se alcanzaran economías de escala debido a un uso intensivo de la misma, permitiéndose simultáneamente la competencia y la interoperatividad de los servicios⁶⁴. Puede entonces asumirse que la intención del Estado no podía ser otra que la de atribuir a la palabra "costos" un significado compatible con la razón de ser de la interconexión, es decir, con la competencia. En cuanto a la voluntad de Telefónica, ésta es más difícil de reconstruir debido a su natural y legítima intención de obtener el mayor beneficio económico como producto de la explotación del servicio de telecomunicaciones. No obstante, dicha intención no podía (ni puede) convertirse en una imposición de barreras de entrada, pues ello supondría una actuación de mala fe por su parte. Puede decirse por eso que Telefónica conocía el significado de la interconexión como mecanismo de fomento de la competencia, así como la importancia del aspecto económico de la misma y podía intuir que la intención del Estado era, precisamente, regular los cargos orientándose a crear competencia. No escapa de todas formas al Tribunal la consideración de que Telefónica era una operadora en actividad en el momento de la celebración de los Contratos, por lo que difícilmente podía desconocer la finalidad de una cláusula de interconexión ni tampoco su vinculación con la competencia.

No puede, sin embargo decirse, que exista un vacío contractual en relación al significado del término "costos" pues la Sección 10.01 b) remitió expresamente a "...los reglamentos emitidos por OSIPTEL" reglamentos inexistentes en ese momento, dado que la primera norma que trató orgánicamente el tema –el Reglamento de Interconexión- apareció recién en el año 1998. Por ello, la remisión por la Sección 10.01 b) a futuros reglamentos, no puede sino significar que las partes reconocieron que OSIPTEL regularía la interconexión mediante la expedición de ciertos reglamentos a los que se sujetarían los contratos de interconexión, con la obligación de respetar los Contratos de Concesión en lo referido a la inclusión del costo, contribución a los costos totales y margen de utilidad razonable al determinar el cargo. Y la remisión a futuros reglamentos expedidos por OSIPTEL era, además, compatible con la normativa vigente en ese momento, que le asignaba la potestad de expedir regulación sobre el tema, como el artículo 8 de la Ley de Desmonopolización, que establece que "*las funciones de*

⁶⁴ En el ámbito de las telecomunicaciones, rige el principio de "Unidad Funcional de Red" o "Interoperatividad de Servicios" según el cual, todos los servicios de telecomunicaciones deben funcionar de manera integrada, de modo que los usuarios suscritos a un operador puedan comunicarse con los usuarios suscritos a otro, sin que para ello deban ser clientes de la totalidad de operadores. No obstante, las telecomunicaciones son una industria que se caracteriza por la existencia de externalidades de red, lo que significa que el beneficio de un usuario depende del número de usuarios conectados a la red y por lo mismo, cuanto mayor sea el número de usuarios de una red, mayores serán las economías de escala que se puedan realizar para cubrir los costos comunes de la prestación del servicio. Caracteriza asimismo a esta industria que los costos de capital invertidos o hundidos son altos y por tanto, es económicamente ineficiente duplicar la infraestructura de red. Ello hace necesario que todos los operadores ingresen a la red y compartan la infraestructura existente, de manera que, manteniendo las economías de escala, se logre la competencia y la interoperatividad de los servicios.

OSIPTEL son, entre otras, ...g) las relacionadas con la interconexión de servicios en sus aspectos técnicos y económicos” o como el artículo 72 de la Ley de Telecomunicaciones que establecía que “El Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, en base a los principios de neutralidad e igualdad de acceso, establecerá las normas a que deben sujetarse los convenios de interconexión de empresas. Estas normas son obligatorias y su cumplimiento es de orden público”. (subrayado agregado). Hubo, pues, una remisión a la normativa vigente por los Contratos de Concesión, por lo que puede concluirse que tal normativa fue implícitamente incorporada a su texto, aunque con la obligación de OSIPTEL de calcular el cargo considerando los costos, la contribución a costos totales y un margen de utilidad razonable.

Y en concordancia con la normativa vigente en el momento de celebrarse los Contratos de Concesión (y con los Contratos mismos) y dentro de la lógica de fomentar la competencia, se expidió el Reglamento de Interconexión, que reguló de manera integral -y en detalle- el tema de la interconexión. En relación a la definición del término “costos”, el artículo 14 estableció que “para los fines del presente Reglamento, se entiende que son costos de interconexión los incurridos en brindar la instalación para la interconexión y que son directamente atribuibles a la misma. El costo de la interconexión para cada instalación se define como la diferencia en los costos totales que incluyen la instalación determinada y los costos totales que excluyen dicha instalación, dividida por la capacidad de la instalación...”. (subrayado agregado). Asimismo, el artículo 15 estableció los principios básicos de dicha determinación, señalando que “a. los costos de interconexión incluirán únicamente los costos asociados a las instalaciones y activos necesarios para la interconexión;...d. los costos de interconexión incluirán los de planeamiento, suministro, operación y conservación de la infraestructura necesaria. No se incluirán costos de modernización o mejora de la red, salvo que se hubiese tenido que incurrir en ellos para efectuar la interconexión...e. no forman parte de los costos de interconexión, aquellos en los que el concesionario u otros operadores vinculados directa o indirectamente incurran o hayan incurrido, que no estén relacionados directamente con la proporción de acceso a la instalación...” A partir de las normas citadas, pues, por “costo” de interconexión debía entenderse el monto adicional en que incurre la empresa para otorgar la interconexión y que es directamente atribuible a ésta –“costo incremental”- el mismo que puede ser calculado utilizando fuentes de información distintas, -pasadas o proyectadas- y a través de diversas metodologías. Y la metodología por la que se optó fue prevista en el propio artículo 14 del Reglamento de Interconexión, que estableció que “...para el cálculo de los costos de interconexión deberá considerarse: (i) el uso de las tecnologías más eficientes disponibles en el mercado en el momento de efectuar el cálculo de dichos costos; (ii) un horizonte de tiempo suficiente para que la capacidad se ajuste a los niveles esperados de demanda; (iii) la identificación de los tipos o categorías de costos que se incorporarán en el horizonte de análisis”, definición que corresponde a la metodología de costos incrementales de largo plazo. Todo ello fue explicitado en la Exposición de Motivos de la prepublicación que dio origen al Reglamento, que señalaba que “los artículos 14 y 15 del Reglamento de Interconexión hacen

reposar el concepto de cargos de interconexión o de acceso en la noción de costos incrementales de largo plazo (CILP), que, si bien se encuentran técnicamente definidos en el segundo de los dispositivos mencionados, pueden ser entendidos, en sentido lato, como las variaciones de costos que se producen en una empresa como consecuencia de generar una unidad o servicio adicional. (...) La adopción del concepto de costos incrementales de largo plazo asume sentido económica, jurídica y lógicamente, en tanto precisa la lata concepción de "costos" a que alude el inciso 6º del artículo 109 del Reglamento General del TUO al referirse a los cargos de interconexión..." (subrayado agregado).⁶⁵

Al haber, entonces, precisado el Reglamento de Interconexión el significado del término "costos" y la metodología para calcularlos, los Contratos de Concesión quedaron inmediatamente aclarados, entendiéndose que el regulador optó por un cierto significado y por una cierta metodología: la de costos incrementales de largo plazo⁶⁶.

Ahora bien; se ha señalado que la fijación de cargos por parte de OSIPTEL puede ser cuestionada por Telefónica en el fuero arbitral. Subsiste, sin embargo, la pregunta sobre los alcances de dicho cuestionamiento, es decir, si Telefónica debe limitarse a cuestionar los resultados del cálculo del cargo o si puede cuestionar, tanto los resultados como la metodología empleada para llegar a los mismos. La pregunta es compleja y ha merecido respuestas de diversa índole por parte de la normativa, la doctrina y la jurisprudencia de otros países. En este aspecto, este Tribunal aprecia el valor y la razonabilidad de los criterios establecidos en la jurisprudencia norteamericana invocada por ambas partes en el presente proceso, la que, a partir de la regla de lo "justo y lo razonable", ha establecido que los cargos que imponga el regulador, no pueden llevar a resultados arbitrarios ni ser confiscatorios, señalando que "no interesa el método o el razonamiento adoptado por la agencia reguladora sino si las tarifas que fijan son confiscatorias... y que..." "bajo el estándar de lo justo y lo razonable, es el resultado y no el método empleado... el que interesa"⁶⁷ (subrayado agregado). La jurisprudencia invocada, sin embargo, es compatible y funciona adecuadamente en un mercado más desarrollado que el peruano, con agencias reguladoras arraigadas y plenamente institucionalizadas y que actúan con un amplio nivel de autonomía respecto de otros órganos y poderes del Estado y su respectiva normativa. Por ello, si bien es deseable apuntar a que los tribunales se limiten en el futuro a evaluar los resultados, absteniéndose a cuestionar la metodología elegida por el regulador -cuya potestad para establecerla no se discute- es opinión de este Tribunal que ésta debe poder ser discutida en aquellos casos en que

⁶⁵ El inciso 6 del artículo 109 del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, establece que "... Dichos contratos (los de interconexión) deberán contemplar, entre otros aspectos, los siguientes: ... 6) condiciones tarifarias y económicas de la interconexión teniendo en cuenta entre otros aspectos, costos y un margen de utilidad".

⁶⁶ Nada obsta, sin embargo, a que el regulador modifique la definición de "costos" y/o la metodología para calcularlos.

⁶⁷ Railroad Commission of California v. Pacific Gas & Electric Co. 302 U.S.388 (1938) y FPC v Hope Natural Gas Co., 320, U.S. 591, 602 (1944).

OSIPTEL, al fijarla, no haya ponderado con justicia los intereses de todas las partes involucradas, o no haya sujetado su accionar a estudios técnicos debidamente sustentados o no haya evaluado los efectos de cada uno de sus actos tal como lo exigen los artículos 7, 9, 10, 13 y 18 del Nuevo Reglamento de OSIPTEL. Telefónica, pues -de idéntica manera al procedimiento contencioso-administrativo⁶⁸- puede cuestionar la metodología misma siempre que demuestre que dicha metodología es la causa de la pérdida incurrida.

Corresponde entonces preguntarse si, como se señala en la Primera Pretensión, los cargos de US\$ 0.168 por minuto tasado al segundo y de US\$ 0.01400 por minuto tasado al segundo, no cubrirían los costos y contribución a los costos comunes de Telefónica ni le retribuirían un margen de utilidad razonable.

V.5 El monto del cargo de terminación: ¿cubre los costos, contribución a costos comunes y margen de utilidad razonable de Telefónica?

Tal como consta en el expediente, aún cuando Telefónica ha defendido la bondad de la metodología basada en costos históricos y su coherencia con la realidad peruana en razón de, por ejemplo, la amplitud del área local y la concentración del tráfico en la ciudad de Lima, y pese a que ha cuestionado el valor de otras metodologías tales como el *benchmarking* y la metodología de costos incrementales a largo plazo, no ha ofrecido medio probatorio alguno que acredite que los cargos inferiores a US\$ 0.01715 -que es el cargo obtenido a partir de su estudio de costos elaborado por Telefónica Investigación y Desarrollo S.A.U- no cubren sus costos. Es más, la pericia de parte ofrecida por Telefónica para que los economistas e ingenieros especializados de las empresas NERA y OVUM demuestren que, a partir de costos históricos, los cargos establecidos por OSIPTEL son diminutos y que el cargo de US\$ 0.1715 por minuto tasado al segundo es el correcto, no fue presentada por Telefónica, lo que ocasionó que este Tribunal, mediante Resolución N° 33, prescindiera de dicha pericia.

No ha quedado, entonces, demostrado que los cargos inferiores a US\$ 0.1715 sean diminutos, ni siquiera aplicando la metodología de costos históricos. Dicha pericia resultaría, además, innecesaria pues este Tribunal ha determinado que la Sección 10.01, inciso b) no contiene la acepción de costos históricos, como pretende Telefónica.

No es posible asimismo afirmar en relación al cuarto punto controvertido, si la pretensión de Telefónica relativa a que los cargos establecidos por OSIPTEL no

⁶⁸ De conformidad con el inciso 1° del artículo 4 de la Ley 27583, se pueden impugnar por la vía del contencioso administrativo todos los actos administrativos. El artículo 1 de la Ley 27444 Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), al definir el acto administrativo no distingue entre actos administrativos reglados o discrecionales y en consecuencia, todos los actos administrativos, incluyendo los discrecionales, pueden ser impugnados en la vía del contencioso administrativo.

cubren sus costos, es inconsistente con el hecho que ésta haya pactado cargos de interconexión de US\$ 0.0168 y de US\$ 0.1400, pues ello pudo haberse debido como afirma Telefónica, a que el ámbito geográfico estaría limitado a Lima Metropolitana y Callao, a que la expansión del entrante no superaría el 5% de los abonados de Telefónica, a que no existirían sumideros de tráfico, o a que el tráfico generado estaría equilibrado, aspectos que no han sido discutidos ni demostrados en el presente proceso.

En conclusión, pues y resolviendo la primera pretensión principal, las pretensiones accesorias a la primera pretensión principal y la segunda pretensión principal (puntos controvertidos N° 1°, 2°, 3°, 4° y 16°) este Tribunal concluye que (i) la correcta interpretación de la Sección 10.01 inciso b) de los Contratos de Concesión es que el término "costos" no tiene un significado unívoco y que corresponde al regulador determinar dicho concepto, así como la metodología aplicable a la fijación de los cargos de interconexión, los mismos que son obligatorios para Telefónica; (ii) según ello, la metodología de costos incrementales a largo plazo o método de empresa eficiente y la metodología del *benchmarking* serán aplicables a Telefónica si es que OSIPTEL ha optado por su utilización; (iii) Telefónica no ha demostrado que los cargos de US\$ 0.0168 y US\$ 0.01400 no cubren sus costos, contribución a costos totales y margen de utilidad; (iv) según ello, no corresponde declarar que los pagos de terceros operadores son pagos a cuenta y (v) de todas formas, Telefónica puede cuestionar en el fuero arbitral, en los términos precedentemente expuestos, tanto los resultados de la aplicación de la metodología elegida por OSIPTEL cuanto la metodología misma. En tal virtud, la primera pretensión principal y sus pretensiones accesorias y la segunda pretensión principal, devienen en infundadas.

VI. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Solicita Telefónica en su tercera pretensión que el Tribunal Arbitral declare que los cargos de transporte conmutado local, deben guardar proporción debida con los cargos de terminación en la red fija, debiendo ser equivalentes al 50% del cargo de US\$ 0.029 por minuto tasado al segundo y de US\$ 0.0175 por minuto tasado al minuto. Dicha pretensión corresponde al punto controvertido N° 5.

Señala OSIPTEL en su contestación a la demanda que (i) no existe ninguna razón para que dicho cargo sea equivalente al 50% del cargo de terminación; y (ii) Telefónica no ha sustentado la procedencia de su pretensión.

Este Tribunal aprecia que Telefónica no ha sustentado este petitorio ni demostrado que el monto del cargo por transporte conmutado, deba ser la mitad del cargo de interconexión. Por esa razón, se concluye que esta pretensión no ha sido demostrada por la demandante, por lo que debe declararse infundada.

VII. CUARTA Y QUINTA PRETENSIONES PRINCIPALES

VII.1 Las pretensiones

Cuarta pretensión principal

Que el Tribunal Arbitral declare que el cargo por terminación de llamadas en la red fija de nuestra empresa establecido en el Mandato N° 001-2002-CD/OSIPTEL infringe los contratos de concesión y, por tanto, no resulta oponible a Telefónica, por los siguientes motivos: a. Porque difiere del cargo fijado de modo general por el propio regulador y contraviene de esta forma lo establecido en el párrafo d) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión; b. Porque no retribuye adecuadamente el costo de interconexión, las contribuciones a los costos totales de nuestra empresa y un margen de utilidad razonable, conforme lo exige el párrafo (b) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión; c. Por haberse pronunciado el regulador en exceso de la solicitud de Mandato formulada por IDT, sin contar con justificación de parte que habilitara la fijación de cargos de interconexión distintos a los establecidos por vía regulatoria; y d. Por haber impedido que, de conformidad con el párrafo (d) de la Sección 10.01, Telefónica se pronunciara previamente sobre la imposibilidad de establecer, por vía de Mandato, un cargo distinto al fijado por la vía regulatoria.

Quinta pretensión principal

Que el Tribunal Arbitral declare que el esquema de reducción progresiva del cargo de terminación de llamadas en la red fija de nuestra empresa establecido en el Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL infringe los contratos de concesión y, por tanto, no resulta oponible a Telefónica por los siguientes motivos: a. Porque el esquema aprobado difería del cargo fijado de modo general por el propio regulador y contravenía de esta forma lo establecido en el párrafo d) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión; b. Porque el esquema se basa en metodologías que resultan extrañas a los Contratos de Concesión; c. Porque al "vaticinar" los costos que Telefónica podría tener si su red tuviera una configuración diferente que la que tiene, no asegura la retribución del costo real de interconexión, las contribuciones a los costos totales y un margen de utilidad razonable, conforme exige el párrafo (b) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión; y d. Porque un esquema de reducción progresiva fijado de antemano, impide la medición de los costos reales de interconexión y de las contribuciones a los costos totales con lo que no puede asegurar su retribución, conforme lo exigen expresamente los Contratos de Concesión.

VII.2 Fundamentos expresados por Telefónica

Como fundamentos de hecho y de derecho señala Telefónica lo siguiente:

(i) que de conformidad con los Contratos de Concesión, los contratos y los mandatos de interconexión, incluyendo los cargos, deben regirse por el marco regulatorio vigente. En consecuencia, OSIPTEL no puede modificar los cargos de interconexión a través de mandatos, pues ello implica modificar una norma general a través de una norma particular;

(ii) que a través del Mandato AT&T, se pretendió, por aplicación del principio de no discriminación, derogar la Resolución 018-98-CD/OSIPTEL que establecía el cargo de terminación vigente. Si bien OSIPTEL no estaba impedido contractualmente de modificar los cargos de terminación por defecto, dicha modificación debió ocurrir con la mayor transparencia;

(iii) que el artículo 3 de la Resolución 018-98-CD-OSIPTTEL, que establece que OSIPTTEL puede reducir el cargo, no es aplicable a Telefónica porque sus contratos son contratos ley y ninguna norma puede ni debe modificarlos;

(iv) que los principios de igualdad de acceso y no discriminación se aplican únicamente a los contratos de interconexión y no a los mandatos de interconexión;

(v) que ninguna norma autoriza a OSIPTTEL a bajar su propio cargo por defecto, pues ello quitaría el sentido de fijar cargos por defecto y si fuera así, estas normas violarían los Contratos de Concesión y por tanto, no serían aplicables a Telefónica;

(vi) que la Gerencia General de OSIPTTEL se arrogó facultades del Consejo Directivo porque el cronograma de reducción de cargos previsto en el Mandato AT&T dio lugar a las normas generales de fijación de cargos. Ese fue el caso de la Resolución 029-2001-CD/OSIPTTEL que, ajustándose a una resolución de Gerencia General y otorgando preeminencia a un Mandato, dispuso un cargo de interconexión distinto del previamente aprobado a través de una norma legal de carácter general, vulnerando con ello la jerarquía normativa;

(vii) que, de conformidad con sus Contratos de Concesión, los cargos de interconexión se calculan sobre costos históricos, reiterando los argumentos expuestos en su demanda;

(viii) que, para fijar los cargos, OSIPTTEL ha invocado el artículo 14 del Reglamento de Interconexión. No obstante, dicha norma no es aplicable a Telefónica porque la Sección 17.02 de los Contratos de Concesión limita expresamente la capacidad de modificación unilateral de los mismos;

(ix) que el *benchmarking* o método de comparación internacional y el método de costos incrementales a largo plazo, son contrarios a los Contratos de Concesión y a los Lineamientos de Apertura porque no es un método basado en costos, reiterando los argumentos expuestos en su demanda;

(x) que OSIPTTEL ha expedido una serie de actos contrarios a la normativa vigente, a saber: (i) con fecha 29 noviembre de 2001 se publicó la Resolución N° 065-2001-CD/OSIPTTEL que dispuso la publicación del proyecto de resolución que aprobaba el cargo de terminación de US\$ 0.01150; (ii) con fecha 1 de diciembre de 2001, se publicó el Decreto Supremo 124-2001-PCM que estableció determinadas normas para determinar los precios regulados; (iii) con fecha 1 de enero de 2002, se expidió la Resolución N° 072-2001-CD/OSIPTTEL, que suspendió el proceso de evaluación de la revisión del cargo de terminación, que debía entrar en vigencia el 1 de enero de 2002. Dicha norma implicaba la suspensión de la aplicación del cargo de US\$ 0.01150 previsto en el Mandato AT&T; (iv) con fecha 7 de enero de 2002 se notificó el proyecto de Mandato IDT en el que, en relación con el cargo se aludía a la Resolución 029-2001-CD/OSIPTTEL, por lo que el cargo aplicable a dicha relación era el de US\$ 0.014 y no el de US\$ 0.01150 previsto en el Mandato AT&T; (v) con fecha 15 de febrero

de 2002, se emitió la Resolución N° 005-2002-CD/OSIPTTEL por la que se estableció el procedimiento para la fijación de precios regulados de OSIPTTEL, aunque se dejaba a salvo la fijación de cargos de interconexión. No obstante, con fecha 22 de marzo de 2002, OSIPTTEL notificó el texto final del Mandato IDT en el que fijaba el cargo en US\$ 0.01150 a partir del 1 de enero de 2002;

(xi) que de conformidad con la Sección 10.01 d) de los Contratos de Concesión, al emitir los mandatos, el regulador debe (i) pronunciarse únicamente respecto de las materias incluidas en la solicitud de mandato y no en otras, (ii) someter su propuesta a consideración de las empresas involucradas y (iii) las empresas deben tener la oportunidad de hacer sus comentarios. En el caso de IDT no había discrepancia en relación con el cargo aplicable, por lo que OSIPTTEL debió limitar su pronunciamiento al tema controvertido entre las partes que era la provisión de enlaces de interconexión;

(xii) que los cargos "por defecto" son precisamente los que se aplican a falta de acuerdo entre las partes y si se admite que vía mandato es posible modificar el cargo por defecto, se pierde el objetivo de generar los entornos de estabilidad a que se refieren los Lineamientos de Apertura;

(xiii) que la resolución 072-2001-CD/OSIPTTEL es una norma de carácter general que suspendió los efectos del Mandato AT&T, pues los cargos de interconexión se refieren a "precios regulados" y por tanto es de aplicación el Decreto Supremo 124-2001-PCM; además el Mandato establece que se sujeta a las disposiciones de OSIPTTEL y ésta es una disposición de OSIPTTEL aplicable al Mandato, con lo que se estaría violando no solo el Decreto Supremo 124-2001-PCM sino principalmente los párrafos b) y d) de la Sección 10.01 de los Contratos de Concesión;

(xiv) que el cargo fijado en el caso de IDT, al tener el mismo origen que el Mandato AT&T, es cuestionable y vulnera los Contratos de Concesión;

(xv) que los Contratos de Concesión constituyen un límite para la actuación de OSIPTTEL y su actuación es contraria al principio de buena fe, pues pretende utilizar metodologías de hipotéticas empresas eficientes;

(xvi) que al utilizar metodologías distintas a las previstas por los Contratos, OSIPTTEL pretende veladamente negarle a Telefónica el derecho a percibir una utilidad razonable, aún cuando esto está expresamente reconocido por los Contratos de Concesión.

VII.3 Fundamentos expresados por OSIPTTEL

OSIPTTEL respondió la ampliación de la demanda con los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

(i) que el Mandato IDT no tuvo ninguna relevancia en relación con la vigencia o no del Mandato AT&T, y por tanto no se cumplió con el requisito de oportunidad previsto en el Reglamento del CNUDMI para la ampliación o modificación de la demanda;

(ii) que de conformidad con los Contratos de Concesión y el ordenamiento jurídico pre existente a la firma de los mismos, los cargos de terminación se rigen por los reglamentos que el regulador emita;

(iii) que no existe en los Contratos de Concesión restricción sobre los plazos de vigencia de los cargos de interconexión ni de la vigencia de las resoluciones que emita el OSIPTEL. De acuerdo al marco legal vigente, OSIPTEL tiene la potestad estatal de determinar los cargos de interconexión;

(iv) que la interpretación correcta de la expresión "*sin exceder los cargos tope*" a que se refiere el artículo 3 de la Resolución 018-98-CD/OSIPTEL, es la referencia a un precio máximo y por tanto compatible con la posibilidad de establecer un precio menor que el precio tope o máximo. Al haber fijado un cargo menor en los Mandatos, se ha cumplido con el marco legal vigente;

(v) que en relación a los cuestionamientos de la metodología aplicada por OSIPTEL, se remite a lo expuesto en la contestación a la demanda, aunque respecto del Anexo 3 del Contrato de Concesión de ENTEL aludido por Telefónica, señala que en ésta no se establece cuál fue la metodología empleada para calcular los cargos. La carga de la prueba del uso de dicha metodología corresponde a Telefónica;

(vi) que las únicas referencias en los Contratos de Concesión a Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados, están contenidas en la cláusula 8.12 y 8.13 de los Contratos de Concesión que se refieren como único supuesto al sistema de contabilidad separada establecido con la finalidad de evitar subsidios cruzados;

(vii) que Telefónica no acreditó que el sistema de disminución gradual de los cargos de interconexión impida medir los costos reales de interconexión;

(viii) que el Decreto Supremo 124-2001-PCM, no es aplicable a la fijación de los cargos de terminación porque (i) dicha norma es aplicable a la "función reguladora" y en concreto al "precio" de los servicios públicos; (ii) de conformidad con el artículo 3 de la ley 27332 y de los artículos 23, 25, 28 y 30 del Nuevo Reglamento de OSIPTEL, la función reguladora y la función normativa son distintas porque mientras la fijación de precios corresponde a la función reguladora, la función de fijar cargos de interconexión corresponde a la función normativa y (iii) el cargo de interconexión no es un "precio de servicio público" porque los precios están referidos a los cobros que se hacen al usuario final, lo que no ocurre con la interconexión pues no es un servicio público;

(ix) que la aplicación del Decreto Supremo 124-2001-PCM para la fijación de cargos a través de Mandatos -como pretende Telefónica- implicaría retrasar innecesariamente los procesos de interconexión beneficiando únicamente al operador que no quiere la interconexión, que en este caso es Telefónica;

(x) que en aplicación del principio de transparencia, el Consejo Directivo de OSIPTEL decidió suspender la fijación de un nuevo cargo tope, aunque ello no significaba suspender la vigencia de los cargos fijados en el Mandato AT&T;

(xi) que, en relación al contenido del Mandato IDT, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) y el artículo 9 del Nuevo Reglamento de OSIPTEL, OSIPTEL está en la obligación de aplicar el principio de congruencia y pronunciarse atendiendo al interés público, debiendo aplicar soluciones equivalentes para casos equivalentes;

(xii) que el cargo fijado en el Mandato IDT responde a la aplicación del principio de no discriminación e igualdad de acceso recogido en la legislación de telecomunicaciones y en el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios de la OMC que forma parte del Derecho Nacional por ser el Perú un país signatario;

(xiii) que el Tribunal Arbitral no es competente para pronunciarse sobre una supuesta infracción al numeral 45 de los Lineamientos de Apertura, pues su actuación debe limitarse a declarar un eventual incumplimiento contractual;

(xiv) que en relación a la retribución de costos, OSIPTEL se remite a lo expuesto en su contestación a la demanda.



VII.4 Análisis de los fundamentos de hecho y de derecho

Salvo los cuestionamientos referidos a lo diminuto del cargo de terminación y a la metodología para calcularlo, Telefónica concentra su argumentación en el incumplimiento por parte de OSIPTEL de la normativa y de los procedimientos establecidos. Sustenta sus pretensiones en que la Sección 10.01 d) de los Contratos de Concesión -que establece el procedimiento de expedición de un Mandato de Interconexión- remite a la Sección 10.01 b), la que a su vez remite a la Ley de Telecomunicaciones y a otros reglamentos, siendo entonces obligación de OSIPTEL -por remisión de los Contratos a la normativa- actuar de conformidad con ésta.

Por las razones expresadas al analizar la primera y segunda pretensiones, este Tribunal acoge tal planteamiento y considera que el incumplimiento de las normas a las que remiten los Contratos de Concesión constituye el incumplimiento de los contratos mismos, al tratarse de la incorporación de dicha normativa al texto contractual.

Procede, entonces, analizar el planteamiento de fondo.

Como se ha señalado, las discrepancias entre las partes contenidas en la cuarta y quinta pretensiones, están referidas a si el regulador puede establecer a través de normas particulares cargos que difieran de aquellos que fijó de manera general; si el regulador puede establecer un cargo inferior al acordado entre las partes; si puede modificar los términos de un mandato prepublicado sin oír previamente a la parte afectada y si puede establecer cargos escalonados mediante su reducción progresiva. Pues bien; en opinión de este Tribunal, la raíz de las discrepancias contenidas en la cuarta y quinta pretensiones –que han dado lugar a los cuestionamientos anteriores- parece encontrarse en la indebida asimilación de los conceptos "cargo por defecto" y "cargo tope", que ambas partes utilizan como sinónimos y que, como se expondrá seguidamente, son términos esencialmente distintos.

La génesis y el desarrollo de la confusión entre dichos conceptos se inició con la incorporación en los Lineamientos de Apertura expedidos en agosto de 1998, del "cargo por defecto". En efecto, el Lineamiento 45° señalaba que "dar señales claras al mediano plazo sobre (la interconexión) es de crucial interés para todos los operadores, sean ya establecidos o entrantes... (y que)... resulta conveniente que OSIPTEL anticipe públicamente los valores de los cargos de interconexión por defecto de manera de generar un entorno de estabilidad" (subrayado agregado). Dicho Lineamiento era concordante con los Lineamientos 37° y 38°, según los cuales, "...la efectiva entrada de nuevos operadores al mercado, depende en buena medida de su capacidad para establecer y conocer los términos relevantes de los acuerdos de interconexión que deben celebrar con los operadores establecidos. En ese sentido, la predeterminación de los aspectos relevantes de la interconexión resulta esencial...de no definirse estos parámetros, la entrada de operadores se vería afectada por incertidumbre e inestabilidad y seriamente retrasada por largos procesos de negociación y potenciales controversias entre operadores...Por ello, el objetivo de la política de interconexión es el de reducir sustancialmente la incertidumbre, eliminando retrasos y costos de transacción..." (subrayado agregado). No obstante, dos meses después de expedidos los Lineamientos de Apertura, la Resolución N° 018-98-CD/OSIPTEL, publicada el 15 de octubre de 1998, asimiló de manera expresa los conceptos "cargo por defecto" y "cargo tope", estableciendo que "los cargos de interconexión tope o por defecto..., se sujetarán a las siguientes reglas:...d) OSIPTEL, ..., podrá establecer los cargos de interconexión en el correspondiente mandato,... sin exceder los montos topes establecidos en la presente resolución." (subrayado agregado).

Pero, "cargo por defecto" y "cargo tope" no significan lo mismo pues el primero es un cargo único, fijo, predeterminado, idéntico en todos los casos, no reducible y aplicable a falta de acuerdo entre las partes, mientras que el segundo es un cargo máximo que, como tal, puede ser reducido pues no es único, fijo, ni predeterminado. Es cierto que, en relación a las partes que vienen negociando un contrato de interconexión, el cargo por defecto es siempre un cargo tope, pues de no existir acuerdo, será ese -el cargo predeterminado- el que la autoridad fijará. Pero tal asimilación no aplica al regulador, pues, si éste tuviera la potestad de reducirlo, el "cargo por defecto" perdería razón de ser, ya que dejaría de ser único,

fijo y predecible. "Cargo tope" y "cargo por defecto", no son pues lo mismo y, en ese sentido, existe una contradicción entre el Lineamiento 45° que incorporó el cargo por defecto y la Resolución 018-98 CD/OSIPTEL, que asimiló dicho cargo al "cargo tope", convirtiéndolo en meramente referencial. Y dichos conceptos han coexistido, además, con diversas formulaciones del principio de no discriminación⁶⁹ contenidas en el Reglamento de Interconexión, como son la obligación de las empresas de incorporar en los contratos que celebren una cláusula de adecuación de los cargos de acceso si una de las partes negocia con un tercer operador un cargo más favorable (artículo 25) y la potestad de OSIPTEL de objetar los contratos de interconexión si éstos se apartan del criterio de costos establecido en dicho Reglamento o atentan contra los principios de la interconexión. Al expedirse los Lineamientos, pues, ya existía el sistema de reducción de cargos de terminación a través de la aplicación del principio de no discriminación, tanto para los contratos previamente celebrados (artículo 25) cuanto para los que se celebrarían en el futuro (artículo 39) por lo que puede decirse que, en rigor, la Resolución 018-98 CD/OSIPTEL no hizo sino consagrar una regla general y de aplicación por la reguladora –la reducción del cargo tope- que ya existía como regla particular. Y esa regla general debía coexistir con el concepto de "cargo por defecto".

Pero, si bien la confusión introducida con la adopción de tales conceptos discrepantes podía considerarse contraria al Principio de Transparencia⁷⁰ -puesto que la claridad de la regulación es esencial a efectos de la conocibilidad y la predicibilidad que dicho principio impone- este Tribunal no puede dejar de reconocer que tal confusión fue fruto de un error compartido pues, aunque con contradicciones, Telefónica aceptaba la potestad de OSIPTEL de reducir el cargo tope⁷¹ y OSIPTEL siempre consideró posible tal reducción. Fue entonces un error de base - la indebida asimilación de "cargo por defecto" y "cargo tope"- lo que llevó a Telefónica, no a sostener la incompatibilidad de ambos conceptos -como debió haber sido- sino a formular cuestionamientos referidos a que el cargo no podía reducirse a través de normas particulares (siendo así que no existe norma que lo prohíba); que al expedir el Mandato AT&T, OSIPTEL "derogó" una norma general a través de una norma particular (siendo así que la reducción del cargo podía operar mediante la aplicación del principio de no discriminación); que el Mandato IDT fue indebidamente expedido a partir de otro mandato (siendo así que el Reglamento de Interconexión permitía la adecuación); que la adecuación obligatoria funcionaba únicamente en el caso de la celebración de contratos de interconexión y no de la expedición de mandatos, (siendo así que el artículo 39 del Reglamento de Interconexión lo permitía); o que habiendo existido acuerdo con

⁶⁹ El artículo 72 de la Ley de Telecomunicaciones establece que la interconexión debe regirse por el principio de igualdad de acceso. El principio de no discriminación está consagrado igualmente en el artículo 109 del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, y en la cláusula 10.01 b) (iii) de los Contratos de Concesión.

⁷⁰ Artículo 7 del Decreto Supremo 008-2001-PCM de 2 de febrero de 2001, Reglamento de OSIPTEL actualmente vigente.

⁷¹ Páginas 13 y 14 del Informe Legal (Anexo 2-J) del escrito de ampliación a la demanda presentado por Telefónica.

IDT, OSIPTEL no podía reducir el cargo (siendo así que contaba con dicha potestad). Y ha sido también la indebida asimilación entre dichos términos lo que llevó a OSIPTEL a sostener que la Resolución 018-98 CD/OSIPTEL le permitía reducir el cargo tope (siendo así que los Lineamientos habían establecido un cargo no reducible); que el Mandato IDT responde a la aplicación del principio de no discriminación e igualdad de acceso (siendo así que dicha aplicación es contradictoria con el "cargo por defecto"); que, de conformidad con el artículo 9 del Nuevo Reglamento de OSIPTEL, corresponde a la reguladora aplicar soluciones equivalentes para casos iguales (siendo así que con la aplicación de dicho principio al caso, el Lineamiento 45°, quedaba inaplicado). Pero, independientemente de cómo hayan sustentado las partes sus respectivas posiciones, lo cierto es que, de haberse invocado la jerarquía normativa superior de los Lineamientos -puesto que están contenidos en un Decreto Supremo-⁷² o, en general, de haberse priorizado la aplicación de los mismos, la discrepancia no se habría producido⁷³.

Ahora bien; más allá de dicha contradicción -que, como se ha señalado, parece ser la fuente de las discrepancias entre las partes- llama la atención que el monto del cargo establecido en los Mandatos AT&T e IDT haya estado por debajo del cargo establecido por la recientemente expedida Resolución 018-2003 CD/OSIPTEL, publicada en el diario oficial El Peruano con fecha 24 de marzo de 2003, que, a partir de la aplicación del método de costos incrementales de largo plazo, ha establecido un cargo general de US\$ 0.01208 y que este Tribunal aprecia como un hecho nuevo y notorio⁷⁴. En efecto, como se ha señalado, paralelamente al desarrollo del presente proceso arbitral Telefónica inició el 8 de abril de 2002 ante OSIPTEL, un procedimiento de revisión de cargo tope vigente para la originación y terminación de llamadas en la red del servicio de telefonía fija local, según el procedimiento establecido en la Resolución 005-2002 CD/OSIPTEL, norma que extendió el proceso de fijación de precios regulados a los cargos de interconexión. Como resultado de dicho procedimiento y previa publicación para comentarios y audiencia pública, fue expedida la Resolución N°

⁷² Se ha argumentado que los Lineamientos carecen de fuerza normativa. Este Tribunal rechaza tal planteamiento.

⁷³ Este Tribunal no postula la existencia de una contradicción entre los principios de transparencia (predecibilidad) y el de no discriminación, sino únicamente la contradicción de los términos "cargo por defecto" y "cargo tope". Ambos principios pueden -y deben- coexistir, en el contexto de un marco regulatorio que evite superposiciones o contradicciones entre los mismos.

⁷⁴ El Tribunal considera que la emisión y publicación de la Resolución N° 018-2003 CD/OSIPTEL constituye un hecho nuevo que puede ser valorado, en tanto (i) se ha producido con posterioridad a la formulación de los actos postulatorios; (ii) guarda relación con la materia controvertida; y (iii) puede influir en la decisión sin alterar los términos en que quedó planteada la litis. (Ver Alsina, Hugo; *Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial*; Tomo III; Ediar; Buenos Aires, 1961; p. 281-282). Este hecho nuevo tiene, además, la característica de ser un hecho notorio, pues su conocimiento forma parte de la cultura normal del juzgador y de las partes en el proceso como consecuencia de su publicidad. Por ello, "quedan fuera del tema de prueba, por razón de la actividad que el conocimiento del dato supone, aquellos hechos cuyo conocimiento es de tal intensidad que no se necesita, con respecto a los mismos, un acto especial dirigido a obtener el convencimiento del juez". (Devis Hechandía, Hernando; *Teoría General de la Prueba Judicial*, Tomo I; Abc; Bogotá; 1995; p. 218.)

018-2003-CD/OSIPTEL, cuyo artículo 1 declaró *"parcialmente fundada la solicitud de revisión del cargo tope por originación y/o terminación de llamadas en la red fija local aplicable a todas las empresas concesionarias del servicio de telefonía fija local y cuyo artículo 2 fijó el cargo tope en US\$ 0.01208, sin incluir Impuesto General a las ventas, por minuto de tráfico eficaz, tasado al segundo y por todo concepto"*. Según señala la Resolución, dicho cargo ha sido calculado conforme a la metodología de costos incrementales de largo plazo y debe regir a partir del 1° de abril de 2003, tratándose además, de una norma...de aplicación obligatoria a las relaciones de interconexión originadas por contratos o mandatos de interconexión vigentes entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones" (subrayado agregado).

Como puede apreciarse, la Resolución 018-2003-CD/OSIPTEL ha puesto en evidencia que -hoy- el cargo de US\$ 0.01208, calculado de acuerdo al método de costos incrementales de largo plazo, ha resultado siendo más alto que el cargo de US\$ 0.01150, calculado conforme a la metodología de comparación internacional o *benchmarking*⁷⁵ y del estudio de costos elaborado por SPR y que, de conformidad con los Mandatos AT&T e IDT debía regir hasta el 30 de junio de 2002, para luego ser reducido a US\$ 0.00960. Y si se considera que el procedimiento de revisión de cargo ha tomado como base la información proporcionada por Telefónica correspondiente a la época de vigencia de los cargos de US\$ 0.01150 y de US\$ 0.00960⁷⁶, puede concluirse que, a partir del umbral de US\$ 0.01150, el cargo fijado en los Mandatos AT&T e IDT, calculado, como se ha señalado, a partir de la metodología de costos incrementales de largo plazo, no estaría cubriendo los costos, contribución a costos totales de Telefónica ni otorgándole un margen de utilidad razonable.

Pero la discrepancia entre cargos -US\$ 0.01150 y US\$ 0.0096 versus US\$ 0.01280- es, en opinión de este Tribunal, expresión y consecuencia del problema de la asimetría de información que enfrentan a regulador y regulada y que -se sostiene- hace de su relación, una de naturaleza antagónica y confrontacional⁷⁷. Dicha asimetría, según Young⁷⁸, *"convierte el proceso en un juego estratégico, donde las compañías de servicios públicos tienden a tener las cartas ganadoras. La base del juego es que la compañía sabe siempre e inevitablemente más de lo que sabe el regulador. Los gerentes... tienen un conocimiento profundo y experiencia en relación a la tecnología, al mercado y a la infraestructura física de su industria, construida a lo largo de muchos años.... (y entonces) ...desde que los objetivos del regulador y los de la compañía están sistemáticamente en conflicto, la relación se presta a ser antagónica"*. Se trata, pues, de una relación de *"juegos conflictivos basados en información asimétrica"*⁷⁹, donde cada parte desarrolla ciertas tácticas o estrategias que le permitirán alcanzar sus propios objetivos: el

⁷⁵ Mandato AT&T; Diario Oficial El Peruano; 6 de agosto de 2000; p. 19379

⁷⁶ Resolución 018-2003 CD/OSIPTEL; Diario Oficial El Peruano; 24 de marzo de 2003; p. 241355.

⁷⁷ En ese sentido, Young, Alison; *The Politics of Regulation Privatized Utilities in Britain*; Palgrave; London; 2001; p. 40 y ss.

⁷⁸ Ibidem; p. 40 (traducción libre).

⁷⁹ Ibidem; p. 41 (traducción libre).

de la reguladora, de introducir competencia y lograr las mejores condiciones para los usuarios y el de la empresa, obtener la mayor utilidad posible. Y esa necesidad de desarrollar tácticas y estrategias, permite establecer una suerte de regla o constante según la cual, cuanto mayor sea la asimetría en la información, mayor será la incertidumbre de la regulación⁸⁰.

Y eso es lo que precisamente ocurrió en este caso pues, si bien Telefónica reclamaba certidumbre y claridad por parte de OSIPTEL, esta última reclamaba información, que al parecer no logró obtener, sino hasta el inicio del procedimiento de revisión de cargo. Y, al no obtenerla y en el contexto del "*juego conflictivo de información asimétrica*", no sólo recurrió a la táctica de utilizar esquemas de aplicación de cargo que, como el *benchmarking* prescindían de dicha información, sino a la figura misma del cargo tope que, aunque aplicado en contradicción con el "cargo por defecto", le permitió cumplir con la finalidad de promover la competencia y obtener las mejores condiciones para los usuarios. Lo cual efectivamente ocurrió pues por esa vía -conflictiva, antagónica y difícil- OSIPTEL obtuvo una importante reducción del cargo de terminación, favoreciendo con ello la competencia. Y la posibilidad de desarrollar estrategias debido a ese *juego conflictivo de información asimétrica* –típica, por lo demás, de esta nueva modalidad de Administración Pública, que es la regulación- había sido reconocida por la normativa vigente, la cual, como es el caso del Lineamiento 46, permitía a OSIPTEL trascender la falta de entrega de información por parte de Telefónica y obtenerla sobre la base de "*a) información de costos proporcionados por las empresas;... (y) ... b) en tanto y en la medida que no sea posible lo primero, para el establecimiento de los cargos, se utilizarán mecanismos de comparación internacional, tomando en cuenta las mejores prácticas de la región, adaptada a la realidad del Perú*" (subrayado agregado).

Así, es decir, en el contexto de ese *juego conflictivo de información asimétrica* y conforme señala OSIPTEL en su contestación a la demanda⁸¹ –que Telefónica no ha contradicho- ésta no presentó un estudio de costos basado en la metodología de costos incrementales de largo plazo conforme establecía el Reglamento de Interconexión, sino uno basado en costos históricos, con lo cual, OSIPTEL se vio obligada a elaborar estudios sobre el valor del cargo, recurriendo a metodologías alternativas y a la estrategia de aplicar de manera intensiva el principio de no discriminación, conforme lo permitía la normativa vigente. De ahí que la Resolución 061-CD/OSIPTEL, de 4 de diciembre de 2000, que fijó el cargo general en US\$ 0.0168, basara dicho nuevo cargo en el contrato de interconexión celebrado entre Telefónica y Bellsouth con fecha 26 de julio de 2000, señalando que "...al haber pactado 0.01732 por minuto en horario diurno y de US\$ 0.00866 en horario nocturno, dichos montos cubren los costos de prestar dicho servicio de terminación, más un margen de ganancia. La modificación realizada permitirá un acercamiento del cargo de interconexión a costos, y el establecimiento de un trato

⁸⁰ Es por eso que Young, por ejemplo, considera que la negociación es el mecanismo más adecuado para evitar la incertidumbre de la regulación; *Ibidem*; p. 43

⁸¹ Contestación a la demanda de OSIPTEL, p. 42 y ss.

no discriminatorio respecto de los otros operadores de larga distancia de telefonía móvil, o de cualquier otro servicio de telecomunicaciones que requiera contar con la prestación de la terminación de llamada en la red de telefonía fija local⁸² (subrayado agregado). La primera rebaja de cargo, pues, se hizo adecuando los cargos al fijado en el Contrato de Bellsouth.

Asimismo, OSIPTEL se valió del estudio de SPR para fijar los cargos decrecientes contenidos en el Mandato AT&T. Dicho Informe se basa en estimados y señala que "por supuesto, no pretendemos que estos costos estimados sean la única información que OSIPTEL debería usar para fijar el nivel de los cargos de interconexión... En particular, también debería tenerse en cuenta la infraestructura que cada empresa de telecomunicaciones ha desplegado..."⁸³ (subrayado agregado). El Informe SPR ha estimado, además, la información de tráfico a partir de los datos existentes en 1997 y algunos datos de Estados Unidos, señalando en relación a la arquitectura de red que "...las limitaciones de datos nos obligarán a hacer ciertas suposiciones y aproximaciones al efectuar las determinaciones arriba mencionadas..."⁸⁴ (subrayado agregado). Como puede verse, se trata de un estudio que no se basó en los costos proporcionados por Telefónica, sino en suposiciones y aproximaciones, válidas según la normativa vigente, a falta de información proporcionada por la empresa. En ese sentido, OSIPTEL señala en el Mandato AT&T que "es necesario señalar que en atención a lo establecido en los Lineamientos de Apertura, el cargo debe estar basado, en primera instancia, en estudios de costos de las empresas que brindan la terminación de llamadas, y que de forma complementaria se debe utilizar los estudios de costos de una empresa modelo eficiente, por lo tanto es posible que las empresas sobre la base de sus estudios de costos..... (estudios de costos que tienen que cumplir con lo dispuesto por los artículos 13 y 14 del Reglamento de Interconexión) pueden solicitar que se modifique los cargos de terminación de llamada en sus respectivas redes"⁸⁵ (subrayado agregado). Lo cual demuestra que OSIPTEL era consciente de que la utilización de metodologías alternativas podía discrepar con un cargo basado en costos, estando abierta a modificar dicho cargo en el caso que Telefónica demostrara que éste era diminuto.

NK
SP

En la misma línea de valerse de mecanismos alternativos a los de costos, la Resolución 029-2001-CD/OSIPTEL, publicada el 30 de junio de 2001, que fijó el cargo en US\$ 0.014 señalaba que "el Reglamento de Interconexión ... en su artículo 14 establece que el costo de interconexión se calcula sobre la base del costo incremental de largo plazo. Al respecto, el documento titulado "Estudio de costo para el cálculo del cargo de interconexión para Telefónica del Perú" presentado por Telefónica del Perú S.A.A. en su escrito del 14 de junio de 2001..., presenta un estudio de costos basado en valores históricos, en el que se hace una

⁸² Diario Oficial El Peruano; 24 de marzo de 2003; p. 195583

⁸³ Strategic Policy Research; *Análisis Económico sobre Cargos de Interconexión*; Maryland; 1999; p. 2

⁸⁴ Ibidem; p. 11.

⁸⁵ Mandato AT&T; Diario Oficial El Peruano; 6 de agosto de 2000; p. 191381

presentación general de la metodología utilizada ... En las cuatro etapas se desarrollan los criterios utilizados, a nivel metodológico, pero no se presenta ningún dato respecto de los distintos elementos de red considerados, no se presenta el valor del costo de capital utilizado para los distintos activos fijos considerados en los costos de inversión. No se ha presentado la matriz de tráfico que se ha debido utilizar para realizar el cálculo de los costos totales, pues los elementos de red y servicios considerados en la interconexión, son utilizados en forma conjunta con el servicio de telefonía fija local de la misma Telefónica del Perú. En razón de ello es que se ha considerado que dicho estudio no cumple con lo dispuesto en la normativa vigente, y que por lo tanto deba ser considerado en la determinación del cargo por terminación de llamada en la redes fijas locales⁸⁶ (subrayado agregado).

El informe de la empresa NERA, de 14 de junio de 2001, presentado por Telefónica en su escrito de contestación a la demanda, reconoce asimismo la problemática de la falta de información cuando comenta el Modelo de SPR señalando que "el modelo es una excesiva simplificación de la red de TdP a juzgar por la poca información de la misma que utiliza"⁸⁷ (subrayado agregado) y que "...si OSIPTEL decide finalmente usarlo, debería incorporar los comentarios realizados en este documento ya que se refieren a cuestiones objetivas como deficiencias en el tratamiento de la información y a supuestos razonables que se deberían haber tenido en cuenta desde el principio. Al hacerlo, el coste de interconexión para Perú ... se sitúa en el nivel aprobado para agosto del 2000. Finalmente recomendamos a OSIPTEL que, para la fijación de los precios de interconexión, use tanta información de la compañía como sea posible y razonable desde el punto de vista económico. La potencia de modelos como el SPR reside en que producen mucha información a partir de poca, lo que les confiere un atractivo indudable..."⁸⁸ (subrayado agregado).

Finalmente, en su escrito de contestación a la demanda -que no ha sido contradicho por Telefónica- OSIPTEL resume su posición respecto de la reducción de cargos por vías alternativas a la de los costos, señalando que Telefónica no presentó un estudio de costos basado en la metodología de costos incrementales de largo plazo conforme establecía el Reglamento de Interconexión, sino uno basado en costos históricos y sólo en diciembre de 2001 cuestionó el modelo de costos presentado por SPR en febrero de 1999, momento en que entregó los "Comentarios al cálculo de los cargos de interconexión por OSIPTEL", que -continúa OSIPTEL- no contenía información sobre los costos asignados a cada elemento de red, el valor del costo de capital, ni la matriz de tráfico correspondiente⁸⁹. Es en ese sentido ilustrativa su afirmación de que "OSIPTEL reitera su disposición a discutir en forma ampliada y transparente las

⁸⁶ Diario Oficial El Peruano; 30 de junio de 2001; p. 205660

⁸⁷ NERA; *Análisis y Comentarios al Modelo de SPR para la estimación de los costes de interconexión de Telefónica del Perú*; Madrid; 14 de junio de 2001; p.1

⁸⁸ *Ibidem*; p. 3

⁸⁹ Escrito de contestación a la demanda de OSIPTEL, p. 38, 42 y 46

reitera su disposición a discutir en forma ampliada y transparente las características del modelo de SPR, pero considera, de un lado, que mientras Telefónica del Perú S.A.A no presente un modelo de costos que cumpla con el marco normativo vigente, la única fuente para la determinación de la política de interconexión en el largo plazo será el estudio de costos realizado por SPR⁹⁰.

OSIPTEL se valió, pues, de la aplicación intensiva del principio de no discriminación y de la utilización de la metodología del *benchmarking* y era entonces lógico que se hubiera producido una discrepancia de cargos -puesto que se fijaron a través de metodologías distintas- y es plenamente explicable la estrategia de OSIPTEL de recurrir a dichos mecanismos en el contexto de conflicto derivado de la información asimétrica. Pero, aún así, la discrepancia entre cargos existe y no puede dejar de reconocerse que, a partir de la información proporcionada por Telefónica correspondiente a los años 2001 y 2002, el cargo vigente a partir del 1 de abril de 2003 ha resultado siendo mayor que el cargo establecido en los Mandatos AT&T e IDT, lo que, por las razones señaladas, hace presumir que, a partir del umbral de US\$ 0.01150, Telefónica no estaría recuperando costos, contribución a costos totales y margen de utilidad razonable. Y en ese caso y con total prescindencia de que la actuación de OSIPTEL haya estado ajustada a la ley y que haya conseguido, además, el objetivo de incorporar competencia, la regla del equilibrio contractual derivada de la naturaleza de contrato-ley de los Contratos de Concesión, ampliamente expuesta en el numeral II.2 (vi.b), impone a este Tribunal evitar un perjuicio a Telefónica y declarar, por tanto, la inoponibilidad respecto de esta última, de los Mandatos AT&T e IDT, en el extremo que fija los cargos de terminación a partir del umbral de US\$ 0.01150, es decir, desde el 1 de enero de 2002 en relación al Mandato AT&T, y desde el 24 de marzo de 2002 en relación al Mandato IDT.

Y dicha inoponibilidad resulta aún más justificada en el caso del Mandato IDT, si se considera que OSIPTEL expidió el respectivo proyecto, fijando un cargo en US\$ 0.01400 y que sin mediar comentarios de IDT o de Telefónica, estableció en el Mandato definitivo un cargo inferior al propuesto. Dicho proceder lleva a este Tribunal a considerar que OSIPTEL incumplió con su deber de asegurar a Telefónica el debido proceso⁹¹ puesto que, de conformidad con la Sección 10.01 d), ésta tenía derecho a pronunciarse sobre el cargo que la reguladora había decidido fijar, y eso no ocurrió. Y no procede considerar que OSIPTEL aseguró el debido proceso a Telefónica al remitirle el proyecto de Mandato IDT para su pronunciamiento, pues éste contenía un cargo distinto al finalmente establecido, que no fue objetado por ninguna de las partes, con lo cual, era de esperarse que dicho cargo sería incorporado en el mandato definitivo. Faltó, entonces, transparencia en la actuación de OSIPTEL ya que Telefónica no tenía cómo

⁹⁰ Escrito de contestación a la demanda presentado por OSIPTEL; p. 42

⁹¹ El debido proceso es un derecho constitucional, que no se limita al ámbito estrictamente jurisdiccional, sino que resulta exigible a toda autoridad encargada de la tramitación o resolución de un proceso de cualquier naturaleza. (Rubio Correa, Marcial; *Estudio de la Constitución Política de 1993*; Fondo Editorial PUCP. 1999; p. 56)

predecir que 45 días después de expedir el proyecto de Mandato, OSIPTEL lo modificaría, sin solicitar comentarios a las partes y -más aún- estando suspendido el procedimiento de revisión del cargo general de US\$ 0.01150. No se cuestiona, entonces, la potestad de OSIPTEL de reducir el cargo de terminación, sino que lo haya hecho sin habérselo advertido a Telefónica, lo cual constituye, como se ha señalado, un incumplimiento de la Sección 10.01 d) de los Contratos de Concesión. Y, conjuntamente con la vulneración de los Contratos, OSIPTEL vulneró la garantía del debido proceso, propia, como se ha señalado, del contrato-ley celebrado entre Telefónica y el Estado, que ha sido ampliamente comentada en el acápite II.2 (vi.b) del presente laudo y que -conviene recordarlo- constituye la contraprestación del Estado por la inversión realizada.

Ahora bien; tratándose de una discrepancia producida en el contexto del *juego conflictivo de información asimétrica*, y aceptando que, en efecto, hubo vulneración del debido proceso al expedirse el Mandato IDT, cabe preguntarse si procede que Telefónica recupere el cargo dejado de percibir:

(i) En relación a los cargos de terminación de llamadas de larga distancia internacional: (a) de AT&T consistente en la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.01150 desde el 1 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2002 y de la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.00960 desde el 1 de julio de 2002 hasta el 4 de diciembre de 2002, fecha en que las partes fueron notificadas con la Medida Cautelar; y (b) de IDT, consistente en la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.01150 desde el 24 de marzo de 2002 hasta el 30 de junio de 2002 y de la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.00960 desde el 1 de julio de 2002 hasta el 4 de diciembre de 2002, fecha de notificación de la Medida Cautelar; y

(ii) En relación a los cargos de terminación de llamadas de larga distancia nacional y llamadas locales (a) de AT&T consistente en la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.01150 desde el 1 de enero de 2002 hasta el 30 de junio de 2002 y de la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.00960 desde el 1 de julio de 2002 hasta el 1 de abril de 2003, fecha de vigencia de la Resolución 018-2003 CD/OSIPTEL; y (b) de IDT, consistente en la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.01150 desde el 24 de marzo de 2002 hasta el 30 de junio de 2002 y de la diferencia entre US\$ 0.01400 y US\$ 0.00960 desde el 1 de julio de 2002 hasta el 1 de abril de 2003, fecha de vigencia de la Resolución 018-2003-CD/OSIPTEL.

Para responder a la pregunta formulada, conviene replantear lo ocurrido: en el contexto del *juego conflictivo de información asimétrica*, OSIPTEL expidió dos mandatos de interconexión -el Mandato AT&T y el Mandato IDT- que contenían una tabla de cargos decrecientes, dos de los cuales resultaron siendo menores que el cargo de US\$ 0.01280 finalmente establecido, siendo por tanto presumible que, por las razones antes expresadas, Telefónica habría sufrido un perjuicio. Planteadas así las cosas, este Tribunal aprecia que se encuentran en juego principios y valores de alguna manera antagónicos: de un lado, el equilibrio económico-financiero de los Contratos de Concesión, regla que asegura a Telefónica que no incurrirá en pérdida -y que justifica la inoponibilidad a ésta de

los Mandatos AT&T e IDT- y del otro, la “confianza” de AT&T e IDT de que los mandatos expedidos por OSIPTEL -cuya validez se presume- no cambiarían debido al cálculo del cargo utilizando información proporcionada por Telefónica. Y, entonces, la causa de dicha pérdida habrá sido el juego conflictivo de información asimétrica, cuyos protagonistas han sido Telefónica y OSIPTEL, pero de ninguna manera los beneficiarios de dichos cargos diminutos. Por ello, este Tribunal toma especialmente en cuenta y pondera las siguientes reglas y principios: (i) la regla del equilibrio contractual al que Telefónica tiene derecho por haber celebrado un contrato-ley (ii) la regla de presunción de validez de los actos administrativos contenida en el artículo 9 de la Ley 27440 Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) según la cual *“todo acto administrativo se presume válido...”* (iii) la regla derivada del Derecho Civil de *“proteger al receptor de la declaración”*⁹² (teoría de la confianza), coherente con la presunción de validez del acto administrativo; y (iv) el principio general del Derecho, según el cual *“se responde de los propios actos, no de los ajenos.”*⁹³ principio que, en el ámbito del Derecho Civil se plasma en la regla de que el deudor no responde por los así llamados “hechos de tercero”, siempre que dichos hechos sean la causa directa del daño. Ponderando entonces dichas reglas y principios y considerando que para AT&T e IDT los cargos menores constituyen un derecho adquirido, es decir, un derecho que efectivamente ingresó a su patrimonio al provenir de un Mandato directamente dirigido a dichas empresas⁹⁴, este Tribunal considera que, si bien corresponde ordenar la declaración de inoponibilidad a Telefónica de los efectos de los Mandatos AT&T e IDT, a partir del momento de vigencia del umbral de US\$ 0.01150 -aspecto en el que este Tribunal se ratifica- corresponde limitar los efectos reflejos de esta declaración de inoponibilidad respecto de, exclusivamente AT&T e IDT, no permitiendo que Telefónica recupere la diferencia entre los menores cargos pagados y los cargos que, en virtud de la inoponibilidad de dichos Mandatos, correspondería pagar pues deriva de los principios anteriores que dichas empresas no tienen por qué verse afectadas por actos que no le son atribuibles. Consecuentemente con ello, este Tribunal considera que, a partir de la inoponibilidad a Telefónica de los Mandatos AT&T e IDT:


(i) en relación a los cargos de terminación de llamadas de larga distancia internacional, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2002, fecha de vigencia del cargo de US\$ 0.01150 en el Mandato AT&T y 24 de marzo de 2002, fecha del Mandato IDT, hasta el 4 de diciembre de 2002, fecha de notificación de la Medida Cautelar, Telefónica no podrá recuperar de AT&T e IDT la diferencia entre el cargo que correspondía pagar (US\$ 0.014) y el cargo efectivamente pagado (US\$ 0.01150 y US\$ 0.0096) por la terminación de llamadas en la red fija local de Telefónica, proveniente de cualquiera de sus redes.

⁹² De Castro y Bravo, Federico; op. cit.; p.60.

⁹³ Messineo, Francesco; op. cit.; Tomo I; p.112.

⁹⁴ En el caso de llamadas de larga distancia internacional ingresaron a su patrimonio hasta la expedición de la medida cautelar y en el caso de llamadas locales y de larga distancia nacional, ingresaron a su patrimonio hasta el 1 de abril de 2003, fecha de vigencia del nuevo cargo.

Telefónica, a su vez, no deberá hacer reintegro alguno a dichas empresas por el mayor cargo recibido a partir de la expedición de la Medida Cautelar;

(ii) en relación a los cargos de terminación de llamadas de larga distancia nacional y llamadas locales, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 (Mandato AT&T) y, respectivamente, 24 de marzo de 2002 (Mandato IDT) hasta el 1 de abril de 2003, fecha de inicio de la vigencia de la Resolución 018-2003-CD/OSIPTEL, Telefónica no podrá recuperar de AT&T e IDT la diferencia entre el cargo que correspondía pagar (US\$ 0.014) y los cargos efectivamente pagados (US\$ 0.0115 y US\$ 0.0096), por la terminación de llamadas en la red fija local de Telefónica provenientes de las redes local y de larga distancia nacional;

(iii) en virtud de la ponderación efectuada por este Tribunal en los acápites precedentes, las reglas contenidas en los numerales (i) y (ii) anteriores son de carácter excepcional, y en consecuencia la inoponibilidad de los Mandatos AT&T e IDT, producirán todos los efectos que por su naturaleza le corresponden.

En conclusión, y resolviendo la cuarta y quinta pretensiones principales de Telefónica (puntos controvertidos 6º a 15º) y ponderando los principios aplicables al presente caso -equilibrio contractual, presunción de legalidad, confianza, principio de que nadie responde por actos ajenos y derechos adquiridos- este Tribunal considera que los Mandatos AT&T e IDT son inoponibles a Telefónica. No obstante, por las razones señaladas y en los términos establecidos precedentemente, no corresponde que Telefónica recupere la diferencia del cargo existente entre US\$ 0.01150 y 0.00960, fijados en sus respectivos Mandatos y el cargo de US\$ 0.014 previsto en la resolución general emitida por OSIPTEL vigente en ese momento, así como tampoco corresponde que Telefónica reintegre a dichas empresas los cargos recibidos como consecuencia de la vigencia de la Medida Cautelar.

Por estas consideraciones, el Tribunal Arbitral, por unanimidad;



RESUELVE:

Primero: Atendiendo a la naturaleza jurídica del contrato ley determinada por este Tribunal en los acápites II y III de la parte considerativa de esta Resolución, declarar infundadas las excepciones de incompetencia deducidas por el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL mediante escritos de fechas 22 de marzo de 2002 y 24 de mayo de 2002.

Segundo: Por los fundamentos expuestos en el acápite V de la parte considerativa de esta Resolución, declarar infundada en todos sus extremos la primera pretensión principal y sus pretensiones accesorias y subordinada.

Tercero: Por los fundamentos expuestos en el acápite V de la parte considerativa de la presente Resolución, declarar infundada en todos sus extremos la segunda pretensión principal de Telefónica del Perú S.A.A..

Cuarto: Por los fundamentos expuestos en el acápite VI de la parte considerativa de la presente Resolución, declarar infundada la tercera pretensión principal de Telefónica del Perú S.A.A

Quinto: Declarar fundadas en parte la cuarta y quinta pretensiones principales de Telefónica del Perú S.A.A. y en consecuencia, disponer que OSIPTEL declare inoponibles respecto de Telefónica del Perú S.A.A. el Mandato de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL y el Mandato de Interconexión N° 001-2002-CD/OSIPTEL a partir de la vigencia de los cargos de terminación de llamada en la red del servicio de telefonía fija local de Telefónica del Perú S.A.A. de US\$ 0.01150 y US\$ 0.096.

Sexto: Por las razones expuestas en el acápite VII.4 de la parte considerativa de la presente resolución, declarar que, como excepción a la inoponibilidad dispuesta en el artículo Quinto, no procede que Telefónica del Perú S.A.A. recupere los cargos dejados de pagar por las empresas AT & T Perú S.A. e IDT Perú S.R.L. en razón de la inoponibilidad de los Mandatos de Interconexión N° 006-2000-GG/OSIPTEL y N° 001-2002-CD/OSIPTEL. En consecuencia:

(i) en relación a los cargos de terminación de llamadas de larga distancia internacional en la red fija local de Telefónica del Perú S.A.A, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2002, fecha de vigencia del cargo de US\$ 0.01150 previsto en el Mandato N°006-2000-GG/OSIPTEL y 24 de marzo de 2002, fecha de la publicación del Mandato N°001-2002-CD/OSIPTEL, hasta el 4 de diciembre de 2002, fecha de notificación de la Medida Cautelar dictada por este Tribunal, Telefónica del Perú S.A.A no podrá recuperar de AT&T Perú S.A ni de IDT Perú S.R.L. la diferencia entre el cargo que correspondía pagar (US\$ 0.014 previsto en la Resolución N°029-2001-CD/OSIPTEL) y el cargo efectivamente pagado (US\$ 0.01150 y US\$ 0.0096) por la terminación de llamadas en la red fija local de Telefónica del Perú S.A.A, proveniente de cualquiera de sus redes. Telefónica del Perú S.A.A, a su vez, no deberá hacer reintegro alguno a dichas empresas por el mayor cargo recibido a partir de la expedición de la Medida Cautelar;

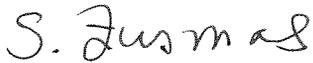
(ii) en relación a los cargos de terminación de llamadas de larga distancia nacional y llamadas locales en la red fija local de Telefónica del Perú S.A.A, durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2002 (Mandato N° 006-2000-GG/OSIPTEL) y, respectivamente, 24 de marzo de 2002 (Mandato N° 001-2002-CD/OSIPTEL) hasta el 1 de abril de 2003, fecha de inicio de la vigencia de la Resolución 018-2003-CD/OSIPTEL, Telefónica no podrá recuperar de AT&T Perú S.A. ni de IDT Perú S.R.L. la diferencia entre el cargo que correspondía pagar (US\$ 0.014 previsto en la Resolución N° 029-2001-CD/OSIPTEL) y los cargos efectivamente pagados (US\$ 0.0115 y US\$ 0.0096), por la terminación de

llamadas en la red fija local de Telefónica del Perú S.A.A provenientes de las redes local y de larga distancia nacional.

Sétimo: Habiendo tenido razones para litigar, declarar que no existe condena de gastos, costas y costos a ninguna de las partes.



BALDO KRESALJA ROSSELLÓ
Presidente del Tribunal



SHOSCHANA ZUSMAN TINMAN
Arbitro



ENRIQUE PALACIOS PAREJA
Arbitro



JOSE ANTONIO TRELLES C.
Secretario Ad-Hoc

Índice

I. Antecedentes	
I.1 Los hechos que han dado lugar a la controversia	1
I.2 Demanda de Telefónica	5
I.3 Contestación a la demanda por OSIPTEL	6
I.4 Ampliación de demanda	7
I.5 Contestación a la ampliación de la demanda por OSIPTEL	7
I.6 Excepción de Incompetencia interpuesta por OSIPTEL	7
I.7 La intervención de los terceros	9
I.8 La Medida Cautelar	10
I.9 Los puntos controvertidos	11
I.9.1 Sobre la competencia del Tribunal	11
I.9.2 Sobre el fondo de la controversia	11
I.10 La Resolución N° 018-2003-CD/OSIPTEL	12
II. Introducción	
II.1 Los contratos-ley como instrumentos de la técnica de fomento	13
II.2 Los Contratos de Concesión como contratos-ley las "garantías" y "seguridades" de Telefónica	20
III. La competencia del Tribunal Arbitral	
III.1 En relación a la afectación a terceros de un laudo eventualmente favorable a Telefónica	27
III.2 En relación a las atribuciones <i>ius imperium</i> del Estado	30
III.3 Conclusión	36
IV. La interpretación de los Contratos de Concesión: métodos, orientación y ponderación	37
V. Primera Pretensión Principal; Pretensiones Accesorias a la Primera Pretensión Principal y Segunda Pretensión Principal de Telefónica	
V.1 Las pretensiones	39
V.2 Fundamentos expresados por Telefónica	39
V.3 Fundamentos expresados por OSIPTEL	42
V.4 Interpretación de la Sección 10.01 b) de la cláusula 10 de los Contratos de Concesión	44
V.5 El monto del cargo de terminación: ¿cubre los costos, contribución a costos comunes y margen de utilidad razonable de Telefónica?	51
VI. Tercera Pretensión Principal	52
VII. Cuarta y Quinta Pretensiones Principales	53
VII.1 Las pretensiones	53
VII.2 Fundamentos expresados por Telefónica	53
VII.3 Fundamentos expresados por OSIPTEL	55
VII.4 Análisis de los fundamentos de hecho y derecho	57