

2018 JUN 20 PM 6 29

CASO ARBITRAL N° 3029-2014-CCE
LAUDO ARBITRAL DE CONCIENCIA

RECIBIDO
SEÑAL DE
CONFORMIDAD

GILAT TO HOME PERU S.A.

vs

MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
FONDO DE INVERSION EN TELECOMUNICACIONES

TRIBUNAL ARBITRAL

BALDO KRESALJA ROSSELLÓ
LEYSSER LEÓN HILARIO
CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS







Lima, 20 de junio de 2018

ÍNDICE

VISTOS Y OÍDOS.....	3
CONSIDERANDOS.....	5
I. Antecedentes.....	5
II. La demanda.....	8
III. La contestación a la demanda.....	26
IV. La reconvencción.....	39
V. La absolución de la excepción de falta de legitimidad para obrar.....	40
VI. La absolución de la contestación a la demanda.....	42
VII. La contestación a la reconvencción.....	46
VIII. Escrito presentado por el tercero coadyuvante de la parte demanda (OSIPTTEL)	47
IX. La ampliación de la contestación a la demanda.....	54
X. La ampliación de la reconvencción.....	59
XI. La absolución de la ampliación de la contestación a la demanda.....	59
XII. La contestación a la ampliación de la reconvencción.....	64
XIII. Las materias de pronunciamiento y la admisión de pruebas.....	65
XIV. Análisis.....	69
XIV.1 Premisas: sobre el arbitraje de conciencia.....	69
XIV.2 Premisas (sigue): sobre la valoración de las pruebas.....	73
XIV.3 De la intervención de FITEL como parte no signataria y de la excepción de incompetencia.....	73
XIV.4 De la intervención de OSIPTTEL como tercero coadyuvante.....	76
XIV.5 De la excepción de falta de legitimidad pasiva formulada por el MTC	77
XIV.6 Del análisis de las pretensiones: Premisas.....	80
XIV.6.1 Primera pretensión de la demanda.....	81
XIV.6.2 Segunda pretensión de la demanda.....	110
XIV.6.3 Tercera pretensión de la demanda y pretensión accesoria a ella.....	115
XIV.6.4 Cuarta pretensión de la demanda.....	124
XIV.6.5 De las pretensiones reconconvencionales.....	127
XV. De los costos del arbitraje.....	131
PARTE RESOLUTIVA.....	132

2018 JUN 20 PM 6 29

RECIBIDO
CON SEÑAL DE
CONFORMIDAD

LAUDO ARBITRAL DE CONCIENCIA

Laudo de conciencia dictado por el Tribunal Arbitral integrado por los doctores Baldo Kresalja Rosselló, como Presidente, Leysser León Hilario y Carlos Cárdenas Quirós, como coárbitros; en la controversia entre GILAT TO HOME PERU S.A. (parte demandante) y el MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES y el FONDO DE INVERSIONES EN TELECOMUNICACIONES (partes demandadas).

Resolución N° 75

Lima, 20 de junio de 2018

VISTOS:

El Acta de Instalación del Tribunal Arbitral de 24 de febrero de 2015, que contiene las reglas del proceso;

La demanda interpuesta por Gilat To Home Perú S.A. (en adelante, GTH) el 9 de abril de 2015, contra el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) y el Fondo de Inversión en

Telecomunicaciones (en adelante, FTEL) para que el Tribunal Arbitral declare fundadas las pretensiones allí formuladas;

La Resolución N° 3 de 25 de mayo de 2015 mediante la cual se subsana la tercera pretensión principal de la demanda;

La contestación de la demanda, la excepción de falta de legitimidad opuesta y la reconvención formulada por el MTC, el 15 de junio de 2015;

La contestación de la reconvención presentada por GTH, el 27 de agosto de 2015;

La Resolución N° 13 del Tribunal Arbitral, del 8 de setiembre de 2015, mediante la cual se incorpora al Organismo Supervisión de Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, OSIPTEL), como tercero coadyuvante de la parte demandada en el presente proceso;

El escrito presentado por el OSIPTEL el 26 de octubre de 2015;

La ampliación de la contestación a la demanda y de la reconvención presentadas por el MTC, el 15 de diciembre de 2015;

La Audiencia de determinación de las cuestiones materia del pronunciamiento del Tribunal Arbitral celebrada el 17 de diciembre de 2015;

La Audiencia Especial realizada el 25 de enero de 2016;

La absolución de la ampliación de la contestación y la contestación a la ampliación de la reconvención presentada por GTH, el 1 de febrero de 2016;

La Resolución N° 32, de 11 de abril de 2016, mediante la cual se declara que el presente arbitraje es de conciencia; y la Resolución N° 34, de 27 de mayo de 2016, que declara INFUNDADA la reconsideración del MTC contra la Resolución N° 32.

La Resolución N° 35, de 27 de mayo de 2016, mediante la cual el Tribunal Arbitral determinó las cuestiones materia del pronunciamiento en el laudo arbitral;

La Audiencia de Sustentación de informe pericial, realizada el 10 de febrero de 2017;

Los alegatos escritos presentados, respectivamente, por el MTC, el 2 de octubre de 2017, por el OSIPTEL el 3 de octubre de 2017 y por GTH, el 13 de octubre de 2017;

La Audiencia de Informes Orales realizada el 15 de noviembre de 2017;

Los medios probatorios ofrecidos por las partes;

Los demás escritos presentados por las partes y las Resoluciones expedidas por el Tribunal Arbitral;



CONSIDERANDO:



I. ANTECEDENTES

1. El 28 de octubre de 2014, GTH presentó al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el Centro) una petición de arbitraje dirigida contra el MTC y el FITEL, estando a lo dispuesto por

la Cláusula Vigésima del "Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Telefónico en la Modalidad de Teléfonos Públicos" de 3 de noviembre de 1999 (en adelante el Contrato de Concesión), en virtud de la cual:

VIGESIMA.- SOLUCION DE CONTROVERSIAS

20.01. Las partes convienen que cualquier litigio, controversia, duda, discrepancia o reclamación que se derive, surja de o en relación al presente Contrato, sus documentos complementarios, modificatorios o relacionados con él, directa o indirectamente, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, nulidad, validez, resolución o terminación,

será resuelto amistosamente por las partes y de no llegar a un acuerdo, la o las materias controvertidas serán finalmente resueltas mediante Laudo definitivo e inapelable bajo arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas y reglamentos las partes se someten en forma incondicional.

El Arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima y será conducido en idioma castellano.

La Ley aplicable al Arbitraje es la ley peruana, la solución de las materias controvertidas se debe efectuar de acuerdo a la legislación peruana vigente.

Los árbitros pueden suplir, a su discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en el presente Contrato, mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho.

En su petición de arbitraje, GTH designó como árbitro al abogado y profesor universitario Leysser Luggi León Hilario, quien aceptó la designación mediante carta presentada al Centro el 20 de noviembre del 2014.

2. El 6 de noviembre del 2014, el MTC contestó la petición de arbitraje y designó como árbitro al abogado y profesor universitario Víctor Sebastián Baca Oneto. Ante la declinación del profesional designado, comunicada al Centro el 17 de noviembre de 2014, el MTC, en carta dirigida al Centro el 28 de noviembre del 2014, designó como árbitro al abogado y profesor universitario Carlos Cárdenas Quirós, quien aceptó su designación el 3 de diciembre de 2014.

3. Mediante carta dirigida al Centro el 8 enero del 2015, los árbitros designados nombraron al abogado y profesor universitario Baldo Kresalja Rosselló como presidente del Tribunal Arbitral, quien aceptó su designación en comunicación dirigida al Centro el 21 de enero del 2015.

4. El presente arbitraje es administrado por el Centro, con aplicación de su respectivo Reglamento. El secretario arbitral designado por el Centro para este caso fue, inicialmente, el doctor Augusto Durand Díaz, sucedido por los doctores Gino Assereto Llona, Daniel Cuentas Pino y, finalmente, Alex Pinedo-Mindreau Pastor.

5. El 24 de febrero de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la que se concedió a la parte demandante un plazo de treinta (30) días hábiles para presentar su demanda, contado desde el día siguiente de ser notificada con el Acta correspondiente.

6. Los representantes y abogados acreditados por las partes son los siguientes:

6.1. Demandante: GTH
Representante: Santiago José Borja Godoy
Abogada: Ana María Arrarte Arisnabarreta

6.2. Demandados: MTC y FITEL
Representantes: Karen Ansualdo Ríos
Carol Yanely Apaza Moncada
Procurador: Alan Carlos Alarcón Canchari (MTC)

6.3 Tercero coadyuvante: OSIPTEL
Representantes: Luis Felipe Sáez Montoya

Katy Paola Torres Peceros

Procuradora: Kelly Silvana Minchán Antón

7. Los gastos arbitrales totales fueron distribuidos de la siguiente manera:

Respecto de la instalación del Tribunal Arbitral:

7.1. S/. 30,000.00 (treinta mil y 00/100 soles) más IGV por Gastos Administrativos; y

7.2. S/. 90,000.00 (noventa mil y 00/100 soles) más IGV por Honorarios Arbitrales.

Respecto de la demanda arbitral:

7.3. S/. 467,886.84 (cuatrocientos sesenta y siete ochocientos ochenta y seis y 84/100 soles) más IGV por Gastos Administrativos; y

7.4. S/. 1'108,217.94 (un millón ciento ocho mil doscientos diecisiete con 94/100 soles) más IGV por Honorarios Arbitrales.

Respecto de la ampliación de demanda:

7.5. S/. 486,288.37 (cuatrocientos ochenta y seis mil doscientos ochenta y ocho con 37/100 soles) más IGV por Gastos Administrativos; y

7.6. S/. 1'151,154.83 (un millón ciento cincuenta y un mil ciento cincuenta y cuatro con 83/100) más IGV por Honorarios Arbitrales.

II. LA DEMANDA

8. Mediante escrito de 9 de abril de 2015, GTH presentó su demanda contra el MTC y el FITEL para que el Tribunal Arbitral declare fundadas las siguientes pretensiones y con este tenor:

Primera pretensión principal: Que, se ordene al MTC y FITEL el pago de una suma no menor a US\$ 48'000,000.00 (Cuarenta y ocho millones de dólares americanos) por concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a GTH durante la ejecución del Contrato de Concesión y los Contratos de Financiamiento de los Proyectos 2, 3 y 4 celebrados con e l MTC y FITEL, respectivamente.

Nos reservamos el derecho de ampliar el monto de la indemnización por los daños que se ocasionen durante el trámite del arbitraje hasta la fecha efectiva de emisión del Laudo.

Segunda pretensión principal: Que, se declare que los Contratos de Financiamiento celebrados con FITEL e indicados anteriormente se mantendrán vigentes, por lo menos, hasta la conclusión del Contrato de Concesión celebrado con el MTC, que se producirá en el año 2019.

Tercera pretensión principal: Que, se declare que la correcta interpretación de la obligación de continuidad prevista en los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3 y 4, solo es aplicable respecto de aquellos teléfonos que brindan un servicio necesario para la población rural, lo que se verifica en los teléfonos que tienen un tráfico mayor a los cinco (05) minutos diarios en un período continuo de tres (03) meses".

Pretensión accesoria al Tercera pretensión principal: Que, como consecuencia de lo anterior, el Tribunal declare que en ese supuesto GTH podrá solicitar el retiro de los teléfonos que no brindan un servicio esencial en los Proyectos FITEL 2, 3 y 4, cuyo tráfico no es mayor a cinco (05) minutos diarios en un periodo continuo de tres (03) meses.

Precisamos que este pedido incluirá aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico mayor al mencionado.

Cuarta pretensión principal: Que, el Tribunal declare que cuando los teléfonos públicos correspondientes a los Proyectos FITEL 2, 3 y 4 se encuentren en la situación de deficitarios, esto es que no tienen un tráfico que permita cubrir su costo por un periodo continuo de tres meses, GTH no se encuentra obligado a continuar prestando el servicio, salvo que el Estado establezca algún mecanismo que mantenga dicho equilibrio en el plazo que fije el Tribunal.

Precisamos que este pedido incluirá aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico que permita cubrir sus costos".

9. Los principales fundamentos de hecho y de derecho expuestos por GTH en su demanda son los siguientes:

(i) Durante la década de los noventa, el desarrollo del servicio de telefonía en la zona rural del país era escaso a pesar de la gran demanda de los pobladores. Por ello, el Estado celebró diversos contratos de concesión y financiamiento para promover el servicio de teléfonos públicos en zonas rurales.

(ii) FTEL, cuyo objetivo es el diseño de proyectos para la provisión de servicios de telecomunicaciones en áreas rurales o en lugares de preferente interés social que se encontraban aislados por falta de acceso, diseñó ciertos proyectos por los cuales el Estado brindaba el financiamiento que haría viable la prestación de este servicio de telefonía pública rural por privados. GTH decidió invertir en la instalación de ellos ya que el Estado, a través del MTC, iba a garantizar la factibilidad de los proyectos. La demanda de los pobladores permitía estimar un elevado tráfico de minutos, los cuales asegurarían no sólo cubrir los costos y el financiamiento del Estado, sino también obtener utilidades. La demanda estimada de dichos teléfonos públicos era de 102 minutos al día.

(iii) Por Resolución Ministerial N° 397-99-MTC/15.03 de 6 de octubre de 1999, se otorgó la concesión a favor de la empresa Global Village Telecom N.V. para la prestación del servicio telefónico en la modalidad de teléfonos públicos. Como consecuencia de ello, el 3 de noviembre de 1999, se suscribió el Contrato de Concesión con el MTC cuyo objeto es la prestación del servicio telefónico en la modalidad de teléfonos públicos por el plazo de veinte años, hasta el 3 noviembre de 2019. Mediante Resolución Viceministerial N° 143-2000-MTC/15.03 de 10 de abril de 2000 se aprobó la transferencia de la concesión a favor de

Global Village Telecom del Perú S.A. (hoy GTH), la cual fue formalizada mediante la Primera Adenda al Contrato de Concesión.

(iv) Entregar la concesión no era suficiente, según GTH. Además, el Estado debía subsidiar una parte de la inversión privada en dichos proyectos, puesto que no eran económicamente rentables debido a los altos costos para implementar el servicio en esas zonas. El FITEL financiaría la instalación de teléfonos públicos en la zona rural, así las empresas invertirían allí y se lograría que el proyecto sea autosostenible para hacer viable la inversión privada y garantizar su éxito, resultando así un beneficio social para los pobladores y para las empresas.

(v) Así, los Proyectos FITEL 2, 3 y 4 estuvieron a cargo de GTH, habiéndose celebrado los respectivos Contratos de Financiamiento en los años 1999, 2000 y 2001, mediante los cuales tanto el Estado como GTH se comprometieron a fortalecer el desarrollo de las telecomunicaciones, concretamente del servicio de telefonía rural. GTH debía asumir los costos de prestación del servicio y esperaba razonablemente obtener utilidades por el cobro de las tarifas de llamadas en función al tráfico de llamadas que debía obtener por la demanda del servicio. No era previsible que la demanda por el uso de teléfonos públicos se redujera por causa del fomento de la telefonía móvil.



(vi) En cuanto al Contrato de Financiamiento FITEL 2, el 25 de julio de 1999, OSIPTEL convocó a la Licitación Pública Internacional OSIPTEL/FITEL/001-99 para la prestación del servicio público de telecomunicaciones que incluía la instalación, explotación y mantenimiento de un sistema de telecomunicaciones en las áreas rurales de los departamentos de Arequipa, Moquegua, Puno y Tacna (Proyecto Sur); Loreto y San Martín (Proyecto Selva Norte) e Ica,

Huancavelica, Apurímac y Ayacucho. Cusco y Madre de Dios (Proyecto Centro Sur).

(vii) Para acceder al financiamiento, el postor debía incluir en su propuesta técnica, entre otros, la operación y mantenimiento durante el periodo de concesión y en la oferta económica, el correspondiente costo del servicio de operación y mantenimiento durante dicho periodo. Así, GTH debía asumir los costos de la instalación y mantenimiento de los teléfonos para cubrir la demanda esperada. Desde la Bases, el Estado estableció un determinado tráfico de llamadas, exigiendo que el diseño de la red de telefonía rural cubra 102 minutos por línea como requerimiento técnico mínimo para ser admitido como postor. Es decir que, para obtener la buena pro, el operador estaba obligado a mantener operativa la red para brindar ese tráfico de minutos en el entendido que éste sería alcanzado y que ello permitiría cubrir los costos de operación y mantenimiento de dichos teléfonos, hecho determinante para la participación de GTH en la licitación.

(viii) La empresa Telecomunicaciones y Representaciones S.A.C. (en adelante TELEREP) obtuvo la buena pro para la prestación del servicio público de telecomunicaciones. Posteriormente, el 31 de enero de 2000, TELEREP y OSIPTEL suscribieron el Contrato de Financiamiento. Para poder acceder al financiamiento otorgado por el FITEL, el 23 de febrero de 2001 GTH celebró un Contrato de Cesión de Posición Contractual mediante el cual TELEREP cedió a favor de GTH su posición en el Contrato de Financiamiento, cuyas condiciones se encontraban reguladas en la Segunda Adenda del dicho contrato.

(ix) La instalación del Proyecto consistiría en la instalación de por lo menos un teléfono público en cada una de las localidades, pudiendo GTH instalar líneas y servicios adicionales a su sola decisión y asumiendo

los costos que ello involucrase en las diversas localidades que señale el Plan Mínimo de Expansión del Contrato de Concesión y otras adicionales conforme a la legislación vigente.

(x) Se estableció que el OSIPTEL desembolsaría a favor de GHT la suma de US\$ 10'990,888.00 (Diez millones novecientos noventa mil ochocientos ochenta y ocho y 00/100 dólares americanos) como monto total por la prestación del servicio, el cual sería desembolsado paulatinamente por etapas. US\$ 3'030,012.00 para el Proyecto Sur, US\$ 2'122,144.00 para el Proyecto Selva Norte, US\$ 5'838,732.00 para el Proyecto Centro Sur. El 11 de abril de 2007, el OSIPTEL cedió su posición contractual al FITEL.

(xi) En cuanto al Contrato de Financiamiento FITEL 3, el 19 de marzo de 2000, OSIPTEL convocó a Licitación Pública Internacional OSIPTEL/FITEL/001-2000 para la prestación del servicio público de telecomunicaciones que incluía el suministro, instalación, operación y mantenimiento de uno o más sistemas de telecomunicaciones en las áreas rurales de los departamentos de Ancash, La Libertad y Lambayeque (Proyecto Centro Norte); Huánuco, Junín, Lima, Pasco y Ucayali (Proyecto Centro Oriente) y Piura, Cajamarca y Amazonas (Proyecto Norte). Se brindaría el servicio de telecomunicaciones mediante un teléfono público que cursara llamadas entrantes y salientes en cada una de las localidades.

 (xii) Se estableció el mismo objetivo que en el Contrato de FITEL 2, con los mismos parámetros para la propuesta técnica y la oferta económica. Se estableció un determinado tráfico de llamadas como requerimiento mínimo para ser postor. De igual modo, GTH se obligó a prestar el servicio considerando cubrir el tráfico de minutos estimado, por lo que debía asumir los costos de la instalación y mantenimiento de los teléfonos para cubrir la demanda esperada.

(xiii) La buena pro fue adjudicada a GTH el 26 de setiembre de 2001 y el 3 de octubre del mismo año, el OSIPTEL y GTH suscribieron el Contrato de Financiamiento para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en las áreas rurales del Proyecto Centro Oriente y Proyecto Norte, sobre la base de lo pactado en el Contrato de Concesión.

(xiv) Del mismo modo que en el Contrato de FITEL 2, la instalación del Proyecto consistiría en la instalación de por lo menos un teléfono público en cada una de las localidades, pudiendo GTH instalar líneas y servicios adicionales a su sola decisión y asumiendo los costos que ello involucrase en las diversas localidades que señale el Plan Mínimo de Expansión del Contrato de Concesión y otras adicionales conforme a la legislación vigente.

(xv) Se estableció que el OSIPTEL desembolsaría a favor de GHT la suma de US\$ 20'775,400.00 (Veinte millones setecientos setenta y cinco mil cuatrocientos y 00/100 dólares americanos) como monto total por la prestación del servicio, el cual sería desembolsado paulatinamente por etapas. US\$ 9'365,959.00 para el Proyecto Centro Oriente, US\$ 11'409,441.00 para el Proyecto Norte. Con fecha 11 de abril de 2007, el OSIPTEL cedió su posición contractual al FITEL.

(xvi) En cuanto al Contrato de Financiamiento FITEL 4, debido a que no se había podido satisfacer la demanda de la población a pesar de los teléfonos ya instalados, el 6 de octubre de 2001 el OSIPTEL convocó al Concurso Público de Ofertas OSIPTEL/FITEL/001-2001 para la instalación, puesta en servicio, operación y mantenimiento del servicio de teléfonos públicos que cursen llamadas entrantes y salientes en las localidades rurales de las áreas de los Proyecto Centro Oriente, Centro Sur, Norte, Selva Norte y Sur.

(xvii) La Buena Pro fue adjudicada a GTH el 4 de diciembre de 2001 y el 20 del mismo mes, el OSIPTEL y GTH suscribieron el Contrato de Financiamiento para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones en las áreas rurales antes mencionadas, en base a lo pactado en el Contrato de Concesión. GTH se comprometió a la operación y mantenimiento de dichos teléfonos públicos, comprendiendo todos los actos destinados a hacer posible la prestación del servicio. Cada teléfono adicional debía integrarse adecuadamente a los sistemas de telecomunicaciones ya instalados por GTH, debiendo realizarse las instalaciones adicionales necesarias para prestar de manera normal el servicio.

(xviii) Se estableció que el OSIPTEL desembolsaría a favor de GTH la suma de US\$ 2'325,300.00 para el Proyecto Centro Oriente, US\$ 2'618,000.00 para el Proyecto Centro Sur, US\$ 2'242,500.00 para el Proyecto Norte, US\$ 994,000.00 para el Proyecto Selva Norte, US\$ 1'526,500.00 para el Proyecto Sur. El 11 de abril de 2007, el OSIPTEL cedió su posición contractual al FIDEL.

(xix) En el año 2006, el Estado adoptó una serie de medidas legales y regulatorias destinadas a promover la expansión de la telefonía móvil en zonas rurales, tales como el menor canon para la utilización del espectro radioeléctrico, reducción a 0% del precio CIF de los derechos arancelarios por el ingreso de mercancías (terminales móviles) al país, aprobación de cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles, implementación del área virtual móvil y demora en la aprobación de los cargos de interconexión diferenciados, aplicables en los servicios de telecomunicaciones en áreas rurales y lugares de preferente interés social.

(xx) Ello ocasionó que la necesidad de teléfonos públicos en zonas rurales decreciera, lo que implicó que el tráfico fuera muy reducido o nulo. En muchos casos, el tráfico de los teléfonos públicos no permitía cubrir el costo de operación y mantenimiento, originando pérdidas cuantiosas para GTH. Se produjo la pérdida de rentabilidad en la prestación de los servicios proporcionados por GTH. Sin embargo, dichas medidas no fueron aparejadas con otras que eran imprescindibles para permitir el cumplimiento del objeto de los Contratos celebrados con GTH.

(xxi) Los efectos negativos de tales medidas fueron la inminente e imprevisible inserción de los operadores móviles en las zonas donde ya operaba GTH, la reducción significativa del tráfico de llamadas y la consecuente caída de ingresos que GTH percibía con regularidad, produciéndole graves perjuicios económicos al no recibir utilidad alguna conforme a las expectativas razonables originadas en la información proporcionada en las Bases. Asimismo, GTH asume la pérdida por mantener teléfonos públicos que ya no cumplen su finalidad de interés social porque no son utilizados. El Estado no ha tomado las medidas necesarias para evitar el daño originado hasta la fecha. Tampoco ha permitido a GTH retirar los teléfonos públicos que ya no son de utilidad para la población, incrementándose cada día los daños. Se ha afectado el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión y de los Contratos de Financiamiento.

(xxii) GTH considera que no tiene por qué asumir los costos de mantener operativa una red de telefonía fija rural que ha dejado de ser sostenible porque la población no la utiliza debido a las políticas adoptadas por el Estado, siendo éste el responsable de afrontar los impactos negativos producidos. Ciertamente existía la posibilidad de tener competidores, pero en ningún caso se esperaba una caída tan severa en el tráfico de llamadas como la que se produjo. Al ser la

telefonía móvil un sustituto de los teléfonos públicos necesariamente iba a generar un impacto económico negativo en los contratos suscritos por GTH.

(xxiii) Y el Estado conocía plenamente de la situación perjudicial porque había un sistema de supervisión remoto en tiempo real del estado de los TUPs de cada localidad a cargo del FITELE desde una computadora ubicada en las oficinas del OSIPTEL en Lima, entre ellos el reporte del tráfico (llamadas y sus tiempos, hora pico, rutas, congestiones, etc.). Es decir que el FITELE siempre pudo conocer los bajos niveles de tráfico entrante y saliente de cada localidad, como consecuencia de las medidas regulatorias adoptadas para favorecer el acceso a la telefonía móvil.

(xxiv) Además, GTH debía reportar mes a mes al FITELE del nivel de tráfico de llamadas entrantes y salientes en cada uno de los TUPs instalados. Dichos reportes han demostrado que los niveles de tráfico de los TUPs se redujeron a partir de las medidas regulatorias que favorecieron el ingreso de la cobertura móvil en las zonas rurales, algunos de los cuales llegaron a presentar tráfico nulo.

(xxv) Asimismo, desde el 3 de noviembre de 2008, GTH envió cartas al Estado haciendo referencia al problema económico que venía afrontando, tomando conocimiento de que la causa del bajo o nulo nivel de tráfico era la presencia de la telefonía móvil en las zonas rurales. GTH solicitó reuniones al OSIPTEL y al MTC para tratar la problemática generada en la telefonía rural, tales como los cargos de interconexión. GTH expuso propuestas de solución. El 5 de agosto de 2009, GTH remitió al OSIPTEL y al MTC el estudio elaborado por Apoyo sobre la problemática de cargos de interconexión para comunicaciones rurales, en el cual se proponía que el Estado adoptara una política de cargos de interconexión diferenciados por servicios de telefonía.

(xxvi) Posteriormente, mediante Resolución N° 007-2010-CD/OSIPTTEL, el Estado accedió a implementar la diferenciación de los cargos de interconexión rurales que permitiría mantener en funcionamiento los TUPs instalados en aquel momento y que de otro modo habrían tenido que ser retirados por no cubrirse los costos de mantenimiento. De otro lado, el 12 de julio de 2010, GTH explicó al FITEL las razones para retirar aquellos TUPs cuyo costo de operación era mayor al ingreso generado, que a la fecha ascendían a 4221 teléfonos.

(xxvii) Se elaboraron diversos informes técnicos tanto por el Estado como por instituciones especializadas, como VOXIVA, OSIPTTEL, DIRSI, Apoyo Consultoría, ESAN –todos incorporados como Anexos en la demanda de GTH- en los que se concluye que, debido a la incursión de la telefonía móvil, los proyectos FITEL ya no podían ser autosostenibles y que su capacidad financiera estaba severamente golpeada. Apoyo propuso que se permita retirar los teléfonos.

(xxviii) Se analizó la posibilidad de aumentar la tarifa del servicio para incrementar los ingresos percibidos por GTH, sin embargo, el Estado rechazó dicha medida porque afectaba a los usuarios. Finalmente se concluyó que lo más eficiente era retirar los teléfonos que presentarían escaso o nulo tráfico de llamadas (teléfonos deficitarios). No obstante, el Estado planteó reubicar los TUPs, lo cual se hizo. Las partes suscribieron una adenda al contrato para establecer las condiciones para la reubicación de dichos teléfonos, estableciéndose, entre otros, que ello sería posible en caso el teléfono público instalado no genere un tráfico superior a cinco minutos diarios en un periodo continuo de tres meses o se encuentre instalado dentro del área de cobertura de un servicio móvil.

Este parámetro no obedeció a un criterio objetivo o económico, sino que la reubicación se debía a que ya no era requerido por la población de la localidad. GTH no estaba de acuerdo con ese criterio ya que había teléfonos que superaban el tráfico de cinco minutos y que no cubrían los costos mínimos que no podían ser retirados, pero tuvo que aceptar el mal menor, a pesar de que GTH debía asumir el costo de dicha reubicación, de la instalación, operación y mantenimiento de los teléfonos reubicados.

(xxix) Si bien GTH podía elegir la localidad a la que sería trasladado el teléfono público, en un inicio podía ser sólo dentro del mismo departamento de la localidad que se pretendía abandonar, lo que no aseguraba una mayor rentabilidad. Ello fue modificado mediante la suscripción de nuevas adendas, sin embargo, la expansión de la telefonía móvil era tal que cada vez existían menos posibilidades de reubicar teléfonos en localidades en las que no había presencia de telefonía móvil. Por lo tanto, en la gran mayoría de los casos los teléfonos reubicados se volvieron deficitarios nuevamente. ESAN sugirió que se retiren los teléfonos deficitarios por no existir beneficio alguno ni para el usuario o beneficiario de dichos servicios y que únicamente generaba costo para la empresa concesionaria y para la entidad estatal que debe supervisar su buen funcionamiento.

(xxx) GTH insistió en el retiro de los teléfonos en enero de 2011 amparándose en lo pactado en la cláusula sexta del Contrato de Concesión, la cual contemplaba la posibilidad de hacerlo siempre que se comunique con razonable anticipación al MTC y al OSIPTEL. Sin embargo, el MTC manifestó que el retiro procedía en caso fortuito, fuerza mayor o situaciones fuera del control de la empresa y que en todos estos casos, el servicio debía ser restablecido una vez superadas las causas y razones que las justifiquen.

(xxxix) En respuesta a ello, el 10 de octubre de 2011 GTH solicitó el retiro ya que por circunstancias fuera de su control 1150 teléfonos de los Proyectos FITEL 2 y 3 tenían cero tráfico entrante y saliente o menos de un minuto de tráfico diario en promedio. El MTC respondió que eran posibles sólo interrupciones temporales y que para retirarlos definitivamente debía sustentarse en razones de caso fortuito o fuerza mayor y únicamente por el periodo de tiempo en que dicho cumplimiento sea obstaculizado. Ante las trabas impuestas por el Estado, GTH no tuvo más alternativa que reubicar esos teléfonos y mediante carta del 23 de noviembre de 2011 decidió dejar sin efecto el aviso de retiro de dichos teléfonos.

(xxxixii) En febrero de 2015, GTH solicitó el retiro de 1598 teléfonos del Proyecto FITEL 2 y 1424 teléfonos del Proyecto FITEL 3 cuando registren un tráfico inferior a cinco minutos diarios por tres meses seguidos, sustentándose en informes elaborados por Apoyo y ESAN a pedido del Estado que recomendaban el retiro de los teléfonos deficitarios. Sin embargo, el Estado no accedió a dicho pedido. El Estado recién ha considerado viable el retiro de los teléfonos cuando se ha iniciado este arbitraje y GTH ya ha sufrido pérdidas económicas.

(xxxixiii) El Estado ha reconocido que se ha roto el equilibrio económico financiero de los Contratos de Financiamiento debido a la promoción de la telefonía móvil en zonas rurales, llegando a modificar contratos vinculados a proyectos similares para restablecer dicho equilibrio, como fue en el caso del Proyecto FITEL 1. Es decir, que el Estado sí podía realizar modificaciones contractuales en atención a los daños que se venían ocasionando generados por la caída del tráfico de los teléfonos operados por GTH como consecuencia de la regulación promovida por el Estado para la expansión de la telefonía móvil.

(xxxiv) Los contratos deben ejecutarse conforme a las reglas de la buena fe según lo establece el artículo 1362 del Código Civil. Así, deben cumplirse deberes secundarios de conducta, tales como los deberes de protección cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabo en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes. Si bien el MTC y el FITEL han cumplido con sus respectivas prestaciones principales, han provocado graves daños al patrimonio del GTH debido a su actuación durante la ejecución contractual, contraria a la corrección y lealtad exigidas por la buena fe.

(xxxv) GTH se involucró en el negocio porque se trataba de un proyecto que a futuro debía ser autosostenible, en el entendido de que no existía oferta privada que pudiera llegar a sustituir su servicio, haciendo inviable su negocio. Se proyectó que GTH alcanzaría ciertos niveles de tráfico que además le reeditarían ganancias. Si bien eran niveles que no estaban garantizados en ningún momento se esperó una caída tan severa generada por el fomento por parte del Estado de la oferta privada de un servicio sustituto, lo cual generó un impacto económico negativo en los contratos suscritos por GTH.

(xxxvi) En estas circunstancias y sabiendo de la situación, el MTC como concedente y el FITEL como contratante no debieron forzar a GTH a mantener teléfonos públicos en zonas en las que el propio Estado estaba incentivando la expansión de la telefonía móvil, incumpliendo sus deberes de protección con GTH, suficiente para solicitar un resarcimiento por daños y perjuicios. El MTC y el FITEL únicamente aceptaron la reubicación de los teléfonos como medida para mitigar los daños, pero no surtió efectos. Por ello, GTH reiteró su solicitud para retirarlos de manera definitiva, y el Estado en lugar de actuar con lealtad y corrección, respondió con negativas.



(xxxvii) Los contratos celebrados tienen carácter conmutativo, esto es que al celebrarlos y dadas ciertas circunstancias, las partes establecieron una equivalencia entre sus obligaciones recíprocas la cual debió mantenerse hasta su conclusión. El Estado tenía la obligación de mantener el equilibrio económico financiero de los contratos celebrados.

(xxxviii) El Decreto Supremo N° 060-96-PCM que aprobó el Reglamento del Texto Único Ordenado de las normas con rango de ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y servicios públicos, concede la atribución al concedente de modificar el contrato de concesión cuando ello sea necesario siempre que se respete las condiciones económicas pactadas y el equilibrio financiero de las prestaciones asumidas por ambas partes.

(xxxix) Las condiciones para invocar la afectación del equilibrio económico financiero del contrato y su correspondiente restitución son: a) que el hecho que produce la alteración de las condiciones contractuales sea extraño a la parte afectada, b) que dicho hecho sea posterior a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato, c) que sea un alea extraordinario, es decir que por su carácter excepcional no pudiese haber sido razonablemente previsto por el afectado y d) que la economía del contrato sea afectada de manera grave y anormal por la alteración en las condiciones contractuales.



(xl) No era previsible que desde el año 2006 el Estado decidiera dictar medidas para promover la expansión de la telefonía móvil sustituyendo el servicio de telefonía pública rural sin adoptar ninguna medida que permita mitigar el perjuicio que ello ocasionaba, a pesar de que era consciente de él. El Estado ha reconocido que se ha producido la ruptura del equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión por tales motivos, por ello tomó las medidas correspondientes en el caso

de FITEL 1, cuyas circunstancias son exactamente las mismas que en los contratos que son materia del presente arbitraje. En consecuencia, dicho equilibrio deberá ser restablecido.

(xli) El MTC y el FITEL han actuado con culpa inexcusable ya que incumplieron negligentemente sus deberes de protección frente a GTH y provocaron la ruptura del equilibrio económico financiero, aun sabiendo que las medidas de expansión de la telefonía móvil habían producido efectos negativos. Ni el MTC ni el FITEL ofrecieron una solución eficaz para evitar daños patrimoniales a GTH, actuando negligentemente en la ejecución de sus obligaciones contractuales.

(xlii) La relación de causalidad entre la conducta antijurídica y los daños patrimoniales ocasionados queda acreditada con la inacción del MTC y del FITEL de adoptar medidas efectivas para evitar los perjuicios económicos a GTH, a pesar de los diversos informes que concluyeron que la expansión de la telefonía móvil promovida por el Estado determinó la caída del tráfico en los teléfonos públicos instalados por GTH. Ha quedado acreditada la relación de causalidad existente entre el incumplimiento de los deberes de protección del MTC y del FITEL y la ruptura del equilibrio económico financiero con los daños económicos generados a GTH por la inacción de dichas entidades.

(xliii) El daño emergente consiste en los costos en que tuvo que incurrir GTH para continuar prestando de manera innecesaria el servicio de telefonía rural en aquellas localidades donde la telefonía móvil había logrado una gran expansión. El costo mensual de mantener un teléfono operativo incluía el mantenimiento de equipos rurales, el espacio satelital, remuneraciones, obsolescencia, gastos de viaje, costo de almacenamiento y flete, entre otros. Estos costos superaron en muchos casos los ingresos generados por los teléfonos instalados por GTH,

debido al bajo tráfico alcanzado. El daño emergente asciende a un monto no menor a US\$ 29'200,000.00.

(xlv) El lucro cesante se ve manifestado en las utilidades que GTH no pudo percibir y cuyo monto es no menor a US\$ 18'800,000.00, considerando las utilidades que GTH obtuvo antes de la adopción de las medidas regulatorias para la promoción de la telefonía móvil expedidas a partir de diciembre de 2006.

(xlv) La segunda pretensión principal está referida a la vigencia de los Contratos de Financiamiento hasta la vigencia del Contrato de Concesión, el cual concluirá el 3 de noviembre de 2019. El FITEI ha iniciado el procedimiento de cierre de los Contratos de Financiamiento, en aplicación de los "Lineamientos del Procedimiento para el Cierre de los Contratos de Financiamiento de FITEI", aprobados por la Resolución Secretarial N° 035-2014-MTC/24 de 31 de marzo de 2014 (en adelante los Lineamientos).

(xlv) GTH recibió invitaciones para participar en el procedimiento de cierre de los Contratos de Financiamiento FITEI 2, 3 y 4 y si GTH no asistía a las reuniones propuestas, el FITEI podía cerrar unilateralmente los contratos y aplicar cláusulas lesivas por las que GTH tendría que aceptar que no había monto pendiente de pago y que no podría iniciar ningún reclamo sobre el Acta de Cierre correspondiente. Ante esa posibilidad, GTH accedió a participar en dichas reuniones a pesar de considerar que los Contratos de Financiamiento siguen vigentes. Si no siguieran vigentes, no existiría posibilidad de que las partes adopten las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico de dichos contratos, ocasionándose más daños a GTH.

(xlvii) No es obligación de un inversionista privado subsidiar actividades que al ser de interés público son de responsabilidad del Estado. No

puede pretenderse que GTH asuma los costos de mantener operativa una red de telefonía fija rural que ha dejado de ser sostenible porque la población rural no la utiliza por políticas adoptadas por el propio Estado.

(xlviii) En cuanto al Proyecto FITEL 2, la cláusula 1.3.5 del Contrato de Financiamiento establece que su vigencia es hasta la fecha efectiva de la devolución de la última de las cartas fianza de fiel cumplimiento del contrato. La última fue devuelta el 18 de marzo de 2015. Sin embargo, debe interpretarse íntegramente las cláusulas del contrato conforme lo establece el artículo 169 del Código Civil. En las Bases se estableció que la operación y mantenimiento del servicio prestado por GTH se realizará durante el periodo de concesión, el cual es de 20 años. Asimismo, en la Segunda Adenda del Contrato de Financiamiento se estableció que se mantendría vigente incluso hasta el 15 de febrero de 2020.

(xlix) En cuanto al Proyecto FITEL 3, se pactó lo mismo y se devolvió la última carta fianza en octubre de 2010. Sin embargo, también deberá realizarse una interpretación sistemática de la que se concluye que el Contrato de Financiamiento deberá estar vigente hasta la conclusión del Contrato de Concesión. Ambas partes han reconocido la vigencia del Contrato de Financiamiento luego de la entrega de la última carta fianza, pues luego de dicha fecha se han celebrado diversas adendas.

IA
↗
(I) En cuanto al Proyecto FITEL 4, la vigencia del Contrato de Financiamiento es hasta el plazo del Contrato de Concesión, porque así fue pactado expresamente en él.

(II) La tercera pretensión principal está referida a la obligación de continuidad del servicio de los teléfonos que realmente constituyen un servicio indispensable para la población, es decir, los que tienen un tráfico mayor a cinco minutos diarios. El Estado ha venido interpretando

erróneamente que la obligación de continuidad se extiende a todos los teléfonos, aunque no se utilicen y por ello no ha permitido que se retiren.

(lii) La cláusula 6.06 del Contrato de Concesión, que regula la obligación de continuidad del servicio prestado por GTH, debe ser interpretada conjuntamente con las cláusulas previstas en los Contratos de Financiamiento de cada Proyecto FITEL. En los casos de los Proyectos 2 y 3 se estableció que las localidades beneficiarias cuenten con el servicio de telecomunicaciones, el cual no tenían. Por eso en las Bases, el Estado previó que, si durante la instalación alguna localidad ya contaba con servicio de telefonía, debía ser cambiada por otra localidad que no contara con dicho servicio.

(liii) En el caso del Proyecto FITEL 4, las localidades ya contaban con teléfonos públicos instalados por otro operador, pero todavía existía demanda insatisfecha por lo que era esencial contar con teléfonos públicos adicionales. En todos los casos, en el supuesto de que la población dejara de utilizar la red de telefonía, entonces la finalidad de los contratos y la obligación de continuidad perdían sentido. Si variaban las circunstancias que sustentaron el diseño original de los Proyectos FITEL por razones ajenas al operador, la obligación de continuidad debe interpretarse de un modo más flexible. El régimen de continuidad es exigible sólo respecto de aquellas localidades que sí requieren el teléfono. En el caso del Proyecto FITEL 2, el Estado ha aceptado la posibilidad de reducir localidades, lo que equivale al retiro de los teléfonos.

(liv) Como pretensión accesoria a la tercera pretensión principal se solicita que el Tribunal declare que corresponde el retiro de los teléfonos que no brindan servicio por ser innecesario para la población en la medida que su tráfico no es mayor a cinco minutos diarios en un período continuo de tres meses.

(lv) La cuarta pretensión principal está referida a que GTH no está obligada a continuar prestando el servicio en caso de teléfonos deficitarios presentes y futuros de los Proyectos FITEL 2, 3 y 4, esto es, cuando no tienen un tráfico que permita cubrir su costo por un periodo continuo de tres meses en condiciones lesivas al equilibrio económico financiero de los contratos, salvo que se establezca un mecanismo que mantenga dicho equilibrio. Si bien estos teléfonos tienen un tráfico mayor a los cinco minutos diarios no llegan a un nivel que permita cubrir sus costos y generan pérdidas para GTH.

III. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

10. Mediante el escrito de contestación de la demanda de 15 de junio de 2015, el MTC opuso excepción de falta de legitimidad para obrar y solicitó que la demanda sea declarada infundada de acuerdo a los siguientes fundamentos:

(i) El MTC ha opuesto excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado debido a que no tiene ninguna responsabilidad frente al hecho reclamado por GTH. No existe nexo causal entre el MTC y el daño producido, en consecuencia, no siendo parte de la relación jurídica sustancial de la responsabilidad por el daño, no puede integrar la relación jurídica procesal como demandado porque sería inválido conforme al numeral 6 del artículo 446 del Código Procesal Civil. Las pretensiones están orientadas a resolver incertidumbres jurídicas referidas a los Contratos de Financiamiento.

(ii) No existe acto alguno por parte del MTC que haya contravenido alguna norma, pues los mecanismos de prevención no pueden ser considerados antijurídicos. El Contrato de Concesión establece cada una de las obligaciones de las partes, entre las cuales estaba la

continuidad del servicio, disponiendo que la interrupción es posible sólo en función a hechos generados por caso fortuito o fuerza mayor. No hubo culpa ni dolo por parte del MTC. El riesgo no lo creó el MTC y no puede hablarse de responsabilidad solidaria del MTC y el FITEL según lo dispuesto por el artículo 1183 del Código Civil.

(iii) Las partes establecieron alternativas para que GTH no sea afectada por el uso de la telefonía móvil, como la reubicación de los teléfonos pactada en la Tercera Adenda.

(iv) En cuanto a los Contratos de Financiamiento FITEL 2 y 3, el objeto fue disminuir la brecha de acceso universal, mediante el acceso a un teléfono público a una distancia de cinco kilómetros de la población, a nivel nacional, atendiendo la necesidad de las poblaciones rurales y lugares declarados de preferente interés social. Los pagos de los Contratos de Financiamiento fueron realizados luego de calificarse como positivo cada informe de supervisión semestral. Todos los desembolsos a favor de GTH fueron realizados por el FITEL, por lo tanto, no existe monto adicional por desembolsar por ningún concepto. Se amplió el presupuesto para contemplar nuevas localidades y se suscribió varias adendas, algunas de las cuales estaban referidas a la ampliación o reemplazo de localidades. Los correspondientes desembolsos adicionales fueron pagados por el FITEL a GTH, por lo tanto, no hay monto adicional por desembolsar por ningún concepto.

(v) Se contaba con un sistema de administración y gestión de la red que permitió que toda la información procesada, como tráfico de llamadas, facturación, entre otros, se monitoreasen desde una computadora ubicada en las oficinas de OSIPTEL en Lima.

(vi) El 4 de noviembre de 2006 se promulgó la Ley N° 28900, Ley que otorga al Fondo de Inversión en Telecomunicaciones - FITEL la calidad

de Persona Jurídica de Derecho Público, adscrita al Sector Transportes y Comunicaciones, la cual señala que el OSIPTEL transferirá al FITEL los activos, pasivos y obligaciones y derechos contractuales derivados de los contratos de financiamiento vigentes. Ello fue recogido en las actas correspondientes del 11 de abril de 2007 mediante la cual se formalizó la Cesión de Posición Contractual a favor de FITEL.

(vii) El 28 de setiembre de 2007 se suscribió el Convenio de Cooperación Interinstitucional para la Supervisión, por parte del OSIPTEL, de la Operación y Mantenimiento de las Instalaciones y los Servicios objeto de los Contratos de Financiamiento vigentes en los que el FITEL era parte. Se acordó que la supervisión y fiscalización de las obligaciones contractuales asumidas por los adjudicatarios de los proyectos del FITEL sería realizada por el OSIPTEL hasta el 31 de diciembre de 2009.

(viii) GTH cumplió con todas las obligaciones contenidas en los Contratos de Financiamiento. Por consiguiente no existe obligación pendiente por cumplir por parte del operador. Asimismo, cumplió con el pago de todas las penalidades aplicadas en los proyectos y no existe monto alguno por cobrar bajo ese concepto.

(ix) Se verificó *in situ* el cumplimiento de dichas obligaciones y se realizó evaluaciones de disponibilidad de servicio mediante el análisis de reportes de interrupciones y acreditaciones de casos fortuitos y de fuerza mayor, según se contempló en el Contrato. Hubo dos tipos de supervisiones: a) las que se desarrollaron en las localidades beneficiarias cuya prueba consistió en la realización de diversas llamadas entrantes y salientes desde/hacia números fijos y móviles, para comprobar si la llamada se completaba y/o la claridad de voz en la comunicación era la adecuada, así como la verificación de puesta a tierra; y b) las que se desarrollaron en el Datacenter, sistema de administración y gestión de

red, verificándose el tráfico de toda la red por departamentos, el tráfico de los teléfonos públicos por año, mes y día, los números telefónicos por departamento, tráfico por línea telefónica (por cada teléfono), situación de las líneas, entre otros. Todas las supervisiones para los pagos correspondientes al periodo de Inversión y Operación y Mantenimiento se realizaron por OSIPTEL. El FITEL realizó supervisiones al Datacenter del proyecto desde el año 2009 siendo la última supervisión en el 2013.

(x) Se realizó cambios de localidades de acuerdo a los criterios establecidos en las adendas correspondientes, es decir, en las localidades donde el servicio estaba interrumpido por tiempo prolongado debido a causas de fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control del operador o localidades con muy bajo tráfico. Se realizó 274 cambios de localidades en el Proyecto FITEL 2, 366 cambios en el Proyecto FITEL 3 y 236 en el Proyecto FITEL 4. Actualmente sólo se brinda el servicio de telefonía pública de acuerdo a los parámetros de calidad requeridos inicialmente en el proceso de licitación; el servicio de internet se brindó sólo hasta el año 2014.

(xi) Las localidades beneficiarias aumentaron contabilizando un total de 2,224 localidades en el Proyecto FITEL 2, 1,879 localidades en el Proyecto FITEL 3 y 1391 localidades en el Proyecto FITEL 4. La última devolución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento efectuada a favor de GTH se realizó el 18 de marzo de 2015 mediante constancia de devolución N° 08-2015-MTC/24 en el caso de FITEL 2, el 12 de enero de 2012 en el caso de FITEL 3 y el 7 de marzo de 2012 mediante constancia de devolución N° 013-2012-MTC/24 en el caso FITEL 4. Por lo tanto, los Proyectos 2 y 3 se encuentran expeditos para la aplicación de los Lineamientos. En el caso de FITEL 4, de acuerdo al Contrato de Financiamiento, la operación y mantenimiento de los teléfonos públicos financiados a través de dicho contrato será durante la vigencia del

Contrato de Concesión. Por lo tanto, dicho Proyecto permanece en período de operación y mantenimiento.

(xii) En cuanto, al Contrato de Financiamiento FITEL 4, el objeto fue la instalación de un teléfono público adicional en comunidades que ya contaban con el servicio de telefonía pública de manera insuficiente, atendiendo de esta manera la necesidad de las poblaciones rurales y lugares declarados de preferente interés social. GTH utilizó la infraestructura existente del HUB del Proyecto FITEL 2, de acuerdo a las especificaciones técnicas del proyecto.

(xiii) La Tercera Adenda suscrita entre GTH y el OSIPITEL el 20 de julio de 2005 permite y regula el cambio de localidades durante el período contractual de Operación y Mantenimiento, debido a la existencia de otro operador de telefonía pública en la misma localidad, o cuando el teléfono público no genere un tráfico superior a cinco minutos diarios en período continuo de tres meses o se encuentre dentro de la cobertura de un servicio móvil, o cuando la población actual sea igual o inferior a 150 habitantes o se hayan producido actos delictivos contra el equipamiento del servicio y otros supuestos que sean debidamente fundamentados.

(xiv) De acuerdo al literal b) de la cláusula 6.06 del Contrato de Concesión, referida a la Prestación del Servicio Concedido, son obligaciones de la empresa concesionaria la "Continuidad del Servicio.- En ningún caso LA EMPRESA CONCESIONARIA dejará de prestar o reducirá al SERVICIO CONCEDIDO, salvo en los casos a que se refiere la sección siguiente". La cláusula 6.07 referida a la Interrupción del Servicio Concedido establece (a) **Comunicación Previa.**- Excepto en los casos establecidos en el inciso (c) siguiente, LA EMPRESA CONCESIONARIA no podrá interrumpir intencionalmente EL SERVICIO CONCEDIDO sin haberlo comunicado con razonable anticipación al MINISTERIO y

OSIPTEL. (b) **Interrupción de Emergencia.** - En caso de que la interrupción o suspensión se deba a emergencia, fuerza mayor, caso fortuito u otras circunstancias fuera de control de LA EMPRESA CONCESIONARIA, ésta notificará inmediatamente al MINISTERIO y al OSIPTEL la existencia de dichos eventos, debiendo aportar las pruebas pertinentes y deberá señalar el plazo durante el cual estima que quedará suspendido el SERVICIO CONCEDIDO".

(xv) Así, conforme a la Cláusula Décimo Sexta del Contrato de Concesión, la concesionaria quedará exonerada de su cumplimiento sólo en la medida y por el período de tiempo en que dicho cumplimiento sea obstaculizado o impedido por caso fortuito o fuerza mayor. El literal a) establece que la interrupción del servicio es por un plazo que puede ser previsto de acuerdo a las circunstancias, lo que implica que, superadas las causas o razones justificadas de la interrupción, se brindará el servicio.

(xvi) El acápite 3 del numeral 25.01 de la Cláusula Vigésimo quinta del Contrato de Concesión dispone que debe ser interpretado y ejecutado en armonía con la Ley de Telecomunicaciones, su Reglamento General y demás normas que sean aplicables a la fecha de su suscripción. En la eventualidad de existir alguna discrepancia entre las disposiciones del Contrato y dichas normas, prevalecerán estas últimas, sin perjuicio de lo establecido en la cláusula 25.07, referida a la adecuación automática a las normas de observancia obligatoria.

1/2
9
(xvii) El artículo 34 de las Condiciones de Uso, aprobadas por el OSIPTEL, relacionadas a la Continuidad del Servicio, establece que "la empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida..." Asimismo, los artículos 35, 36, 37 y 38 referidos a las interrupciones de servicios establecen también las medidas que deberá tomar la concesionaria para restituir el servicio y

dar aviso al OSIPTEL, a los abonados y al Ministerio de las medidas adoptadas.

(xviii) La excepción se da en el artículo 39 que dispone la interrupción del servicio por caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera del control de la empresa operadora, precisándose que ésta deberá actuar con la diligencia debida y cumplir con las siguientes obligaciones: (i) comunicar y acreditar tales eventos al OSIPTEL dentro del plazo establecido en sus respectivos contratos de concesión, de ser el caso, o comunicar dichos eventos dentro del día hábil siguiente de producida la causa y acreditar dentro los cuatro días hábiles siguientes de producida la causa; (ii) presentar un cronograma y plan de trabajo al OSIPTEL para reparar y reponer el servicio cuando la interrupción supere las 72 horas. El cronograma deberá ser presentado dentro de los cuatro días hábiles siguientes de producida la causa debiendo sustentarse en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En consecuencia, es posible interrumpir el servicio de telecomunicaciones por razones de caso fortuito y fuerza mayor.

(xix) En cuanto al retiro de los teléfonos públicos por falta de uso debido al ingreso de otros operadores, los artículos señalados se refieren sólo a una interrupción temporal del servicio y la solicitud de retiro es de carácter definitivo. La cláusula décimo sexta del Contrato de Concesión establece que la concesionaria sólo quedará exonerada de su cumplimiento sólo en la medida y por el período de tiempo en que dicho cumplimiento sea obstaculizado o impedido por caso fortuito o fuerza mayor. Por ello se le solicitó a GTH que sustente documentalmente las razones de caso fortuito y fuerza mayor conforme a la definición contenida en el artículo 1315 del Código Civil, que ampararían su pedido.

(xx) En el plan mínimo de expansión contenido en el Plan de Expansión se establece que GTH tiene la obligación de instalar en el plazo de cinco años contados a partir de la fecha de inicio de la prestación del servicio 500 teléfonos públicos en 500 localidades, debiendo presentar la ubicación, entre otros, de cada estación por instalar en el primer mes de cada año. Si bien no se ha identificado las localidades donde debió instalar los 500 teléfonos públicos, quedando ello a su libre elección por cuanto su área de cobertura comprende todo el territorio del país; el número de localidades donde se instalarían los TUPs no debía ser inferior a 500 localidades, siendo ello una condición esencial como parte del objeto del Contrato.

(xxi) Una vez instalados los 500 teléfonos en las 500 localidades, GTH podía realizar modificaciones, instalaciones, traslados, reubicaciones, mantenimientos; no obstante, debía obtener de los organismos competentes los permisos y licencias necesarios, incluyendo permisos de construcción y otros distintos de telecomunicaciones para construir, implementar, modificar y remover instalaciones y construcciones requeridas para la prestación del servicio. También debía tener en cuenta su obligación de continuidad del servicio.

(xxii) GTH planteó los supuestos y circunstancias que estaban fuera de su control y que desde su perspectiva motivaban la suspensión o interrupción de la continuidad del servicio. Al respecto, el Contrato de Concesión no evidencia que exista ningún supuesto que permita inferir que el MTC se encuentra obligado a resarcir a GTH.

(xxiii) En cuanto a la Primera Pretensión de la demanda, el numeral 6.02 de la cláusula sexta del Contrato de Concesión, referido al Plan Mínimo de Expansión, establece que *"LA EMPRESA CONCESIONARIA se obliga a cumplir en el plazo de cinco (5) años, contados a partir de la FECHA DE INICIO DE LA PRESTACION DEL SERVICIO, el PLAN MINIMO DE EXPANSION*

contenido en el Anexo 2, el mismo que forma parte integrante del presente Contrato. LA EMPRESA CONCESIONARIA presentará al MINISTERIO y al OSIPTEL, dentro del primer trimestre de cada año la información conteniendo el avance del PLAN MINIMO DE EXPANSION establecido para el año inmediato anterior. Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo anterior, LA EMPRESA CONCESIONARIA podrá solicitar al MINISTERIO la modificación de dicho PLAN MINIMO, solicitud que deberá ser presentada dentro de los sesenta (60) días calendario siguientes al término del primer, segundo y tercer año. La decisión del MINISTERIO respecto a la solicitud de modificación del PLAN MINIMO DE EXPANSION será comunicada al OSIPTEL".

(xxiv) GTH inició la prestación del servicio el 23 de octubre de 2000, pudiendo ser modificado el Plan Mínimo de Expansión, de acuerdo a dicha cláusula, dentro de los 60 días calendario siguientes al término del primero, segundo y tercer años. GTH solicitó modificaciones que fueron aprobados en su oportunidad por el MTC. Sin embargo, mediante Oficio N° 515-2002-MTC/17 de 15 de octubre de 2002, el MTC comunicó a la concesionaria que no era posible modificar el Plan Mínimo de Expansión para el primer año al haberse vencido el plazo para su cumplimiento, teniendo en cuenta que dicho plazo se computa a partir del inicio de las operaciones.

(xxv) La Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Concesión, referida a Caso Fortuito y Fuerza Mayor, establece que "LA EMPRESA CONCESIONARIA quedará exonerada del cumplimiento del presente contrato, incluyendo las sanciones, y los daños y perjuicios derivados de su incumplimiento, sólo en la medida y por el periodo de tiempo en que dicho cumplimiento sea obstaculizado o impedido por caso fortuito o fuerza mayor". Al respecto, el artículo 1315 del Código Civil dispone que el "Caso Fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la

ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

(xxvi) El avance de la telefonía móvil y las normas emitidas por el MTC en el marco de su competencia no constituyen caso fortuito o fuerza mayor y por lo tanto la cláusula antes citada no es aplicable. El informe de la Unión Internacional de Telecomunicaciones - UIT sobre el Desarrollo Mundial de las Telecomunicaciones de 1999 referido a la telefonía móvil celular ya advertía que existía un auge mundial de las telecomunicaciones móviles y preveía para el futuro a mediano plazo que alcanzaría un desarrollo mayor, tanto en los países industrializados como en desarrollo.

(xxvii) Antes de otorgar la Buena Pro, el Comité Especial dejó claramente establecido que el Contrato de Concesión era por 20 años. En las consultas realizadas en virtud de las Licitaciones Públicas, que forman parte de los Contratos de Financiamiento del FITEL, se preguntó *“En caso de que en un futuro llegue la telefonía convencional en forma masiva a algunas localidades que se están cubriendo con este proyecto y se decida cambiarlos teléfonos públicos a otras localidades carentes del servicio, quién se hará cargo de los costos de instalación y traslado del equipamiento en caso de que OSIPTEL no se haga cargo de los costos de traslado e instalación ¿es posible retirar el equipamiento en los lugares que al no cursar más tráfico habría un costo de operación y mantenimiento que no sería rentable?”*

(xxviii) La respuesta a dicha consulta fue *“El compromiso que adquiere el operador es el de brindar los servicios especificados en las localidades comprendidas en los proyectos durante 20 años. El análisis y las conclusiones a la que llegue sobre las diversas posibilidades de servicio en las áreas de los proyectos rurales son de su responsabilidad y deberá considerarlas al momento de presentar su(s) oferta(s)”*. El MTC ha

mantenido una posición acorde con lo estipulado en las cláusulas contractuales y las normas de la materia.

(xxix) GTH señala que se ha afectado el equilibrio económico financiero del Contrato, pero para ello, replica el MTC, es necesario que se cumplan ciertos requisitos. El primer requisito es que la alteración debe darse por acontecimientos que no sean imputables a la parte que reclama el restablecimiento; el derecho de restablecer el equilibrio contractual nace como consecuencia de hechos ajenos a las partes o de hechos que provienen de una conducta del cocontratante que no se ha perjudicado. En el presente caso, no se puede concluir que el hecho que hoy reclama GTH no haya podido ser previsible. GTH sabía exactamente cuáles eran las condiciones que aceptaba al suscribir el Contrato de Concesión y bien pudo, en función de la respuesta a la consulta realizada, no presentarse, pero lo hizo y asumió el riesgo ante la eventualidad de la masificación de la telefonía celular. Todos los costos debieron ser incluidos en su propuesta. No puede ahora desconocer lo pactado porque no se ajusta a sus fines y pretender desconocer el contrato que es ley entre las partes.

(xxx) El segundo requisito es que la alteración debe darse por acontecimientos posteriores a la presentación de la propuesta o la celebración del contrato. Sólo podrá restablecerse el equilibrio cuando surjan situaciones que no hayan podido ser previstas durante la fase de la selección, pues se entiende que todo contratante diligente, experimentado y especializado debe desplegar su capacidad técnica para identificar los riesgos que asumirá y que ha tenido que identificar para hacer su oferta, sobre todo si asumirá una obligación por veinte años. GTH no es un neófito en este rubro y en este caso el riesgo fue evidenciado en la etapa de selección y también en dicha etapa se dijo que la continuidad del servicio no podía verse afectada por ninguna

situación, salvo caso fortuito o fuerza mayor, cuyos supuestos no se han dado.

(xxxii) El tercer requisito es que la alteración debe superar el alea normal. Si bien el riesgo fue trasladado a GTH, se le concedió la facultad de traducir ese riesgo en costo en su propuesta para no evidenciar una situación inequitativa para ninguna de las partes. El cuarto requisito es que la alteración en las condiciones contractuales debe afectar de forma grave y anormal la economía del contrato y el cocontratante perjudicado debe probar tal situación. GTH no ha probado jurídicamente que la afectación sea legítima, ya que no cumplió con su deber de diligencia de advertir aquello que consideraba que potencialmente pudiera afectarlo, pretendiendo ahora trasladar esa responsabilidad. GTH no ha acreditado el supuesto sobre el cual se ha afectado el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión porque no se han dado los presupuestos para que tal afectación se constituya.

(xxxiii) No corresponde que el FITEL asuma el pago de la indemnización solicitada por GTH porque no ha probado que la responsabilidad del daño le sea atribuible. El FITEL ha cumplido con cada una de las obligaciones pactadas, no teniendo pendiente ningún desembolso ni beneficio a su favor. El FITEL no sólo ha cumplido con los Contratos de Financiamiento, sino que además ha aceptado el cambio de las localidades cuando luego de ser sustentado por GTH se verificaba que lo más eficiente era cambiar de ubicación. Tanto el FITEL como el MTC han cumplido con las obligaciones pactadas en los respectivos contratos, dando plenas alternativas a GTH. Si bien se ha desarrollado la telefonía móvil, le corresponde a GTH idear el mecanismo más idóneo para seguir cumpliendo con los contratos.

(xxxiii) En cuanto a la segunda pretensión, referida a la vigencia de los Contratos de Financiamiento celebrados con el FITEL, deberá respetarse el plazo pactado, el cual es equivalente al período de la concesión.

(xxxiv) La tercera pretensión de la demanda, referida a la obligación de continuidad se rige por lo dispuesto por el literal b) del numeral 6.06 de la cláusula sexta del Contrato de Concesión. Asimismo, el artículo 34 de las Condiciones de Uso aprobadas por el OSIPTEL establece que *"la empresa operadora está obligada a cumplir con la prestación del servicio de manera continua e ininterrumpida..."* Los artículos siguientes establecen las medidas que deberá tomar la concesionaria para restituir el servicio y dar aviso al OSIPTEL, a los abonados y al Ministerio de las medidas adoptadas. La excepción se da en el artículo 39 referido al caso fortuito, fuerza mayor u otras circunstancias fuera de control de la empresa operadora, precisándose que deberá actuar con la diligencia debida.

(xxxv) En los Contratos de Financiamiento celebrados con el FITEL se ha dispuesto cuáles son los supuestos de interrupción del servicio, los cuales se encuentran sujetos a casos de caso fortuito y fuerza mayor. Dichos contratos están sujetos al Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales emitido por OSIPTEL.



(xxxvi) En cuanto a la cuarta pretensión de la demanda, para establecer la situación de deficitarios de los teléfonos públicos corresponde al FITEL, en ejercicio de sus facultades de supervisión de dichos proyectos, elaborar los estudios técnicos que corroboren dicha situación y sustentar la viabilidad de esta pretensión de la demanda. En cuanto a las controversias que puedan surgir en la ejecución del Contrato de Concesión, la cláusula vigésima dispone que serán

resueltas amistosamente por las partes y de no llegar a un acuerdo, serán resueltas en arbitraje.

IV. LA RECONVENCIÓN

11. Mediante escrito del 15 de junio de 2015, el MTC interpuso reconvencción para que el Tribunal Arbitral declare fundadas las siguientes pretensiones:

“PRIMERA PRETENSION: Que el Tribunal Arbitral declare que la controversia debe seguirse únicamente entre GTH y Fitel, en razón a que las pretensiones invocadas están orientadas a cuestionar los contratos de financiamiento Fitel 2, 3 y 4, suscritos con Fitel.

SEGUNDA PRETENSION: Que el Tribunal Arbitral declare que el contrato de concesión no estableció un supuesto de ingreso mínimo garantizado sobre el cual GTH establezca que debe cuantificar el supuesto daño causado que se irroga”.

12. El principal fundamento expuesto por el MTC en su reconvencción es que no hay obligación de resarcir a GTH en función de un ingreso mínimo garantizado porque no se encuentra pactado en el Contrato de Concesión. La pretensión de GTH es desproporcionada e ilegítima pues desde antes de la firma del Contrato asumió el riesgo de las eventualidades que pudieran surgir durante la ejecución del mismo, con la contrapartida que un aumento de precio sería traducido en su oferta.

V. LA ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA

13. Mediante escrito del 27 de agosto de 2015, GTH absolvió la excepción opuesta por el MTC, solicitando que sea declarada infundada de acuerdo con los siguientes fundamentos:

(i) La legitimidad para obrar es la posición habilitante para ser parte de un proceso. En el presente caso, la indemnización reclamada debe ser pagada tanto por el MTC como por el FITEL, pues ambas entidades incumplieron su deber de protección, cada uno en el marco de sus respectivos contratos.

(ii) El objeto del Contrato de Concesión suscrito por GTH con el MTC es la prestación del servicio telefónico en la modalidad de teléfonos públicos dentro del territorio nacional de la República. Sin embargo, para incentivar la inversión de la telefonía en áreas rurales no bastaba el otorgamiento de las concesiones, era necesario además que el Estado subsidie una parte de la inversión privada, debido a los elevados costos de implementación en dichas zonas. Por ello, como consecuencia de la licitación correspondiente, se suscribió los Contratos de Financiamiento con el OSIPTEL, quien luego le cedería su posición contractual al FITEL.

(iii) Una prueba de la estrecha relación existente entre los Contratos de Financiamiento y el Contrato de Concesión es que existía una causa común entre ambos, la prestación del servicio de telefonía fija en la modalidad de teléfonos públicos al interior del país. La política del Estado, tanto del MTC como del FITEL, y las obligaciones que asumieron las partes era de fomentar la telefonía rural en la modalidad de teléfonos públicos. El MTC tenía una importante cuota de participación en la búsqueda por alcanzar dichos objetivos, siendo responsable de las decisiones tomadas al respecto.

(iv) En los concursos públicos para la adjudicación de los proyectos se estableció la necesidad de contar con una concesión que permitiera prestar el servicio en las zonas para las cuales se otorgaba el financiamiento. La ejecución de los Contratos de Financiamiento estaba supeditada a la existencia del Contrato de Concesión por ser el

título habilitante para implementar el servicio y, a la vez, el Contrato de Concesión fue ejecutado a través de los Contratos de Financiamiento. Y al ser el MTC parte en éste, su vinculación con cada uno de los proyectos está demostrada.

(v) Los Contratos de Financiamiento expresamente señalan que el Contrato de Concesión constituye un documento que forma parte de ellos y tienen que ser interpretados conforme a lo establecido en el Contrato de Concesión. Desde una interpretación integral de los Contratos de Financiamiento se puede concluir que deben mantenerse vigentes por lo menos hasta la fecha de conclusión del Contrato de Concesión en el año 2019. En las Bases se estableció que la obligación de operación y mantenimiento del servicio se realizará durante el período de concesión. Esto ha sido reconocido por los demandados al señalar en su contestación a la demanda que el plazo de los Contratos de Financiamiento debe ser equivalente al del Contrato de Concesión.

(vi) El MTC ha venido participando activamente en la ejecución de los Contratos de Financiamiento. El MTC absolvió las consultas realizadas por GTH acerca de los alcances de la obligación de continuidad y el retiro de teléfonos. Existe una única relación jurídica de la cual forman parte, de un lado, el FITEL y el MTC, y, de otro lado, GTH. El MTC, en su calidad de concedente, estuvo involucrado en la celebración y ejecución de ambos contratos y es titular del deber de buena fe como deber de protección y responsable de velar por mantener el equilibrio económico financiero de ambos contratos. Por lo tanto, se cumple el requisito necesario para que exista legitimidad para obrar.

VI. **LA ABSOLUCIÓN DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA**

14. Mediante escrito del 27 de agosto de 2015, GTH absolvió la contestación a la demanda presentada por el MTC, señalando lo siguiente:

(i) Las razones por las que procedía retirar los teléfonos trascienden las estipulaciones recogidas de manera literal en el Contrato de Concesión pues se basan en el carácter esencial que debe tener todo servicio público para ser calificado como tal. Para los casos FITEL 2 y 3, la obligación de GTH de mantener la red en términos operativos en un determinado número de localidades previstas en el Plan Mínimo de Expansión tenía como finalidad que *"las localidades beneficiarias cuenten con el servicio de telecomunicaciones"* y este objetivo tenía sentido sólo si las localidades beneficiarias no contaban con otro medio de comunicación telefónica. En el caso de FITEL 4, las localidades ya contaban con teléfonos públicos instalados por otro operador, pero había una demanda insatisfecha por lo que era esencial que la población contara con teléfonos públicos adicionales.

(ii) En consecuencia, el impedimento para realizar modificaciones al Plan Mínimo de Expansión fue previsto en el entendido que se prestaría un servicio de telefonía pública rural esencial para la población al ser efectivamente requerido en cada localidad. En caso de que la población sustituyera al servicio prestado por GTH con otros medios de comunicación, la finalidad de los contratos, la obligación de continuidad y la prohibición de modificar el Plan Mínimo de Expansión perdían todo sentido, sobre todo si las medidas de fomento a favor de la telefonía móvil se dieron luego del vencimiento del plazo para solicitar tales modificaciones, resultando imprevisible que el Estado cambiaría de política sólo tres años después.

(iii) El Estado incurrió en un comportamiento antijurídico al incumplir sus deberes de protección pues omitió tomar las medidas adecuadas

que eviten daños económicos a GTH luego de la implementación de una política regulatoria agresiva a favor del ingreso de la telefonía móvil. Los demandados no han señalado un solo argumento que contradiga la exigibilidad de sus deberes de protección. Que el plazo para solicitar modificaciones al Plan Mínimo de Expansión se encuentre formalmente vencido no implica que el Estado esté exento de cumplir con los deberes de protección a su cargo.

(iv) Los demandados señalan que vencido el referido plazo para solicitar modificaciones podía pedirse la interrupción del servicio sólo por caso fortuito o fuerza mayor, sosteniendo que la expansión de la telefonía móvil no era un evento imprevisible en aquella época y que GTH pudo haberlo anticipado desde un inicio. Sin embargo, el informe elaborado por la Unión Internacional de Telecomunicaciones al que aluden, no analizó de manera concreta la situación de nuestro país que hacía prever impacto sólo en las zonas urbanas mas no en las rurales.

(v) El evento generador del daño que se reclama no es la expansión de la telefonía móvil sino el incumplimiento del Estado de los deberes de protección a su cargo. El Estado, de manera inesperada, omitió tomar las medidas adecuadas para no causarle daño a GTH. En las Bases se proyectaba que GTH alcanzaría ciertos niveles de tráfico que harían su negocio auto sostenible y le redituarian ganancias. Se exigió que el diseño de la red cubra 102 minutos por línea como requerimiento técnico mínimo, en el entendido que sería alcanzado y permitiría cubrir los costos de operación y mantenimiento de los teléfonos. La severa caída en el tráfico de llamadas estimado resultó totalmente imprevisible.

(vi) La consulta a que hace referencia la parte demandada se refiere a la telefonía convencional, es decir, al servicio de telefonía fija y no a la telefonía móvil pues ésta constituía una innovación tecnológica. De otro

lado, la consulta no está referida a la expansión por la intervención del Estado, sino por el desarrollo de la tecnología. Se asumió que el Estado tendría siempre la intención de dar cumplimiento a los objetivos del proyecto, por lo tanto, fue un hecho imprevisible que el Estado no haya adoptado medidas adecuadas para no perjudicar el servicio de telefonía pública rural prestado por GTH, incumpliendo sus deberes de protección.

(vii) En cuanto a la afectación del equilibrio económico financiero, en el proyecto FITEL 1 se reconoció que las normas expedidas por el Estado a favor de la masificación del servicio móvil afectaron negativamente los ingresos de GTH viéndose afectado el equilibrio económico financiero del contrato de compraventa que se pretendía modificar. Las circunstancias son exactamente las mismas que las que afectan a los contratos materia del presente arbitraje.

(viii) GTH se encontraba en la imposibilidad de anticiparse a la actitud que el Estado adoptaría siete años después de celebrarse del Contrato de Concesión y aproximadamente seis después de los Contratos de Financiamiento. Era imposible concebir que cambiaría de estrategia sin honrar los deberes de protección a su cargo. No fue un alea común que GTH hubiese podido prever o mitigar ni un costo que debía ser asumido en la propuesta pues el Estado ofreció un escenario a favor de la autosostenibilidad y rentabilidad del servicio.

(ix) El MTC y el FITEL provocaron la ruptura del equilibrio económico financiero pues pese a contar con la información necesaria sobre los efectos negativos generados no adoptaron la medida más efectiva para superarlos, esto es, el retiro definitivo de los teléfonos.

(x) Los demandados han aceptado expresamente la segunda pretensión principal de la demanda al señalar que debe respetarse el

plazo pactado el cual es equivalente al período de concesión, la cual finalizará en el año 2019. Ello hará posible que se adopte medidas para restablecer el equilibrio económico financiero de los Contratos de Financiamiento. Los Lineamientos no resultan aplicables a ninguno de los proyectos porque continúan vigentes. Los teléfonos públicos no deberán pasar a ser operados bajo el régimen previsto en el "Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centro Poblados Rurales" pues seguirán siendo regulados por lo pactado en los contratos.

(xi) En cuanto a la tercera pretensión principal, el criterio de interpretación de la obligación de continuidad debe estar de acuerdo con los principios que rigen todo servicio público, en este caso, prestar un servicio que sea necesario para la población; y no con un criterio estrictamente formal. Dicha necesidad es la que justifica la obligación contractual de GTH de operar y mantener el teléfono de manera continua. La obligación de continuidad regulada en la cláusula 6.06 del Contrato de Concesión, debe ser exigible para aquellos teléfonos instalados en las localidades en que efectivamente se necesite el servicio.

(xii) Las circunstancias que justifican el retiro de los TUPs no son las mismas que las de la interrupción del servicio a que se refiere las Condiciones de Uso. La solicitud de retiro de los teléfonos no se sustenta en la imposibilidad o dificultad de prestar el servicio, sino en que ya no es necesario. La interrupción del servicio no tiene como consecuencia el retiro de los teléfonos.

VII. LA CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

15. Mediante escrito del 27 de agosto de 2015, GTH solicitó que se declare infundada la reconvencción por las siguientes razones:

(i) La primera pretensión principal, referida a la participación del MTC en este proceso, es improcedente ya que ha sido realizada mediante la excepción de falta de legitimidad para obrar opuesta por el MTC.

(ii) En cuanto a la segunda pretensión principal, referida al ingreso mínimo garantizado sobre el cual GTH ha cuantificado el daño causado, GTH no ha afirmado que exista tal ingreso mínimo garantizado por el Estado. Sin embargo, la inversión se encontraba justificada en la autosostenibilidad del proyecto por la alta demanda de los pobladores. En las Bases de los Contratos de Financiamiento FITEL 2 y 3 se estableció referencialmente el tráfico estimado por línea para cada proyecto, señalándose que tales valores constituían la exigencia mínima a considerarse para el diseño de la red, entendiéndose que era un requerimiento técnico que debe cumplirse. Para el proyecto FITEL 4 no se hizo esa referencia, pero era claro que los tráficos iniciales habían sido insuficientes.

(iii) El monto reclamado por GTH por daños se ha calculado en atención a los costos necesarios para mantener un teléfono operativo (daño emergente) así como a los ingresos que percibían con anterioridad a las normas que favorecieron a la telefonía móvil (lucro cesante). Si se tomase en consideración el ingreso mínimo garantizado, el monto a reclamar sería mayor. Si bien el Estado no garantizó el tráfico mínimo, sí estableció un parámetro sobre el cual GTH debía proyectar sus ganancias futuras.

VIII. EL ESCRITO PRESENTADO POR EL TERCERO COADYUVANTE DE LA PARTE DEMANDADA (OSIPTTEL)

16. Mediante escrito de 26 de octubre de 2015, el OSIPTTEL, tercero coadyuvante de la parte demandada, manifestó lo siguiente con respecto a la demanda arbitral presentada por GTH:

(i) La relación jurídica de GTH con el Estado se deriva la suscripción del Contrato de Concesión con el MTC y los Contratos de Financiamiento con el FITEL. El OSIPTTEL participó originalmente en la suscripción de los Contratos de Financiamiento, pero luego cedió su posición contractual al FITEL, adscrito al Sector Transportes y Comunicaciones, con la participación, conformidad y suscripción de GTH.

(ii) De conformidad con lo señalado por las partes en el presente arbitraje, la controversia surge durante la ejecución de los Contratos de Financiamiento FITEL 2, 3 y 4, no nace de una discrepancia en el Contrato de Concesión. Es decir que el Laudo Arbitral debería emitirse sin afectar el contenido y alcances del Contrato de Concesión. Por lo tanto, corresponde que el arbitraje sea de derecho y no de conciencia, ya que así fue pactado en los Contratos de Financiamiento. El Acta de Instalación del Tribunal Arbitral contiene un vicio estructural, afectando el debido proceso y poniendo en riesgo la seguridad jurídica, debiendo declararse nulo todo lo actuado hasta el momento de realizarse dicha Acta.

(iii) El OSIPTTEL no es causante ni responsable de daño alguno en perjuicio de GTH. Durante el período que el OSIPTTEL fue titular de los Contratos de Financiamiento cumplió con todas las obligaciones a las que se había comprometido, entre ellas la de desembolsar el dinero correspondiente a GTH. Una vez cedida su posición contractual al FITEL,

el OSIPTEL no puede ser sindicado como autor o coautor de hecho alguno que haya generado daño a GTH y consecuentemente los efectos del laudo no podrán alcanzar directamente al OSIPTEL.

(iv) Las pretensiones de GTH parten de la falsa premisa que se trata de contratos comunes celebrados entre partes privadas, olvidándose completamente que la concesión y los contratos para la prestación de servicios públicos, como son los Contratos de Financiamiento, tienen una naturaleza jurídica distinta. La concesión nace de la potestad soberana del Estado y la relación jurídica que se establece es de carácter pública, subordinada al interés público y no de carácter sinalagmático. Por tal razón, las pretensiones de GTH deberán ser evaluadas desde el ángulo del "interés público".

(v) La cláusula 3.03 de Contrato de Concesión dispone que GTH podrá hacer uso del espectro radioeléctrico, el cual constituye un recurso natural de acuerdo al artículo 57 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo N° 013-93-MTC. Le corresponde al Estado administrar los recursos naturales de manera responsable y orientada a la responsabilidad social. GTH está obligada a prestar un servicio público haciendo uso de un recurso natural concedido temporalmente por el Estado para la obtención de un bien común en la sociedad.

(vi) Dictar normas sobre la telefonía móvil en zonas rurales en ejercicio del *ius imperium* del Estado no constituye infracción al deber de protección. La decisión del MTC de no permitir el retiro de los teléfonos tampoco constituye infracción, ya que el MTC y el FITEL han actuado en función del interés público y no únicamente sobre la base de un sector focalizado o específico. Por lo tanto, el resarcimiento por una infracción al deber de protección no puede provenir como consecuencia de una actuación legítima por parte del Estado ni por el ejercicio del *ius*

imperium, sino por conductas ilegítimas o de mala fe, lo cual no ocurrió por parte del MTC ni del FITEL.

(vii) De las medidas adoptadas por el Estado, dos incumben directamente al OSIPTEL: dictar beneficios a favor de operadores móviles a través de la reducción gradual de cargos de interconexión tope por terminación de llamadas en las redes de los servicios móviles y la aprobación de cargos de interconexión diferenciados aplicables a las comunicaciones con áreas rurales y lugares de preferente interés social. Los documentos sobre la reducción gradual de cargos son de acceso público y GTH nunca emitió comentario alguno con respecto a ellos y por lo tanto no cuestionó su aplicación.

(viii) GTH ha interpretado erróneamente la Resolución N° 017-98-CD/OSIPTEL que aprobó los Lineamientos de Política de Acceso Universal, ya que éstos no ofrecieron o establecieron orientación alguna para que se establezca la diferenciación de cargos, sino que por el contrario dicha norma ratificó la vigencia y aplicación de los Lineamientos de Política de Apertura de Mercado de Telecomunicaciones del Perú, aprobados previamente mediante Decreto Supremo N° 020-98-MTC, los cuales exigían que se establezca un solo cargo de interconexión a nivel local, sin diferenciación para una misma red.

(ix) Los Contratos de Financiamiento fueron suscritos en los años 1999, 2000 y 2001 bajo la vigencia de dicho marco legal que prohibía expresamente la aplicación de cargos diferenciados, por lo que no puede asumirse que GTH celebró dichos contratos sobre la base de alguna expectativa de que el OSIPTEL tendría que establecer cargos diferenciados a favor de las áreas rurales.

(x) La Resolución N° 017-98-CD/OSIPTTEL que aprobó los Lineamientos de Política de Acceso Universal forma parte de una serie de medidas para promover el desarrollo de la telefonía rural. No se trata de una norma que ofreció o estableció orientación alguna para que establezca la diferenciación de cargos, como señala GTH.

(xi) El deber de continuidad de prestar el servicio público se sustenta en un fin público propio de un Estado Social y Democrático de Derecho y propio de la relación jurídica particular que tiene GTH con el Estado como consecuencia de los contratos. GTH pretende sustraerse del deber de continuidad cambiando las reglas del juego y pretendiendo que el Estado deje de ejercer sus funciones rectoras en políticas de telecomunicaciones.

(xii) El OSIPTTEL fue consultado hasta en dos ocasiones por el MTC y por el FITEL sobre la posibilidad de retiro de los TUPs rurales con tráfico cero. El OSIPTTEL contestó señalando que dicho retiro debía ser previamente aprobado por el MTC y el FITEL y con conocimiento del OSIPTTEL. La empresa operadora no puede retirar unilateralmente los TUPs rurales y en todo caso se requeriría una modificación del Contrato de Concesión con aprobación del MTC.

 (xiii) Sobre el equilibrio económico financiero de los contratos, GTH equivocadamente les ha atribuido un carácter conmutativo o sinalagmático a dichos contratos, cuando en la concesión existe una relación jurídica pública subordinada al interés público.

 (xiv) El plazo de los Contratos de Financiamiento FITEL 2 y 3 es hasta la devolución de la última de las cartas fianzas del Fiel Cumplimiento del Contrato y el plazo del FITEL 4 es el de la vigencia del Contrato de Concesión, el cual es de veinte años. De acuerdo a lo señalado por GTH en su demanda, en el caso de FITEL 2 la última carta fianza fue devuelta

el 18 de marzo de 2015 y en el de FITEL 3 en octubre de 2010. El OSIPTEL solicitó al FITEL información sobre la finalización de los proyectos sin obtener respuesta alguna. Ello porque mientras dure la vigencia de los Contratos de Financiamiento, el OSIPTEL no es el encargado de supervisar el deber de continuidad; la facultad de supervisión rige después de la extinción de los Contratos de Financiamiento. A la fecha, el OSIPTEL no está supervisando la continuidad de los TUPs rurales porque no ha sido comunicado del cierre de dichos contratos.

(xv) La conducta de GTH es contradictoria pues de un lado participa en el inicio del procedimiento de cierre de los Contratos de Financiamiento y de otro pretende que se amplíe su vigencia, contraviniendo la doctrina de los actos propios. La razón por la cual GTH estaría interesada en la ampliación de la vigencia sería porque mientras se encuentren vigentes dichos contratos, la supervisión del deber de continuidad debe sujetarse a lo dispuesto por los propios contratos.

(xvi) El deber de continuidad del servicio de telefonía de uso público correspondiente a los contratos de concesión se regula por el Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales, aprobado mediante la Resolución de Consejo Directivo N° 158-2013-CD/OSIPTEL, vigente desde el 1 de enero de 2014. Sin embargo, la Segunda Disposición Complementaria Final dispuso que para el caso de empresas que hayan recibido financiamiento del FITEL y no se encuentren en el Régimen de Continuidad, las disposiciones del Reglamento se aplicarán supletoriamente, en cuanto no se opongan a lo pactado.

(xvii) Así, si se extiende el plazo de los Contratos de Financiamiento, las disposiciones del citado Reglamento no serán aplicables a los TUPs rurales hasta que termine el Contrato de Concesión. La supervisión

durante la vigencia de los contratos es contractual y luego de la vigencia están bajo un régimen legal, que según GTH le ocasionaría más daños.

(xviii) Sin embargo, extender la vigencia de los contratos generaría desigualdades en el mercado porque crearía nuevas condiciones para GTH que ninguna otra empresa operadora goza en el mercado, autorizándola a sustraerse del ámbito del Reglamento sobre Disponibilidad y recortándole las facultades de supervisión a OSIPTEL.

(xix) En su tercera pretensión, GTH ha solicitado que se interprete la obligación de continuidad prevista en el Contrato de Concesión y en los Contratos de Financiamiento de tal manera que sea aplicable a los teléfonos que brindan un servicio necesario para la población rural. El Contrato de Concesión permite a GTH instalar teléfonos por iniciativa propia que no están sometidos a los Contratos de Financiamiento y por lo tanto sí son supervisados por OSIPTEL conforme a lo dispuesto por el Reglamento sobre Disponibilidad. De interpretarse el Contrato de Concesión como GTH lo solicita, se pueden afectar las competencias del OSIPTEL y se desnaturalizaría la esencia del Contrato porque al no tener supervisión, quedaría en manos exclusivas del privado poder ejecutar libremente sus actividades a pesar del interés público involucrado. Se estaría permitiendo a GTH sustraerse del Reglamento de Disponibilidad y se estaría contraviniendo la cláusula sexta del Contrato de Concesión.

(xx) El Reglamento de Disponibilidad -prosigue el OSIPTEL- contempla un procedimiento para el supuesto de que se presente un bajo o inexistente tráfico de llamadas. El artículo 12 prevé un Periodo de Observación en tales supuestos a fin de evaluar si amerita o no continuar operando y disponer su traslado a otro Centro Poblado Rural en los casos en que forme parte de los contratos correspondientes. En

caso de que el centro poblado rural haya sido incorporado por iniciativa propia de la empresa es posible la aprobación del retiro del servicio.

(xxi) GTH señala que el único motivo para el bajo tráfico de llamadas es la presencia de la telefonía móvil, sin embargo, el informe elaborado por ESAN señala que también obedece a la conducta del concesionario, quien es el agente que posibilita el enlace entre el servicio y los usuarios que desean hacer uso de la telefonía pública, o a que los terminales telefónicos no operan correctamente o a la falta de aprovisionamiento de tarjetas.

(xxii) El deber de continuidad no hace posible el retiro de los teléfonos públicos, salvo en un único supuesto y conforme al procedimiento previsto en el Reglamento sobre Disponibilidad. Lo que caracteriza a todo proyecto de inversión, según OSIPTEL, es la decisión de asumir los riesgos de él, los cuales GTH pretendería trasladar al Estado. El análisis de dichos riesgos estaba a cargo de GTH y un mal análisis no es argumento para alegar un perjuicio en su contra.

Ello, por lo demás, fue respondido en la consulta realizada durante el proceso de licitación y todos los participantes conocían perfectamente que debían asumir los riesgos que se pudiesen presentar durante la ejecución de los contratos de financiamiento.

IX. LA AMPLIACIÓN DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

17. Mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 2015, el MTC amplió su contestación a la demanda, añadiendo lo siguiente:

(i) Los proyectos y/o programas que formula y concursa el FITEL no están orientados a generar utilidades al operador ya que su finalidad es que el operador brinde servicios públicos de telecomunicaciones con el financiamiento adjudicado; por ello, en las Especificaciones Técnicas de dichos proyectos el FITEL no garantiza la obtención de utilidades al operador. Se subsidia al operador de telecomunicaciones para promover la creación de mercado de telecomunicaciones en zonas en las que el servicio es insuficiente o inexistente. No se subsidia la demanda, sino la oferta, al operador, lo cual redundaría económicamente en un beneficio a los usuarios que son las poblaciones de las localidades rurales y de preferente interés social.

(ii) Los proyectos de inversión pública que formula y ejecuta el FITEL no son considerados rentables en los primeros años. Lo serán para el privado con posterioridad a la vida útil del proyecto, una vez ejecutado (operado), cuando el empresario invierta sólo en operación y mantenimiento se sostendrían con las tarifas que establezca el regulador. A partir de ese momento, la actividad generará ingresos para el operador. Antes, el único que invierte en infraestructura es el Estado y el operador utiliza el dinero entregado para el proyecto.



(iii) Las medidas regulatorias adoptadas por el Estado a fin de promover la telefonía móvil en zonas rurales fueron medidas de promoción que se dictaron con la finalidad de garantizar el acceso universal a las telecomunicaciones a aquellas poblaciones alejadas y ubicadas en zonas rurales. Dichas medidas no buscaban lesionar los intereses económicos de GTH. El Estado ha actuado según sus competencias y por lo tanto no puede entenderse bajo ningún sentido que agravia los derechos de los particulares.

(iv) El ejercicio de la competencia de las entidades está limitado o reducido a lo expresamente conferido y no puede ser ampliada o

extendida en modo alguno o ser interpretada de manera extensiva. El FITEL no tiene como función establecer lineamientos o políticas regulatorias o dictar medidas de promoción en materia de telecomunicaciones, por lo tanto, no tiene competencia para ello. Ello sería ilegítimo por contravenir la Constitución y el ordenamiento jurídico. La posición del FITEL no puede afectar el equilibrio económico financiero del Contrato de Concesión pues no se encuentra dentro de sus funciones la de establecer normativa regulatoria en telecomunicaciones.

(v) Las concesiones y el financiamiento no reembolsable otorgado con cargo a los recursos del FITEL son diferentes en el aspecto conceptual y económico. En la concesión, el concesionario invierte en el proyecto y obtiene rentabilidad, en el financiamiento es el Estado el que promueve la inversión y además subsidia parcialmente la operación y mantenimiento. El Decreto Supremo N° 108-2006-EF norma el Contrato de Concesión de Obras Públicas, mientras que el Decreto Supremo N° 010-2007-MTC norma el Contrato de Financiamiento No Reembolsable del FITEL.

(vi) El equilibrio económico financiero es propio de los contratos de concesión donde el Estado contrata con un particular, dentro de una lógica de colaboración. Las prestaciones vinculadas al establecimiento, operación y mantenimiento de servicios públicos, obras públicas de infraestructura y bienes de dominio público hace necesario pactar cláusulas que reconozcan el mantenimiento permanente o el restablecimiento de la ecuación económico-financiera del contrato de concesión, debido a su naturaleza y al elevado monto de las inversiones que realiza el inversionista. Al ser contratos de larga duración, la relación jurídica puede ser afectada por diversas situaciones que ocasionen un desequilibrio económico financiero del contrato en detrimento de las partes.

(vii) Los Contratos de Financiamiento que suscribe el FITEL son de naturaleza civil y no establecen una cláusula de equilibrio económico financiero ya que, al tratarse de proyectos de inversión pública, la inversión la realiza totalmente el Estado; a través del subsidio no hay distribución de riesgos. Es el Estado quien subsidia la inversión y la operación y mantenimiento, por lo tanto, la figura del equilibrio económico financiero no se aplica a los contratos de financiamiento que suscribe el FITEL. En lo que respecta a lo señalado por GTH sobre el Proyecto FITEL 1, el contrato aludido se modificó por acuerdo de las partes y no por el quebrantamiento del equilibrio económico.

(viii) Los Lineamientos del Procedimiento para el Cierre de Contratos de Financiamiento fueron elaborados para aquellos contratos cuya vida útil del proyecto había culminado, a fin de que se garantice la continuidad de los servicios públicos de telecomunicaciones previstos en dichos proyectos, en beneficio del interés público. Por lo tanto, dichos Lineamientos no contienen cláusulas lesivas. Los Contratos de Financiamiento no habían establecido un procedimiento para su cierre, por ello los Lineamientos resultaban necesarios en aras del interés público. GTH ha suscrito el acuerdo para el cierre del Proyecto FITEL 5 cuyo texto es acorde al formato de los Lineamientos y con el mismo procedimiento, sin cuestionar las cláusulas lesivas.



(ix) No hubo inacción por parte del FITEL, que en el marco de los Contratos de Financiamiento atendió cada una de las solicitudes de reemplazo de localidades presentadas por GTH durante la ejecución de los tres proyectos, suscribiéndose las respectivas adendas. No es verdad que se ha obligado a GTH a reubicar los teléfonos públicos en otras zonas. No se ha verificado la concurrencia del elemento de imputabilidad. Los Contratos de Financiamiento se ejecutaron siempre bajo el principio de buena fe, dentro del cual el FITEL, de acuerdo a lo

pactado y de común acuerdo con GTH, aceptó los reemplazos solicitados.

(x) GTH ha señalado en su demanda que nunca tuvo interés en proceder al cierre de los contratos. Así, por una parte, solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios sobre la base del principio de buena fe y, de otra parte, ha actuado contradiciendo dicho principio, haciendo que el FITEL invierta tiempo en reuniones de trabajo, recopilación de información, elaboración de informes, entre otros. El FITEL no ha incumplido ningún deber por lo que no se verifica la concurrencia del elemento de antijuridicidad.

(xi) La vigencia de los Contratos de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2 y 3 ha culminado con la entrega de la última carta fianza de Fiel Cumplimiento. En el caso de FITEL 4, si bien el contrato establece que su vigencia es la del Contrato de Concesión, se estuvieron realizando coordinaciones con GTH a fin de modificar dicha vigencia a la suscripción del Acta de Cierre del Contrato de Financiamiento. La libertad de contratar dispuesta por el artículo 62 de la Constitución dispone que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, por lo que lo solicitado por GTH en su segunda pretensión es improcedente.

114
9
(xii) En cuanto a la continuidad del servicio, es posible que una localidad cuente con telefonía pública y ser considerada localidad beneficiaria para otro tipo de servicio público de telecomunicaciones. La disponibilidad y continuidad de los teléfonos de uso público en centros poblados rurales no se encuentra determinada por el FITEL o por la necesidad que la población tenga de dicho servicio, sino que está determinada por una norma, tal como el Reglamento de Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales, el cual se aplica independientemente del

tráfico que generen dichos teléfonos. En consecuencia, lo solicitado por GTH en la tercera pretensión y su accesoria y en la cuarta pretensión es improcedente.

(xiii) GTH conocía a la fecha de suscribir el Contrato de Concesión de la existencia y del auge de la telefonía móvil aún en el Perú y como empresa experimentada debió saber que por sus características constituía un riesgo y con ello una situación pasible de competencia en el mercado. La existencia de la telefonía móvil genera un supuesto de daño concurrencial eminentemente lícito, tal como la detracción de clientela. El posible daño que podría causarle a una empresa que el competidor sea más eficiente es lícito y forma parte del modelo económico adoptado por nuestro país que promueve la competencia. GTH no puede asociar un supuesto daño, no probado, a un riesgo propio del mercado en el cual el MTC no tiene injerencia alguna.

(xiv) El deber de protección, así como el deber de mitigar el daño le es exigible a GTH. Quien solicita ser indemnizado debe probar que adoptó medidas concretas para mitigar el daño, en este caso, del impacto de la telefonía móvil y no asumir que el otro deba responder por tal daño. El posicionamiento de la telefonía móvil o rural no está determinado por el Estado sino por la competencia y el comportamiento de quienes operan tales servicios, no pudiendo el MTC asumir un rol en función de alguno de ellos. Por lo tanto, es improcedente la indemnización solicitada y el retiro de los teléfonos que GTH dice deficitarios.

(xv) El escaso o nulo tráfico de los teléfonos no obedece necesariamente en todos los casos a la presencia de la telefonía móvil sino también a problemas con la empresa operadora, como por ejemplo, la falta de privacidad o comodidad, e inclusive renuencia del concesionario para colaborar con la realización de las llamadas. Los problemas más frecuentes cuando los teléfonos no operan

correctamente están relacionados a interferencias en las llamadas o cortes en la línea, factores que pueden inhibir el uso de dichos teléfonos.

X. LA AMPLIACIÓN DE LA RECONVENCIÓN

18. Por escrito del 15 de diciembre de 2015, el MTC amplió su reconvencción, y solicitó al Tribunal que declare:

- *"Que, respecto de los Proyectos de Financiamiento N° 2, 3 y 4 el Tribunal Arbitral declare que Fitel cumplió con pagar todos los desembolsos a su cargo conforme a los acuerdos suscritos y que no existe monto alguno pendiente de pago a su cargo.*
- *Que el Tribunal Arbitral declare que los Contratos de Financiamiento N° 2 y 3 han culminado con la devolución de la carta fianza, en aplicación directa de los acuerdos suscritos, respectivamente, con GTH.*
- *Que el Tribunal Arbitral determine el monto de Inversión efectuado por GTH luego del período de culminación de los contratos de Financiamiento para continuar óptimamente el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio de telefonía fija rural.*
- *Que el daño que se irroga GTH obedece a un daño concurrencial lícito propio de la competencia y se encuentra asociado directamente a un riesgo de mercado.*
- *Que se determine si la conducta de GTH ha cumplido con realizar acciones de mitigación de daños a los posibles efectos causados por la telefonía móvil".*

XI. LA ABSOLUCION DE LA AMPLIACIÓN DE LA CONTESTACIÓN

19. Mediante escrito del 1 de febrero de 2016, GTH absolvió la ampliación de la contestación a la demanda presentada por el MTC, señalando lo siguiente:

(i) Los fundamentos desarrollados por los demandados en las páginas 1 a la 40 de su escrito de ampliación de contestación deben ser desestimados por ser impertinentes para efectos de este arbitraje ya que no está en discusión ninguno de los aspectos desarrollados por el FITEL en dichas páginas, los cuales están referidos a la base constitucional que legitima la existencia del FITEL y su personería jurídica, los Contratos de Financiamiento en el ámbito del OSIPTEL y el cumplimiento de la obligación de pago de los desembolsos del subsidio por parte de FITEL.

(ii) GTH no ha señalado que los proyectos del FITEL tienen como finalidad generar utilidades para los operadores, sino que tenía razonable expectativa de obtener un margen de utilidades para tener un negocio auto sostenible, la cual se concretó hasta el año 2006, año en que el Estado dictó las medidas para promover la telefonía móvil. El Estado sólo subsidiaba el costo de la instalación de los teléfonos y los primeros años de operación, por lo que era indispensable confiar en que se generarían ingresos suficientes para cubrir los costos durante toda la vigencia del Contrato de Concesión.

(iii) El Contrato de Concesión y los Contratos de Financiamiento buscaban promover la telefonía fija. El hecho imprevisible en el cual GTH sustenta su demanda es el de la emisión de normas por parte del Estado para promover la expansión de la telefonía móvil y no la existencia o el crecimiento de ella, a pesar de que su expansión en el año 1999 era difícil de predecir. En el caso del Proyecto FITEL 1, el FITEL reconoció la imprevisibilidad de la emisión de dichas normas en el Informe N° 2117-2013-MTC/24.

(iv) GTH no discute la legitimidad de las medidas adoptadas por el Estado para promover la telefonía móvil ni que hayan sido emitidas por la autoridad competente, sino la falta de análisis de su impacto en el

sector de telefonía en zonas rurales, ya que en la práctica determinaron la caída del tráfico de los teléfonos públicos y en este caso un daño a intereses particulares. En los Informe N° 2116 y N° 2117-2013-MTC/24, el Estado reconoció que la expedición de dichas normas afectó negativamente los ingresos de GTH.

(v) El Contrato de Concesión y los Contratos de Financiamiento son contratos conexos debido a que persiguen una finalidad que trasciende la individualidad de cada uno de ellos, por lo que el análisis de la ruptura del equilibrio económico financiero debe realizarse bajo esa consideración y no evaluando los Contratos de Financiamiento de manera aislada. Se verifica los requisitos de los contratos conexos, a saber, la pluralidad de contratos, el nexo funcional entre ellos y la finalidad supracontractual, en este caso, la causa común de prestación del servicio de telefonía pública en zonas rurales. El MTC ha reconocido que los contratos están vinculados al contestar una solicitud de retiro de teléfonos públicos correspondientes a los Proyectos FITEL, sin señalar que no le competía absolver dicha solicitud, rechazando además tal solicitud en aplicación del Contrato de Concesión.

(vi) La ruptura del equilibrio económico financiero se ha producido conjuntamente respecto del Contrato de Concesión y los Contratos de Financiamiento que son contratos conexos. Todo contrato con el Estado, incluidos los Contratos de Financiamiento, son de naturaleza conmutativa y albergan en su interior un equilibrio económico financiero ya que debe existir un balance económico que subyace al resultado del cumplimiento de las prestaciones de las partes y satisface a los contratantes, el cual debe mantenerse durante la ejecución del contrato, existiendo el deber de restablecerlo si se altera. El Estado ya ha reconocido que las normas expedidas afectaron el equilibrio económico financiero de un contrato vinculado al Proyecto FITEL 1

dado que se había afectado el equilibrio de las prestaciones, reconociendo la necesidad de restablecerlo.

(vii) GTH no pretendía que el FITEL emitiera normas o políticas en materia de telecomunicaciones, sino que, al ser consciente del bajo tráfico de llamadas de los teléfonos públicos, permitiera el retiro de los teléfonos deficitarios a través de la suscripción de adendas. El área de Asesoría Legal del FITEL sí tenía facultades de evaluar, formular, proponer y suscribir modificaciones a los Contratos de Financiamiento de acuerdo al Decreto Supremo N° 036-2008-MTC, por lo tanto, sí tenía la facultad de celebrar adendas que hicieran posible el retiro definitivo de los teléfonos que no cubrían los costos de operación y mantenimiento. En consecuencia, sí se verifican los requisitos de antijuridicidad e imputabilidad del incumplimiento del deber de buena fe de los demandados en la ejecución contractual.

(viii) GTH sí tomó medidas para mitigar el daño, solicitó reuniones con los demandados y el OSIPTEL para exponer la problemática y tomar las correspondientes medidas, como el retiro de los teléfonos. Adicionalmente, GTH implementó medidas para incentivar el uso de los teléfonos públicos que, si bien fueron provisionalmente efectivas, no tuvieron mayor incidencia en el tráfico de llamadas, tales como promociones por fechas festivas, reducción de tarifas dentro del tope fijado por el OSIPTEL, regalo de tarjetas e instalación de teléfonos en zonas en las que en ese momento aún no había servicio de telefonía móvil. Sin embargo, la población siempre prefería la telefonía móvil a la que han podido acceder gracias a las medidas de promoción del Estado.

(ix) El daño cuya reparación reclama GTH no es un daño concurrencial, sino el daño generado por la inacción del Estado para mitigar el impacto que tuvieron las medidas regulatorias sobre GTH. El

daño concurrencial es el generado por otros agentes económicos que concurren en el mercado y no por el Estado quien no habría podido generar ese tipo de daño por no ser un competidor. Aunque el ingreso de nuevos operadores al mercado de telefonía rural pudiera haber significado un desplazamiento en la demanda, determinando la caída del tráfico en los TUPs, GTH no está exigiendo que se repare el daño concurrencial lícito, sino el daño generado por la inacción del Estado al negarse a acceder al retiro de los teléfonos con tráfico deficitario o adoptar otra medida para restablecer el equilibrio económico financiero de los contratos.

(x) El Proyecto FITEL 5 tenía un objetivo distinto a los proyectos que son materia de la presente controversia, ya que en ese proyecto el servicio prestado fue el de internet y no el de telefonía pública, que ha generado pérdidas. Por ello, en ese caso se suscribió el Acuerdo de Cierre, sin embargo, ello no significa que no existan cláusulas lesivas en el Formato de Acuerdo de Cierre de Contrato adjunto a los Lineamientos de Cierre de los Contratos de Financiamiento que pretende imponerse sin dejar a los operadores la posibilidad de formular reclamos justificados.

(xi) En la contestación a la demanda, los demandados señalaron que el plazo de los Contratos de Financiamiento es equivalente al período de la concesión, sin embargo, ahora sostienen que está supeditado a la devolución de cartas fianzas de fiel cumplimiento.

(xii) Es falso que GTH ha interpretado que el objetivo del FITEL de reducir la brecha en el acceso a los servicios de telecomunicaciones se circunscribe a localidades en las que no existe otro servicio público de telecomunicaciones. Únicamente para los Proyectos FITEL 2 y 3 se consideró en las Bases correspondientes que en el caso de que alguna de las localidades incluidas en el proyecto cuente con un servicio

telefónico al momento de la instalación, dicha localidad se permutará por otra localidad sin servicio, es decir, se consideró como presupuesto indispensable que las localidades no cuenten con servicios de telefonía.

(xiii) Los problemas en el servicio, la falta de tarjetas o de disponibilidad del concesionario que ofrece el servicio son problemas menores frente a otros factores que determinan la falta de uso de los teléfonos públicos, tal como la expansión del servicio móvil. Algunos de dichos problemas son producto de condiciones impuestas a GTH implícitamente para operar el servicio. GTH no tiene ninguna facultad para obligar a los concesionarios a atender en el horario previsto porque no es personal subordinado de la empresa. La baja demanda del servicio provoca desinterés en los concesionarios de continuar a cargo o de proveerse con tarjetas.

XII. LA CONTESTACION A LA AMPLIACION DE LA RECONVENCION

20. Mediante escrito de 1 de febrero de 2016, GTH solicitó que se declare improcedentes o, en su defecto, infundadas las pretensiones adicionales materia de la ampliación de la reconvención por las siguientes razones:

(i) GTH no ha manifestado que el FITEL incumplió su obligación de pagar los desembolsos a su cargo. El hecho de que se haya cumplido dicha obligación no evitaría que se ordene el pago de la indemnización reclamada en la demanda.

(ii) La segunda pretensión adicional, referida a la vigencia de los Contratos de Financiamiento 2 y 3, es improcedente ya que en realidad es un argumento de la ampliación de su contestación sobre la base de

la cual solicita que se declare infundada la segunda pretensión principal de la demanda.

(iii) La tercera pretensión adicional, referida a la inversión realizada por GTH, es improcedente ya que en realidad es un argumento de la ampliación de su contestación sobre la base de la cual solicita que se declare infundada la primera pretensión principal de la demanda. Sin perjuicio de ello, la pretensión no guarda relación con ningún extremo de la demanda y por lo tanto no es un tema controvertido.

(iv) La cuarta pretensión adicional, referida al daño concurrencial, es improcedente ya que en realidad es un argumento de la ampliación de su contestación sobre la base de la cual solicita que se declare infundada la primera pretensión principal de la demanda.

(v) La quinta pretensión adicional, referida a la mitigación de daños, es improcedente ya que en realidad es un argumento de la ampliación de su contestación sobre la base de la cual solicita que se declare infundada la primera pretensión principal de la demanda.

XIII. LAS MATERIAS DE PRONUNCIAMIENTO Y LA ADMISIÓN DE PRUEBAS

21. Mediante Resolución N° 35 de 27 de mayo de 2016, el Tribunal Arbitral fijó las materias de pronunciamiento del arbitraje y admitió las pruebas ofrecidas por las partes.

Como primer punto, en aplicación del artículo 40.2 del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral reservó su pronunciamiento en relación con la excepción de falta de legitimidad formulada por el MTC en su contestación a la demanda.

22. Seguidamente, las materias de pronunciamiento fueron enunciadas en los términos siguientes:

7.1 "Determinar si ha mediado o no causa imputable al MTC y a FITEL o a una de ellas durante la ejecución de los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4 celebrados con el MTC y FITEL, respectivamente, para que GTH invoque a su favor el derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

7.2 Determinar si en los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4 se estableció o no un supuesto de ingreso mínimo garantizado en función del cual GTH indica que debe cuantificarse el daño que invoca esa parte.

7.3 Determinar, sobre la base de lo que se establezca en el punto 7.2 anterior, si se ha acreditado o no la existencia de daños en perjuicio de GTH.

7.4 Determinar, sobre la base de lo que se establezca en el punto 7.3 anterior si corresponde o no ordenar al MTC y a FITEL el pago de una suma no menor a US\$ 48 000 000.00 (cuarenta y ocho y 00/100 millones de dólares americanos) por concepto de indemnización por daños y perjuicios a favor de GTH.

7.5 Determinar si, con arreglo a los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, corresponde o no declarar que los Contratos de Financiamiento celebrados con FITEL indicados anteriormente deben mantenerse vigentes, por lo menos, hasta la conclusión del Contrato de Concesión celebrado con el MTC, que se producirá en el año 2019.

7.6 Determinar si, con arreglo a los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, los teléfonos que brindan un servicio necesario para la población rural son aquellos en los que se verifica que tienen un tráfico mayor a los cinco (5) minutos diarios en un período continuo de tres (3) meses.

7.7 Sobre la base de lo que se establezca en los puntos 7.5 y 7.6 anteriores, determinar si corresponde o no declarar que la obligación de continuidad prevista en los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, es aplicable solo respecto de aquellos teléfonos que brindan un servicio necesario para la población rural.

7.8 Determinar si GTH, conforme a los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, tiene derecho a solicitar el retiro de los teléfonos que no brindan un servicio necesario para la población rural,

incluyendo aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico mayor a los cinco (5) minutos diarios en un período continuo de tres (3) meses.

7.9 Determinar si, conforme a los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, los teléfonos públicos correspondientes a tales Proyectos se encuentren en la situación de deficitarios, cuando no tienen un tráfico que permita cubrir su costo por un período continuo de tres (3) meses, comprendiendo a aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico que permita cubrir sus costos.

7.10 Sobre la base de lo que se establezca en el punto 7.9 anterior, determinar si corresponde o no declarar que cuando los teléfonos públicos referidos se encuentren en la situación de deficitarios, GTH no se encuentra obligado a continuar prestando el servicio, comprendiendo a aquellos teléfonos públicos que en el futuro no alcancen un tráfico que permita cubrir sus costos.

7.11 Determinar, en el caso referido en el numeral 7.10 anterior, si, con arreglo a los contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, corresponde o no que GTH continúe prestando el servicio si el Estado establece algún mecanismo que mantenga un equilibrio en el costo en el plazo que fije el Tribunal.

7.12 Determinar si corresponde declarar que Fitel cumplió con pagar todos los desembolsos a su cargo conforme a los acuerdos suscritos y que no existe monto alguno pendiente de pago a su cargo, respecto de los Proyectos de Financiamiento N° 2, 3 y 4.

7.13 Determinar si corresponde declarar que los Contratos de Financiamiento N° 2 y 3 han culminado con la devolución de la carta fianza, en aplicación directa de los acuerdos suscritos, respectivamente, con GTH.

7.14 Determinar el monto de inversión efectuado por GTH luego del periodo de culminación de los contratos de Financiamiento para continuar óptimamente el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio de telefonía fija rural.

7.15 Determinar si corresponde declarar que el daño que alega GTH que ha sufrido obedece a un daño concurrencial lícito propio de la competencia y se encuentra asociado directamente a un riesgo de mercado.

7.16 Determinar si GTH ha cumplido con realizar acciones de mitigación de daños a los posibles efectos causados por la telefonía móvil".

23. Asimismo, se tuvo por ofrecidas las pruebas de ambas partes, sea las contenidas en el escrito de demanda de GTH, como las del MTC, que figuran en su contestación a la demanda y en su reconvención.

Igualmente, se tuvo por ofrecidas las pruebas aportadas por el OSIPTEL en su escrito de 26 de octubre del 2015, y las ulteriormente aportadas por GTH y el MTC en sus escritos sucesivos, hasta el 1 de febrero de 2016.

Finalmente se concedieron 30 (treinta) días hábiles para la presentación de las pericias ofrecidas por GTH y el MTC, y el Tribunal Arbitral se pronunció con respecto a las exhibiciones solicitadas por el MTC.

La Resolución N° 35, de determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento, fue objeto de reconsideración por parte del MTC, por escrito del 3 de junio de 2016. Dicho recurso fue declarado infundado por el Tribunal Arbitral, mediante Resolución N° 39, del 27 de junio de 2016.

La pericia ofrecida por GTH, a cargo de la empresa "Intelfin Estudios & Consultoría" (en adelante, INTELFIN), fue presentada al Centro mediante escrito de 14 de julio de 2016, es decir, un día después de vencido el plazo otorgado por el Tribunal Arbitral, por lo que el Tribunal Arbitral dispuso que quedara en custodia en la Secretaría Arbitral. Atendiendo a que el MTC, en cambio, no cumplió con presentar la pericia ofrecida, ni siquiera en el plazo concedido más un día adicional –por paridad de trato con GTH- se concedió a dicha parte un plazo final de 5 (cinco) días hábiles para hacerlo, bajo apercibimiento de prescindir de dicho medio probatorio. Culminado este último plazo, se emitió la Resolución N° 45, del 4 de agosto de 2016, mediante la cual se tuvo por no presentada la pericia ofrecida por el MTC en el numeral 84 de su contestación de demanda, y, por lo tanto, se prescindió de dicho

medio probatorio. Asimismo, con la Resolución N° 45 se concedió al MTC y OSIPTEL un plazo de 31 (treinta y un) días hábiles para que manifiesten lo correspondiente a su derecho en relación con la pericia presentada por GTH, así como el informe complementario presentado por GTH el 25 de julio de 2016.

XIV. ANALISIS

XIV.1 PREMISAS: SOBRE EL ARBITRAJE DE CONCIENCIA

24. El Tribunal considera imperioso pronunciarse, preliminarmente, sobre la temática del arbitraje de conciencia.

La naturaleza del presente arbitraje aparece definida en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión: se trata de un arbitraje de conciencia. A pesar de que en el Acta de Instalación todos los intervinientes: GTH, MTC y FITEL suscribieron -y manifestaron, por lo tanto, su conformidad con la interpretación del Tribunal-, la cuestión fue objeto de discrepancia inicial entre las partes, lo que dio lugar a que el Tribunal decidiera convocar a una Audiencia Especial dedicada a dicho tema, la cual se realizó el 25 de enero del 2016.

Posteriormente, la cuestión fue resuelta en favor de la existencia de un convenio para someter las controversias entre las partes a arbitraje de conciencia. Esto consta en la Resolución N° 32, de 11 de abril de 2016. Empero, este punto fue objeto de un recurso de reconsideración presentado por la Procuraduría del MTC, el 19 de abril de 2016, el cual, a su vez, fue declarado infundado por el Tribunal, en su Resolución N° 34 de 27 de mayo de 2016.

Es de recordar que, habiéndose suscrito el Contrato de Concesión en 1999, y al no contener una regla específica sobre el tipo de arbitraje, la situación tenía que ser dirimida según la Primera Disposición Transitoria de la Ley de Arbitraje hoy vigente, cuyo inciso 3° señala: «Los convenios arbitrales celebrados bajo la vigencia de la Ley No. 26572 que no establecieron expresamente la clase de arbitraje, se entiende estipulado un arbitraje de conciencia. (...)».

Debe dejarse constancia de que ni el MTC ni FITEL, ni OSIPTEL en su calidad de tercero coadyuvante han manifestado reserva, en ningún escrito posterior a la decisión del Tribunal según la citada Resolución No. 32, acerca de la decisión del Tribunal en relación con la naturaleza del arbitraje. Por lo demás, en este arbitraje se discute también sobre el mérito de pretensiones reconventionales formuladas por el MTC y FITEL, conjuntamente, todas las cuales serán resueltas en el marco de un arbitraje de conciencia.

25. El arbitraje de conciencia es aquel en que los árbitros están facultados para pronunciarse sobre la controversia de acuerdo con sus propios conocimientos -no necesariamente especializados en la materia sometida a su decisión-, y la visión que se forman de las posiciones de las partes, estrictamente, al concluir las actuaciones realizadas y su revisión y análisis del material probatorio.

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje de derecho, entonces, el arbitraje de conciencia prescinde de la técnica de la subsunción, o sea del método de aplicación de la ley que es connatural la administración de justicia ordinaria, en el cual lo clave para la resolución de conflictos es encuadrar la cuestión en un marco normativo individualizado por los árbitros. La Ley de Arbitraje N° 26572 señalaba en su artículo 3 que en el arbitraje de conciencia los árbitros resuelven «conforme a sus conocimientos y a su leal saber y entender».

No está de más precisar, sin embargo, que si bien el arbitraje de conciencia faculta a los árbitros a decidir con cierta libertad respecto del «formalismo frecuentemente excesivo del derecho oficial» (TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, *Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia*, en *Ius et Veritas*, N° 12, Lima, 1996, p. 116) su práctica concreta no supone, en modo alguno, una licencia para apartarse, totalmente o parcialmente, del ordenamiento jurídico, ni para contradecirlo. Uno de los atributos del arbitraje de conciencia consiste, precisamente, en la prudencia de la que los árbitros deben hacer gala para pronunciarse de forma tal que su decisión no vulnere las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres.

Las normas que interesan al orden público y a las buenas costumbres son, en relación con este punto, normas de observancia ineludible para todos. Cuando se trata de normas que establecen prohibiciones o sanciones en caso de ser contravenidas, además, el compromiso de los árbitros es atenerse a ellas de una manera estricta. El laudo arbitral de conciencia, entonces, aun cuando no estuviera vinculado íntimamente con la normativa en general, sí debe respetar, en todos sus alcances, la normativa «imperativa».

Son normas de observancia obligatoria, por si fuere necesario precisarlo, las que gobiernan el arbitraje, es decir las de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071, en adelante, la LEY DE ARBITRAJE). Por lo tanto, sí es imperioso que el arbitraje se conduzca por el marco de la normativa nacional en materia de arbitraje.

26. Igual relevancia cobran, en el arbitraje de conciencia, los principios generales, es decir, aquellos preceptos, que constituyen, en sentido figurado, las columnas jurídicas no-escritas en las que se asienta

la convivencia social, y que guían imperiosamente, en consecuencia, las resoluciones de conflictos.

En el arbitraje de conciencia priman las impresiones y perspectivas subjetivas de los árbitros, ciertamente, pero la decisión de los árbitros debe siempre responder a un objetivo de justicia. Con la meta de justicia, efectivamente, tienen que ver los principios generales, es decir, las reglas o directrices que, aun cuando no estén recogidas en leyes, orientan la conducta de los miembros de la sociedad, en garantía de la tranquilidad individual y la paz colectiva (PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Palestra, Lima, 2013, p, 180 y s.).

Como se expondrá al analizar los puntos controvertidos, el conflicto materia de este arbitraje debe ser leído, según el Tribunal, bajo cánones que, incluso en una hipótesis de ausencia de normas legales aplicables, gobernarían la situación, a saber: la fuerza vinculante de los compromisos libremente y voluntariamente asumidos, la cooperación que es la razón de ser de las obligaciones nacidas de contrato, y la buena fe, entendida como honestidad, lealtad, transparencia (SEVERINO, Emanuele, *La buona fede. Sui fondamenti della morale*, Rizzoli, Milán, 2008 [1999], p. 107 y s.).

Es de recordar, en relación con este punto, que el convenio arbitral incluido en la Cláusula Vigésima del Contrato de Concesión es explícito en conferir a los árbitros la potestad de «suplir, a su discreción, cualquier deficiencia o vacío existente en la legislación o en el [...] Contrato, mediante la aplicación de los Principios Generales del Derecho».

XIV.2 PREMISAS (SIGUE): SOBRE LA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS

27. El Tribunal declara que para tomar su decisión ha tomado en cuenta la integridad del material probatorio aportado por las partes.

La valoración de las pruebas y el mérito asignado a ella es independiente de su invocación o referencia precisa en el texto del Laudo. Por lo tanto, lo resuelto por los árbitros, en defecto de mención de algún medio probatorio, no podrá ser interpretado como una omisión del deber de los árbitros de ponderar todos los instrumentos aportados por las partes.

XIV.3 DE LA INTERVENCIÓN DE FITEL COMO PARTE NO SIGNATARIA Y DE LA EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA

28. La demanda arbitral de GTH fue dirigida contra el MTC, en su calidad de contraparte del Contrato de Concesión, pero también contra FITEL, aunque FITEL no suscribió el convenio arbitral incluido en dicho Contrato.

El Tribunal ha considerado que FITEL tiene calidad de parte no signataria en este arbitraje, en atención a un análisis fáctico de los antecedentes del caso, a la luz de la buena fe (principio reconocido como la «piedra angular» para la aplicación de la extensión del convenio arbitral a las partes no signatarias: v. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge, *Extensión del convenio arbitral a partes no signatarias: Expresión de la inevitabilidad del arbitraje*, en *Revista Peruana de Arbitraje No. 8*, Lima, 2009, p. 44) y del desenvolvimiento, en el curso de este arbitraje, de la parte estatal.

29. En el plano fáctico, los antecedentes acreditan que FITEL sí tuvo una participación relevante o, en todo caso, con injerencia en la relación contractual que ligaba a GTH con el MTC. Alcanzan a FITEL, por

lo tanto, las prescripciones del artículo 14 de la Ley de Arbitraje sobre la incorporación de «partes no signatarias» al arbitraje.

Así, por ejemplo:

- a) El Anexo 6-B de la demanda arbitral es el Informe No. 080-2009-MTC/24 de 19 de enero de 2009, donde FITEL autoriza el cambio de localidad de uno de los proyectos, en atención a la influencia de la red de cobertura móvil en la zona.
- b) El Anexo 6-Z de la demanda arbitral es el Informe No. 487-2007-MTC/24 de 30 de octubre de 2007, emitido por FITEL, en el que el MTC efectúa la recomendación de incluir una cláusula que permita reubicar teléfonos en el marco de los Contratos FITEL 2 y 3. Esto dio lugar, según manifiesta GTH en sus alegatos (p. 121) -y no lo ha desmentido el MTC- a la firma de las adendas séptima y décima de los Contratos FITEL 2 y 3.

30. Siempre en el plano fáctico, merece realce, en favor de la incorporación de FITEL al arbitraje, la circunstancia, verificable en las pruebas documentales aportadas -Contrato de Concesión y Contratos de Financiamiento-, del nexo íntimo entre las relaciones contractuales establecidas entre GTH y el MTC y GTH y FITEL.

GTH ha sostenido que los referidos contratos se encuentran «funcionalmente» vinculados (en sus alegatos, por ejemplo, p. 123). Esta interpretación resulta acreditada por el Informe de ESAN titulado *Evaluación de resultados de los Proyectos Rurales de FITEL y Línea de Base para la continuidad de servicios a cargo de OSIPTEL*, de junio del 2011, elaborado a pedido de OSIPTEL (Anexo 6-Y de la demanda, en adelante, el INFORME ESAN):

De lo expuesto se colige que para el Proyecto FITEL II, el Contrato de Concesión y el Contrato de Financiamiento suscritos entre el Estado Peruano (MTC y OSIPTEL - FITEL) con TELECOMUNICACIONES Y REPRESENTACIONES S.A.C. - TELEREP y asumidos por Gilat To Home Peru S.A. (GTH) son contratos vinculados que establecen la obligación del Concesionario - Proveedor de asegurar la continuidad del servicio a través de la operación y mantenimiento (O y M) durante el período de concesión de 20 años.

Para el Tribunal Arbitral, la coligación contractual se presenta, porque tiene razonabilidad que un contrato de financiamiento, por su propia naturaleza, sea el resultado, o represente el paso sucesivo de un contrato de concesión como el suscrito entre GTH y el MTC, puesto que se trata de un financiamiento «finalizado» o «destinado», es decir, de un financiamiento para un propósito determinado y no de libre disponibilidad ni beneficio para GTH. Esto significa, pues, que la celebración del contrato de concesión representó la presuposición o integró la base de los Contrato de Financiamiento que luego emprendió GTH con el FITEL.

Por presuposición o base negocial (LARENZ, Karl, *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*, trad. Carlos Fernández Rodríguez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1956, p. 41 y s.) hay que entender, precisamente, la premisa o conjunto de premisas que, conforme a una reconstrucción histórica de los antecedentes del negocio celebrado, explican las razones o móviles que determinaron a las partes a contratar y a asumir sus compromisos. Como la posición de obligado o gravado supone un vínculo para el deudor, bien se entiende que para haber adoptado dicha posición ha tomado en cuenta uno o más aspectos del momento. Si esos aspectos varían, surge la necesidad de establecer cómo debe adecuarse la relación a la nueva situación.

31. En el plano del comportamiento desenvuelto en el arbitraje, el Tribunal ha tomado en cuenta, principalmente, que la representación

procesal de FITEL suscribió el Acta de Conciliación, sin hacer reserva de su derecho a cuestionar su calidad de parte (no signataria, inclusive) en el procedimiento.

Más todavía, FITEL aparece suscribiendo los argumentos estatales incluidos en la contestación, y haciendo suyos, por lo tanto, los fundamentos y el pedido que se plasman en las pretensiones reconventionales formuladas junto con el MTC.

32. Por las consideraciones expuestas en los párrafos previos, el Tribunal considera que la cuestión de competencia concerniente a los límites de su pronunciamiento respecto de FITEL, debe ser resuelta en el sentido favorable a la incorporación de FITEL, como parte no signataria del Contrato de Concesión.

XIV.4 DE LA INTERVENCIÓN DE OSIPTEL COMO TERCERO COADYUVANTE

33. En este arbitraje, OSIPTEL ha participado, por su propia iniciativa, como tercero coadyuvante. Desde dicha posición, el OSIPTEL ha colaborado en la defensa del MTC y FITEL, por considerar, como señaló en su escrito presentado al Centro el 1 de septiembre de 2015 (p. 1), que «los efectos secundarios del laudo podrían afectar [sus] funciones [...], como organismo regulador y supervisor de los servicios públicos de telecomunicaciones». Y asimismo (p. 1), por considerar que era capaz de «aportar información especializada respecto de los mercados involucrados en la demanda arbitral, que son materia de su función supervisora».

Es conveniente recordar que OSIPTEL fue la parte suscriptora original de los Contratos de Financiamiento celebrados con GILAT, y que

ulteriormente cedió su posición contractual -y así, todos sus derechos y obligaciones- a FITEL

34. La intervención de OSIPTEL se ha realizado conforme a las características de la figura del tercero coadyuvante, según Resolución del Tribunal No. 13 de 8 de septiembre de 2015. Es así que, sin tener la calidad de parte, OSIPTEL ha aportado medios de prueba y ha tenido libertad para expresar su posición, tal como lo ha juzgado conveniente, en todas las etapas del procedimiento, así como para intervenir en las audiencias realizadas en el curso del arbitraje.

La intervención de OSIPTEL como tercero coadyuvante, por lo demás, fue expresamente aceptada por GTH, en escrito presentado al Centro el 7 de julio de 2015.

XIV.5 DE LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR PASIVA FORMULADA POR EL MTC

35. En su contestación de demanda, el MTC formula una excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva, en atención a que no considera tener vínculo con los actos u omisiones a los que GTH refiere los daños que se le han ocasionado en la relación jurídica nacida del Contrato de Concesión.

En la exposición de los fundamentos de dicha excepción (p. 3-7 del escrito de contestación) el MTC expone, desde la óptica de los elementos del juicio de responsabilidad, la ausencia de fundamentos para vincular su posición con los daños cuyo resarcimiento demanda GTH.

36. Por su parte, GTH considera que el MTC tuvo plena injerencia en las controversias sometidas a arbitraje (p. 130 de sus alegatos finales).

Más aún, al contener los Contratos de Financiamiento una previsión expresa en la cual se señala que el Contrato de Concesión constituye un documento que forma parte integrante de aquéllos, la interpretación que gobierna ambas relaciones jurídicas es la del Contrato de Concesión.

Asimismo, la parte demandante recuerda que fue el MTC la entidad que absolvió las consultas que GTH formuló respecto de la obligación de continuidad del servicio de telefonía rural. Es más, OSIPTEL, en un escrito presentado al Tribunal el 26 de octubre del 2015, señala que la decisión de retiro de los teléfonos requería la autorización del MTC y de FITEL.

37. Más allá de las posiciones de las partes sobre la excepción formulada por el MTC, que la califica como "excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva", el Tribunal Arbitral considera que ésta debe ser declarada IMPROCEDENTE, al estar apoyada en argumentos que tienen que ver, íntegramente y directamente, con el análisis de fondo que es menester efectuar en atención a la pretensión resarcitoria de GTH (primera pretensión principal de la demanda).

En efecto, como GTH demanda que el Tribunal le conceda un remedio resarcitorio contra el MTC y FITEL, el momento y ámbito en que se debe emitir pronunciamiento al respecto no es al resolver anticipadamente la fundabilidad o no de una excepción, sino al evaluar los argumentos de fondo de la controversia en cuanto a la primera pretensión principal de la demanda y los puntos controvertidos con ella vinculados.

Como se ha señalado previamente, el MTC trae a colación, al sustentar su excepción, argumentos atinentes al juicio de responsabilidad civil en general, como los elementos cuya verificación es necesaria para dirimir un conflicto donde una parte imputa a la otra la comisión de un daño,

el cual debe ser resarcido. El MTC subraya, en tal sentido, la ausencia de causalidad, en particular, entre sus acciones y omisiones y los daños que manifiesta haber sufrido GTH. Como este elemento (causalidad) y otros del juicio de responsabilidad civil no se presentan, la conclusión a la que debería llegar el Tribunal es que el MTC no es responsable de los daños que GTH le imputa.

En realidad, entonces, MTC ha presentado bajo la forma de excepción (una suerte de "excepción de no-responsabilidad") una defensa de fondo, propiamente dicha. Todos los argumentos que se refieren a la determinación de la responsabilidad de los demandados frente a GTH deben dirimirse, sin perjuicio de la decisión de los árbitros en relación con la excepción, al desarrollar los fundamentos de la decisión que el Tribunal tome sobre la pretensión resarcitoria formulada en la demanda. Un pronunciamiento del Tribunal sobre la excepción del MTC terminaría confundiéndose, de manera inevitable, con la evaluación y el dictamen del Tribunal acerca de la pretensión de resarcimiento de daños de GTH y su justificación.

39. El Tribunal considera imperioso recordar, también en lo tocante a la excepción del MTC, que ni la Procuraduría a cargo de su defensa, ni el tercero coadyuvante, OSIPTEL, han insistido o expuesto argumentos adicionales sobre la excepción, a partir de su formulación en la contestación a la demanda de GTH. La refutación de los fundamentos de la excepción por parte de GTH no fue objeto de descargos ulteriores por el MTC, ni por FITEL ni por el tercero coadyuvante. Es más, en la Audiencia de Informes Orales Finales, realizada el 15 de noviembre de 2017, la temática de la excepción del MTC ni siquiera fue materia de la exposición de la defensa del Estado.

40. Por las razones expuestas, el Tribunal, habiéndose reservado su pronunciamiento sobre este punto para el momento de laudar,

considera que la excepción de falta de legitimidad pasiva formulada por el MTC, por entrever una defensa de fondo, es IMPROCEDENTE.

XIV.6 DEL ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES: PREMISAS

41. En todo procedimiento, arbitral o judicial, la materia controvertida está recogida o sintetizada en las pretensiones formuladas en el escrito de demanda, en la absolución de ésta por el demandado, y, si fuere el caso, en las pretensiones reconventionales y su absolución.

En este arbitraje, los miembros del Colegiado identificaron, en la debida oportunidad, mediante la Resolución N° 35, una relación de dieciséis materias de pronunciamiento, las cuales no constituyen más que una orientación del desarrollo que deberá efectuarse de las posiciones de las partes en el Laudo, según la demanda, la reconvencción, las ampliaciones presentadas por las partes y sus respectivas absoluciones. Es evidente, en este sentido, la conexión de diversas materias de pronunciamiento con las pretensiones demandadas por GTH y las reconvenidas por FITEL y el MTC.

Por lo tanto, el Tribunal identificará, según las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, las materias controvertidas vinculadas con cada uno de sus pronunciamientos. Ello, sin perjuicio de la facultad del Tribunal para reordenar las materias según su visión general de la controversia, o para no pronunciarse sobre alguna materia, inclusive, según la regla expresamente estipulada en la Resolución N° 35:

1/26

9

4. El Tribunal Arbitral deja claramente establecido que se reserva el derecho de analizar y, en su caso, resolver, los puntos controvertidos, no necesariamente en el orden en el que han sido señalados en la presente Resolución.
5. Asimismo, el Tribunal Arbitral podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.
6. Del mismo modo, se deja constancia de que los puntos controvertidos señalados tienen valor puramente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere

nulidad de ningún tipo, sin excederse de las materias y/o pretensiones sometidas a este arbitraje.

XIV.6.1 PRIMERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

42. En su primera pretensión principal, GTH demanda que el Tribunal declare que se ordene al MTC y a FITEL el pago de una suma no menor a US\$ 48'000,000.00 (cuarenta y ocho y 00/10 dólares de los Estados Unidos de América) por concepto de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados a GTH durante la ejecución del Contrato de Concesión y de los Contratos de Financiamiento de los Proyectos 2, 3 y 4 celebrados con el MTC y con FITEL, respectivamente.

En relación con esta pretensión, el Tribunal debe pronunciarse sobre las cuatro primeras materias controvertidas señaladas en la demanda de GTH. En tal sentido, la Resolución N° 35 señala estas materias:

- 
- (1) Si ha mediado o no causa imputable a MTC y FITEL durante la ejecución de los contratos indicados por GTH, que sirva de sustento a una obligación resarcitoria (primer punto controvertido).
- 

- (2) Si se aseguró o no a GTH, en los contratos por ella identificados, un ingreso mínimo garantizado, que sirva de criterio para cuantificar los daños cuyo resarcimiento demanda (segundo punto controvertido).
 - (3) Si está acreditada la existencia de daños para GTH (tercer punto controvertido).
 - (4) Si corresponde ordenar al MTC y FITEC el pago de un resarcimiento según la estimación propuesta por GTH (cuarto punto controvertido).
43. A la vez, la primera pretensión se vincula con dos de los pedidos reconventionales del MTC, incluidos en su escrito de ampliación de contestación y reconvenición (p. 106), presentado al Centro el 15 de diciembre de 2015, los cuales se refieren a la décimo quinta y décimo sexta materias controvertidas:
- (1) Determinar si el daño aducido por GTH fue un daño concurrencial lícito, es decir, propio de la competencia y asociado con un riesgo de mercado (décimo quinto punto controvertido).
 - (2) Determinar si GTH ha cumplido con realizar acciones de mitigación de daños a los efectos causados por la telefonía móvil (décimo sexto punto controvertido).
44. El Tribunal, hallándose obligado a emitir un Laudo «de conciencia», considera que el análisis de las materias controvertidas que están vinculadas con la temática de la responsabilidad que GTH imputa a las dependencias públicas, debe comenzar con la fijación de la perspectiva del Tribunal sobre la tutela resarcitoria, de conformidad con una óptica de

principios que no tiene, necesariamente, que apartarse del orden jurídico normativizado.

Debe tenerse presente, al respecto, que conforme a una regla de convivencia -reconocida en el derecho natural, si fuere menester recordarlo- todo aquel que cause un daño a un semejante tiene que remediarlo. Uno de los remedios más utilizados, aunque no sea el único, es el resarcimiento, o sea, el desembolso de una suma que represente el equivalente en dinero del perjuicio ocasionado.

Este principio de convivencia se encuentra consagrado legalmente en las normas del Código Civil, pero también en las del Código Penal y en las de la Ley General del Procedimiento Administrativo, sobre la responsabilidad patrimonial del Estado y en múltiples normativas especiales, como la Ley General de Transporte, la Ley General de Salud, el Código de Protección y Defensa de los Consumidores, etcétera.

45. Igualmente, corresponde a una regla de garantía de la legalidad del pronunciamiento judicial o arbitral, que la parte que demande una pretensión acredite o demuestre lo que reclama. Las cargas probatorias recaen en quien efectúa el pedido. Ello está recogido en una normativa indiscutiblemente de orden público de nuestro país, como el Código Procesal Civil (artículo 196): «Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos». En la misma normativa se indica (artículo 197) que: «Todos los medios probatorios son valorados por el Juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada. Sin embargo, en la resolución solo serán expresadas las

valoraciones esenciales y determinantes que sustentan la decisión»).

La referencia a la normativa citada del Código Procesal Civil no significa una vinculación del Tribunal a dicha disciplina, sino una confirmación de los valores procedimentales en los que se asienta nuestro derecho, que no pueden ser desconocidos en un Laudo de Conciencia.

50. Ahora bien, si en cuanto al daño y a su resarcibilidad se puede recurrir a la argumentación basada en principios, la situación no es distinta si se analiza el mecanismo de la contratación en general, como un vehículo de cooperación entre las partes, animadas por la intención de realizar sus respectivos intereses. Esto también es un reconocimiento de derecho natural, más allá de la confirmación de que la perspectiva indicada recibe consagración en la normativa concreta del Código Civil, así como en toda disciplina atinente a las relaciones contractuales.

Como la clave de la contratación es la cooperación, la actuación de las partes debe estar gobernada por principios también: el que ejecuta o cumple su compromiso debe hacerlo con cuidado y con diligencia. Dicha exigencia de comportamiento prudente en el deudor se corresponde con un vínculo para la parte acreedora, que la fuerza a dar al deudor las facilidades necesarias para que pueda liberarse de su empeño. Este es el valor que inspira en el Código Civil, por ejemplo, el régimen de la mora del acreedor (artículos 1338 y 1339), de conformidad con el cual, el acreedor que obstaculice o que omita colaborar con el deudor para el cumplimiento de la prestación de cargo de éste asume la responsabilidad por los daños ocasionados al deudor, así como los riesgos de

ML
→

imposibilidad sucesiva de la prestación. Y es también el valor que inspira el sistema de la responsabilidad civil contractual o por incumplimiento de obligaciones, que en nuestro derecho civil (artículo 1321°) está basado en dos criterios de imputación: el dolo o culpa del deudor. Esta última puede ser, según las circunstancias, leve o grave.

51. El Código Civil, de otro lado, no se refiere a la regla de la mitigación de los daños -aducida enfáticamente, y con razón, por el MTC y FITEL en este arbitraje- pero ésta es fácilmente deducible de la visión que tenga el juzgador de las relaciones obligatorias como instituciones sociales y jurídicas, fundadas en la moralidad de los vínculos que establecen las partes. Como aquella parte que incumple sus obligaciones es la responsable de los daños que dicha infracción cause al acreedor, éste, como correlato de semejante garantía, tiene el compromiso, nacido de la buena fe (otro valor que entra tallar en el análisis del Tribunal), de hacer todo lo que esté en sus manos para minimizar el impacto económico, material o moral de la falta de su contraparte. No puede considerarse a un acreedor, por la sola circunstancia de que se trata de un titular de derechos, como parte liberada del deber de contribuir de modo explícito para que las consecuencias del daño no se produzcan, o cuando menos, no revistan tanta gravedad. Ese es el espíritu de normas como la del artículo 1327 del Código Civil: «El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario».

MA
7

52. Bajo las premisas señaladas, que serán ampliadas en los parágrafos sucesivos, el Tribunal considera que la primera pretensión de GTH debe ser declarada FUNDADA EN PARTE: que existe responsabilidad civil concurrente del MTC y del FITEL

(entidad adscrita al MTC pero con personería jurídica distinta) por los daños materiales que GTH alega y acredita haber sufrido, pero que serán cuantificados por los árbitros conforme a las pautas expresadas en los parágrafos siguientes, las cuales no coinciden con las brindadas por GTH. Asimismo, al no existir regla legal ni contractual que disponga un régimen de responsabilidad solidaria entre ambas entidades estatales, corresponde que el Tribunal Arbitral las declare responsables civiles parciarias, y obligadas, por lo tanto, en partes iguales, a abonar el resarcimiento dispuesto en favor de GTH. Es de tener presente, en cuanto a este punto, y aun cuando se trate de un Arbitraje de Conciencia, la regla del artículo 1173, según la cual, las prestaciones divisibles (como el resarcimiento por equivalente) se presumen divididos en tantas partes iguales como deudores (no solidarios) existan.

53. El Tribunal considera, ante todo, que era legítima la expectativa de GTH de obtener un beneficio económico mediante el Contrato de Concesión, porque ninguna parte contrata – tampoco el Estado- si no es con miras a una mejora de su propia posición en todo sentido. El propio GTH ha sostenido, en la Audiencia de Informes Orales Finales, que está de acuerdo con el MTC y FITEL cuando estas dependencias, en su defensa, afirman que no había una garantía de tráfico mínimo, a favor de GTH, pero ello no enerva el sustento de la demanda en cuanto a pedir del Tribunal una compensación que -en lógica resarcitoria- restablezca un orden alterado -una proyección frustrada acerca de los ingresos que se iban a obtener y de los costos y pérdidas que se iban a sufrir- por los comportamientos imputados a los demandados.

Así las cosas, la responsabilidad del MTC y FITEL (según la Ley N° 28900, citada por el MTC en su ampliación de contestación y

reconvención, p. 6, el MTC actúa como Secretaría Técnica del FITEL) es la conclusión a la que se arriba bajo los criterios ordinarios de tipificación de la responsabilidad de nuestro sistema jurídico, a saber, la verificación de un daño, la existencia de un nexo causal entre las acciones u omisiones de los demandados y el daño, la referencia a un criterio de imputación, y -como reconoce mayoritariamente la doctrina y jurisprudencia nacionales- la antijuridicidad de la conducta dañosa.

54. El FITEL fue creado con un objetivo muy concreto: el de plantear y financiar proyectos de promoción de la participación del sector privado en telecomunicaciones en zonas rurales del Perú. Este dato es relevante para evaluar la legitimidad de las expectativas que pudo haber tenido GTH al contratar con el Estado. Es un hecho que se ha demostrado cabalmente en este arbitraje -los antecedentes del Contrato de Concesión, en particular, y las reconstrucciones históricas contenidas en el INFORME ESAN, o en el Informe Final de Apoyo (2010, solicitado por FITEL y el Banco Mundial, Anexo 6-X de la demanda de GTH)- que cuando se celebraron los contratos con GTH el desarrollo en las zonas rurales del Perú, en cuanto a las telecomunicaciones era escaso, entre otras razones, por los altos costos de la prestación del servicio, y, precisamente, porque no existían incentivos estatales para que los particulares contribuyeran a resolver la situación.

Así las cosas, los proyectos de FITEL, cuya mira era la expansión de la telefonía pública en las zonas rurales, se concretaron en un Contrato de Concesión cuya duración (por veinte años, según la Cláusula Cuarta) es otra clara muestra de las previsiones que, diligentemente, se formaron las partes sobre sus compromisos. Así, ellas llegaron a un acuerdo, sobre la base de un estimado de tráfico (102 minutos diarios y por línea, en los Proyectos FITEL 2 y 3)

y del presupuesto económico de contar con una subvención, de un financiamiento de las actividades que emprendería GTH. Todo ello, en una secuela de relaciones contractuales configuradas entre los meses de noviembre de 1999 a diciembre del 2001 (fecha del FITEL 4, nacido, a propósito, de un pedido de las poblaciones que ya contaban con el servicio de telefonía pública, pero que demandaron su ampliación).

55. La contratación pública en materia de telecomunicaciones -y esto es verdad también en la contratación privada- se encuentra expuesta al denominado «riesgo de desarrollo» o «tecnológico». En poquísimo tiempo, una tecnología de avanzada es superada por otra, más económica, más sencilla de usar, con más prestancia. Es un hecho, igualmente comprobado en ocasión de las diversas actuaciones de este arbitraje, que la telefonía pública experimentó una caída. Este es un hecho igualmente relevante para el pronunciamiento, que, más allá de su consideración final por el Tribunal, en cuanto a su causa, ha sido formulado por GTH y no ha sido rebatido por el FITEL ni por el MTC ni por el OSIPTEL como tercero coadyuvante. En lo que discrepan las partes y el tercero coadyuvante es en la razón explicativa de tal caída y en su visión sobre quién debía asumir el riesgo de la expansión de la telefonía móvil.

56. Si las causas materiales de la marcha negativa de la operación de GTH, en términos económicos, se limitaran al riesgo de desarrollo, no se podría hablar de responsabilidad civil, porque dicho riesgo es propio -como se ha señalado- de las prestaciones propias de los proveedores de telecomunicaciones. GTH debía, sin duda, prever las consecuencias del cambio, tal como le ha sido objetado por el MTC en su contestación de demanda, incluso con remisión a la fase de consultas formuladas en relación con la

M
7

Licitación Pública Internacional OSIPTEL/FIDEL/001-99 (p. 135). Sin embargo, el caso bajo análisis es uno en el que el impacto del riesgo de desarrollo ha resultado agravado por la omisión del FIDEL y del MTC -y del Estado peruano, por lo tanto- a los deberes de cooperación que son propios de la relación obligatoria nacida del Contrato de Concesión, coligada con las relaciones nacidas de los Contratos de Financiamiento FIDEL 2, 3 y 4, que tuvieron a aquél como causa y justificación.

El financiamiento de GTH tiene como objetivo el desarrollo de la actividad encomendada a GTH para la implementación de los servicios en las zonas rurales, pero en modo alguno está integrado por sumas que tengan por objeto proteger a GTH de los riesgos de desarrollo. El pedido de GTH cifrado en la primera pretensión de su demanda, entonces, no está destinado a que el Tribunal le compense, por una integración contractual, conceptos que se excluyeron del reglamento *inter partes*. Es un pedido dirigido al establecimiento de una responsabilidad civil, como se anotó en las premisas de este acápite, y a la configuración de la obligación resarcitoria derivada.

57. En tal sentido, cobra importancia lo ocurrido desde el momento en que se manifestó el desinterés de la población en las zonas rurales por la telefonía pública. En dicho momento, en lugar de concordar soluciones al problema que enfrentaría su contratante GTH, o por lo menos tomar conciencia de la difícil situación a enfrentar, el Estado decidió -y no podía evitarlo- promover la telefonía móvil. El pedido de GTH tampoco está dirigido a cuestionar la política del Estado en un sector tan importante, lo que ocurre es que tal opción no podía tomarse, desde una perspectiva de buena fe, propia de la contratación diligente y



leal, sin medir el impacto que tendría lo decidido en los contratos vigentes con GTH.

Es preocupada, entonces, como consta en el expediente, tuvo que ser evidenciada -en cumplimiento del deber de mitigación de daños, según el Tribunal- por GTH. El abundante material probatorio aportado por GTH, y no cuestionado por el MTC y FITEL, ni por OSIPTEL, es plenamente demostrativo de los pedidos que GTH formuló para que las consecuencias patrimoniales negativas del riesgo verificado no se agravaran; pedidos que se plasmaron en múltiples reuniones y comunicaciones entre representantes de las partes, destinadas específicamente a esta temática. La cuestión planteada por el MTC y FITEL en su reconvención, sobre el deber de mitigación de daños de GTH no es de recibo, entonces. GTH ha probado que sí planteó soluciones para enfrentar el impacto del riesgo de desarrollo, pero sus propuestas fueron desatendidas por el Estado: parcialmente, cuando se pidió el traslado de los teléfonos de una localidad de escaso uso a otra, y totalmente cuando GTH planteó la conveniencia de la medida, más drástica, del retiro de los teléfonos deficitarios. Es más, en enero del 2014, se firmó una adenda -que destaca entre todas las que suscribió GTH con el Estado- en la que se reconoce la ruptura del equilibrio económico financiero de la relación contractual entre el Estado y GTH. Y la causa identificada por las partes fue la expansión de la telefonía móvil.

En el INFORME ESAN se señala, en efecto, que el negocio de la telefonía rural experimentaba «tasas de desempeño financieras negativas», desde tres años atrás «debido a la severa caída del tráfico en sus redes, principalmente por la presencia de la telefonía móvil».

58. El impacto de la telefonía móvil, entonces, impulsada por el Estado (como se detalla, con información del propio FITEL, en el escrito de GTH presentado el 14 de noviembre de 2017), fue negativo en la telefonía pública rural, tal como ocurre en todo supuesto de superación de una tecnología antigua por una nueva. El problema, en el caso analizado, es que el Estado, al cumplir lícitamente su cometido de colocar al país a la vanguardia en el campo de las telecomunicaciones, desatiende sus propios contratos, celebrados anteriormente, y revestidos con financiamiento suyo; contratos en los que se producirá un agravamiento de los efectos derivados del cambio tecnológico.

Esta actitud del Estado ahonda tales efectos, sin mediar justificación en su comportamiento para el Tribunal, cuando, ante el pedido de GTH, en lugar de aceptar la remoción de los teléfonos deficitarios, con escaso o nulo tráfico de llamadas, se propone solamente la reubicación de tales aparatos, y a costo de GTH. Esta propuesta se plasmó en las Adendas Décima del Contrato FITEL 2 y Séptima del Contrato FITEL 3.

La interpretación de este proceder del Estado por el Tribunal es en el sentido de representar una confirmación de la posibilidad de introducir cambios drásticos en los contratos de GTH que permitieran a ésta menguar el efecto negativo del cambio tecnológico.

59. En las actuaciones del arbitraje, GTH ha demostrado que a pesar de la observancia del deber de mitigación de los daños -dentro del espacio de acción que le permitían los contratos celebrados, es decir, en coordinación con el Estado- la medida de traslado de los equipos no permitió superar la afectación del servicio público de telefonía rural. Más y más teléfonos pasaron a la calidad de

deficitarios y solo en escaso porcentaje conservaron un tráfico que les permitía cobrar sus costos de operación y de mantenimiento. Es en dicho contexto que surge la propuesta de GTH al Estado para, no ya trasladar los equipos de consumo deficitario a otra localidad, sino para proveer a su retiro definitivo.

Es destacable, en relación con este punto, que la iniciativa de una medida como la descrita no haya provenido únicamente de GTH, sino de la consultora APOYO, en su citado informe del mes de marzo de 2010 (Anexo 6-X de la demanda) donde se refiere la existencia de dos millares de teléfonos públicos en zonas rurales que, al ser usados con un tráfico menor a 30 minutos por día, no tienen un tráfico que genere ingresos suficientes para cubrir, por lo menos, los costos de su operación y mantenimiento. La consultora señala, entonces, que «se podría optar por dejar que el operador rural los retire».

Ante este planteamiento de GTH, para el retiro de los teléfonos, el Estado respondió, por ejemplo, mediante el Oficio No. 4088-2011-MTC/27 de 16 de febrero de 2011 (Anexo 6-F de la demanda) que no aceptaba la propuesta, porque GTH estaba contractualmente obligada a mantener la continuidad del servicio, y que ésta era irrenunciable.

En otro pedido, más cercano a la fecha de los actos postulatorios de este arbitraje, del mes de febrero de 2015, GTH solicitó que se le autorizara el retiro de 1,598 teléfonos correspondientes al Contrato FTEL 2, y 1,425 teléfonos correspondientes al Contrato FTEL 3; todo ello, sobre la base de informes de APOYO y ESAN, los cuales, por lo demás, habían sido elaborados por pedido de las dependencias estatales, y no del concesionario. El Estado, sin embargo, volvió a responder negativamente.

OSIPTEL, en su calidad de tercero coadyuvante en este arbitraje ha señalado, en relación con este punto, en su escrito de 26 de octubre de 2015, que la decisión de retirar los teléfonos competía al MTC y FITEL, y que OSIPTEL tenía solo que ser informada de ello. En esta declaración, OSIPTEL parecería suscribir que el retiro de los teléfonos sí era posible.

60. Una regla principista a tomar en cuenta en el análisis de esta parte de la controversia es que las partes son las gobernantes exclusivas de su relación contractual. Ellas pueden adecuarla el reglamento contractual según su conveniencia y en atención a la variación de las circunstancias originales que las llevaron a contratar. La vía de la autorregulación siempre será mejor a la vía de la intervención del contrato mediante integración o, como en este caso, mediante el pronunciamiento del Tribunal. En las pruebas aportadas por las partes en este arbitraje, en cambio, lo que se aprecia es que la negativa del Estado a la adecuación del contrato responde únicamente a una visión -inexacta para el Tribunal- de la fuerza vinculante del compromiso contractual, que es aplicada con rigor a GTH, a pesar del reconocimiento explícito, por la contraparte demandada, de la problemática enfrentada por la empresa concesionaria, de la que el Estado era conocedor desde que le fueron presentados los primeros planteamientos de GTH al respecto.

Al respecto, en el expediente consta el Informe de la Secretaría Técnica del FITEL No. 2116-2013-MTC/24 de 7 de diciembre de 2013, en el que se reconoce, formalmente, la existencia de un desequilibrio económico-financiero que afectó a GTH, así como de efectos negativos atribuibles, según la propia parte estatal a «la emisión de normas, lo cual afectó las condiciones de mercado

para el servicio de la telefonía pública». Se habla, al respecto, de un «régimen especial regulatorio para los operadores móviles que les permitía reducir sus costos, lo que coadyuvó [sic] su ingreso al interior del país, a zonas rurales y de especial interés social donde la empresa GTH ya venía ejecutando prestaciones de servicio de telecomunicaciones». La conclusión de este informe es favorable a la identificación de un desequilibrio económico-financiero:

En ese orden de ideas los suscritos consideran la expedición de normas por el Estado Peruano a favor de la masificación del servicio móvil afectaron negativamente los ingresos de GTH, puesto que produjo la reducción del tráfico de los operadores rurales, así como el retraso en: i) establecerse la aplicación inmediata de la reducción del cargo de originación /terminación móvil y ii) aprobarse los cargos de interconexión diferenciados para áreas rurales y de preferente interés social en su oportunidad sino hasta el año 2010, que permitirían mitigar los efectos negativos en la prestación de los servicios de los operadores rurales. Por lo que se concluye que se vio afectado el equilibrio económico financiero del Contrato de Compraventa de bienes del Sistema de Telecomunicaciones Rurales del Proyecto FITEL 1 suscrito entre FITEL y Gilat To Home Perú SA.

61. El Informe citado constituye, para el Tribunal Arbitral, un medio probatorio de la afectación de GTH, pero a la vez de las posibilidades que tenía el Estado para intervenir en las relaciones contractuales con GTH, a pedido de ésta, para afrontar de manera coordinada las consecuencias de la difusión de la telefonía móvil en el interior del país. Ese proceder habría sido el esperable, según el Tribunal Arbitral, de una contraparte que se desarrollara respetando los valores de cooperación, buena fe e indemnidad que son propios de las relaciones obligatorias.

La cuestión es establecer hasta dónde llegaba esa posibilidad para el Estado de acceder a las solicitudes de GTH, asimilables a la ejecución de su deber de mitigar los daños.

62. Lo señalado hasta este punto demuestra que el daño alegado por GTH, entendido como una alteración negativa del estatus de esta empresa en el plano patrimonial, sí tuvo lugar (luego se

evaluará su dimensión). Corresponde ahora determinar si dicha variación tuvo como «responsable», y de ser así en qué medida, al MTC, contraparte en el Contrato de Concesión, y al FITEL, como contraparte en los Contratos de Financiamiento.

Para el Tribunal, está fuera de discusión que las consecuencias patrimoniales negativas aducidas y demostradas por GTH no tienen como «causante», en sentido material o jurídico, al MTC y a FITEL, si se entiende que se trata solo de los meros efectos del riesgo de cambio en la tecnología. La responsabilidad del MTC y FITEL, en el caso sometido a decisión, se origina en la falta de colaboración de tales entidades en las acciones -y en la evaluación de las acciones, inclusive- destinadas a mitigar la situación de GTH, con lo cual acrecentaron los efectos negativos del cambio tecnológico.

Sin embargo, la ajenidad de los vaivenes tecnológicos a las partes no descarta el nexo causal existente entre la infracción al deber de cooperación del Estado en la gestión del riesgo de cambio tecnológico por parte de GTH. En otras palabras, el MTC y FITEL no son «responsables» ante GTH por el cambio tecnológico, sino solo del daño mayor ligado de modo directo e inmediato, con las acciones u omisiones del Estado que, de haber sido facilitadoras de los pedidos de GTH, habrían contribuido a impedir que los daños sufridos por la concesionaria se agravaran y tuvieran la entidad que el Tribunal habrá de definir.

Por lo tanto, el Tribunal considera que la causalidad, incidente en la medida del resarcimiento, debe ser entrevista, en el caso bajo análisis, como el nexo material, antecedente-consecuente, entre la infracción del deber de cooperación del Estado (encarnado en el MTC) con su concesionaria y las consecuencias negativas

mayores que GTH no habría sufrido si el Estado la apoyaba en sus iniciativas destinadas a la gestión del riesgo de cambio tecnológico y del desuso de la telefonía pública rural.

63. El MTC ha postulado, en la ampliación de su contestación y reconvencción, que los daños sufridos por GTH son de naturaleza concurrencial, o sea, atribuibles a una situación de competencia económica entre empresas. Esta interpretación, en opinión del Tribunal Arbitral, no resulta amparable.

La competencia económica, que constituye uno de los valores del orden constitucional vigente en nuestro país tiene como principal presupuesto que los sujetos competidores se enfrenten, lealmente, en un mismo y exacto ámbito. En el caso analizado ello no ocurre, porque GTH, al ser un proveedor del servicio de telefonía pública, no «compite» con los operadores de telefonía móvil. Para que se presente una situación de competencia, no basta con que ambos grupos de actores se desenvuelvan en el campo, bastante general, de las telecomunicaciones.

Un teléfono móvil, además, es una tecnología mucho más onerosa para el usuario que el servicio de telefonía pública, a pesar de lo cual, le lleva ventaja inalcanzable a esta última, en preferencia, debido a que los usuarios pueden trasladarse acompañados, en todo momento, de un medio de comunicación. Este rasgo de la telefonía móvil es el determinante de su éxito, aunque en cuestión de precios, la inversión de los particulares sea mayor. Un teléfono público no compite con un teléfono móvil. El primero no constituye una «alternativa» frente al segundo, porque los consumidores no compran teléfonos públicos, solamente los usan, y siempre que las condiciones del medio no permitan que la telefonía móvil satisfaga las

necesidades de comunicación de una localidad; por ejemplo, en caso de inaccesibilidad.

Es de recordar, finalmente, que al referirse al "respeto a las reglas de competencia y normas sobre interconexión", el Contrato de Concesión vincula dicho concepto (Cláusula 3.04.a) con "los derechos de otras empresas prestadoras de servicios públicos de telecomunicaciones o de los usuarios". Esta precisión contenida en el Contrato de Concesión comprueba, en definitiva, que, si pide al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre un posible daño concurrencial, el significado de "competencia" está limitado a las empresas que prestan servicios "públicos" de telecomunicaciones (telefonía rural "pública", si cabe una ulterior especificación) y no a la telefonía móvil. Fue por ello también que, en las Adendas a los Contratos de Financiamiento, como la Segunda Adenda al Contrato FITEL 2, de 4 de enero de 2008 (Cláusula Tercera), al describirse los supuestos en que se puede convenir el cambio de localidad de los teléfonos a cargo de GTH, las partes señalan, como primer caso, la existencia en la misma localidad de "otro teléfono público instalado por una empresa operadora distinta" de GTH. Una vez más, es la telefonía pública a cargo de GTH, que "compite" con la telefonía pública a cargo de otros operadores.

64. En cuanto al criterio de imputación, este constituye la razón de ser de la responsabilidad civil. Es la justificación racional para que, en un supuesto, la ley disponga que los daños experimentados por un sujeto sean asumidos, en su costo económico, por un sujeto distinto del perjudicado.

En el campo de las obligaciones, los criterios de imputación son el dolo y la culpa (artículos 1318 a 1322 del Código Civil). Sin perjuicio de dicho régimen, sin embargo, y dada la naturaleza del

presente arbitraje, al Tribunal le basta con juzgar las conductas de las partes para determinar si existen razones de fondo para hacer de cargo del FITEL y del MTC la obligación de resarcir los daños. En tal sentido, por el lado de GTH se aprecia un cumplimiento cabal y oportuno de su deber de informar a la contraparte las vicisitudes que afectan el marco económico del Contrato de Concesión y de los contratos coligados con él. Asimismo, se aprecia la iniciativa de sugerir soluciones -fuera de su inadmisibilidad automática y de su valor de «propuesta»- que habrían servido para paliar los efectos negativos de la variación de las circunstancias. En cambio, por el lado de la contraparte estatal, la actitud es -como ya se anotó- de indiferencia frente a la situación afrontada por la concesionaria, lo cual no se condice con las características de la relación entre el Estado y GTH, donde el riesgo de cambio tecnológico debía ser afrontado con un involucramiento específico de ambas partes.

En el plano legal existe una presunción de culpabilidad a favor de quien aduce el incumplimiento (artículo 1329 del Código Civil). En un arbitraje de conciencia, en todo caso, la demostración que le correspondía ofrecer al FITEL y al MTC para liberarse de los cargos que le imputa GTH tenía que consistir en la prueba de la adopción de medidas concretas para hallar una solución a la problemática indicada, constantemente, por la concesionaria. En este punto, la omisión probatoria de FITEL y del MTC -limitados a la invocación de su remoto asentimiento, documentado por las Adendas a los Contratos de Financiamiento, al traslado de teléfonos públicos deficitarios de una localidad a otra, que económicamente no alcanzaba para resolver el problema- ha representado una constante en el curso del arbitraje.

65. Una cuestión importante a considerar es si el MTC y FITEL tenían la obligación de acceder a los cambios contractuales requeridos (económicamente e individualmente) por GTH, y en el sentido en el que las propuso GTH. El Tribunal Arbitral juzga imperioso precisar que una obligación semejante no existía ni existe (ver, en relación con este punto, los fundamentos de lo decidido por el Colegiado, más adelante, sobre la tercera pretensión de la demanda arbitral y su pretensión accesoria). Empero, más allá de la literalidad del Contrato de Concesión o de los Contratos de Financiamiento, el deber de cooperación y la buena fe imponían a la contraparte estatal de GTH la negociación y eventual adopción de medidas eficaces para atenuar los daños experimentados por GTH, o de someterse a las consecuencias de no hacerlo.

El fundamento de la responsabilidad civil estatal frente a GTH, que tiñe de injusticia su proceder -la 'antijuridicidad' que se exige en los procesos ordinarios de responsabilidad ante el poder judicial o en la justicia privada 'de derecho'- es la negativa, de plano, a acceder a una renegociación o a una adecuación de contrato, que con muy alta probabilidad habría permitido a GTH atenuar las consecuencias a la que tuvo que hacer frente por la falta de cooperación del Estado en la solución de las contingencias surgidas en dicho contexto. Las tratativas o negociación de un acuerdo ventajoso para ambas partes -no necesariamente unilateral en cuanto a los intereses considerados-, además, habrían podido conducir a un resultado favorable en cuanto a la gestión de los efectos patrimoniales negativos, tal como lo demuestran los actos jurídicos posteriores que tuvieron como protagonista -colaboradora e interesada, esta vez- a la parte estatal, pero que arribaron o que se implementaron tardíamente, cuando el daño material a GTH ya se había producido.

En cuanto a este punto, que la contraparte de GTH en el Contrato de Concesión sea, a la letra, el MTC, no significa que el examen a cargo de los árbitros sobre la imputabilidad por los daños tenga que limitarse a los actos u omisiones de los funcionarios solo del MTC, como si los actos de los funcionarios del FITEL fueran ajenos al del MTC, o al Estado, visto desde la perspectiva de GTH o de todo otro concesionario.

La teoría de los deberes de protección invocada por GTH en su demanda arbitral y alegatos -la cual se funda en la buena fe, precisamente, según la experiencia de donde es originaria (STOLL, Heinrich, *Commiato dalla teoría della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoría*, en *Id. y otros, L'obbligazione come rapporto complesso*, Giappichelli, Turín, 2016, p. 25), explica bien cómo es que las partes de un contrato no solamente se encuentran obligadas, una frente a la otra, a la ejecución puntual y cabal de las prestaciones esenciales asumidas. En realidad, el programa de las prestaciones de las partes, cuando se trata de relaciones de obligación completas, se extiende a los deberes de indemnidad y seguridad respecto de la integridad material y moral de las partes, que pueda ser afectada con motivo del cumplimiento de las obligaciones centrales de cada deudor. No deja de ser un deber del MTC y FITEL frente a GTH, por lo tanto, el velar por la integridad de GTH frente a abstenciones o acciones perjudiciales de la contraparte estatal.

M

9

66. Habiéndose concluido que el MTC y FITEL se encuentran en una situación de responsabilidad civil frente a GTH, y habiéndose indicado, ampliamente, que dicha responsabilidad no se fundamenta en el daño por riesgo tecnológico, sino en la infracción, cometida por la parte estatal, del deber de colaboración basado en la buena fe y en la lógica de la

contratación bilateral, el Tribunal Arbitral tiene que abocarse, a partir de este punto, a la determinación del *quantum* del resarcimiento.

Como premisa general de la cuantificación, el Tribunal Arbitral subraya que, incluso si el Laudo a emitir fuese de derecho, es potestad del Colegiado ampararse, para la tarea mencionada, en el criterio de equidad contemplado en el Código Civil (artículo 1332). Dicho criterio no constituye una licencia para el juzgador, desde luego, para que la cuantificación de los daños se realice, según el leal saber y entender o según pareceres subjetivos. La equidad es, en realidad, una fórmula que, únicamente cuando la estimación económica del daño es imposible según parámetros objetivos, autoriza al juzgador a tomar en cuenta elementos de análisis impropios para la valorización de daños que sí sean susceptibles de cuantificación directa. Esos elementos son, entre muchos otros, el grado de culpabilidad del imputado, la reincidencia del actuar dañoso, la situación económica de las partes y el rechazo social que el actuar dañoso ocasione.

67. El Tribunal Arbitral señala que no encuentra, bajo una lectura "de equidad", fundamentos para agravar la posición del Estado, es decir, del MTC y FITEL como responsables civiles concurrentes ante GTH. Esto no quiere decir que el criterio de equidad resulte inútil o inadecuado para un caso como el analizado, sino solamente que su campo de aplicación se concreta en fundamentar las consideraciones de los árbitros que no pueden basarse, por imposibilidad material, en cifras objetivamente determinadas.

En tal sentido, el Tribunal Arbitral considera importante, como base de su apreciación sobre este punto de la controversia, el informe pericial presentado por GTH, elaborado por INTELFIN, mediante su

escrito de 14 de julio de 2016. Dicho informe fue expuesto por su autor principal, el licenciado Carlos E. Paredes, en una Audiencia convocada especialmente por el Tribunal Arbitral, en la cual las partes tuvieron oportunidad de formular preguntas y manifestar su posición frente a lo informado.

Es de señalar que FTEL y el MTC no presentaron ninguna pericia ni informe destinado a cuestionar, técnicamente, los resultados del citado trabajo de INTELFIN. Si bien dicha decisión de la defensa del Estado no basta por sí sola para dar certidumbre absoluta a las conclusiones de INTELFIN, sí tiene efecto en cuanto a la posibilidad (limitada) del Tribunal Arbitral para realizar un contraste de perspectivas en este tema.

68. Ahora bien, sin perjuicio de lo señalado sobre la pericia elaborada por INTELFIN, el Tribunal Arbitral hace constar que aprecia en ella un error conceptual y de alcance, sin perjuicio de su valor -fuera de discusión- por la información que contiene. La pericia, en efecto, da la impresión de estar orientada al cálculo de los daños "materiales" ocasionados, no por la acción u omisión de FTEL y el MTC al infringir su deber de cooperación frente a GTH, sino a valorizar las consecuencias del cambio tecnológico en la actividad de GTH. De aquí que en el planteamiento de INTELFIN se enuncien y cuantifiquen las voces jurídicas clásicas del "daño emergente" y "lucro cesante".

El Tribunal Arbitral no está de acuerdo con considerar que para la cuantificación del daño requerido se deba incluir la categoría del "lucro cesante", que representa la frustración de un rédito o utilidad futura cierta. Mal puede GTH considerar que tiene derecho a ser resarcida por un lucro cesante, si los beneficios producidos por la actividad desarrollada como concesionaria

eran de realización aleatoria. Ni FTEL ni el MTC pueden ser conminados a compensar a GTH, por la frustración de las expectativas de ganancias de esta última en sus operaciones en Perú.

69. El Tribunal Arbitral considera, en atención a que está obligado a emitir un Laudo de Conciencia, que FTEL y el MTC deben resarcir a GTH únicamente el valor económico de los costos de mantener operativos aquellos teléfonos públicos que, de no haber recibido la negativa injustificada del Estado a renegociar o adecuar la relación contractual, se habrían podido trasladar de localidad o, en todo caso, remover de su lugar de destino. En el Informe de INTELFIN se recuerda, pertinentemente (p. 69), que el Estado -demostrando que la adecuación era posible- sí autorizó el traslado de más de 870 teléfonos públicos que registraban un tráfico por debajo de 5 minutos diarios, y sin perjuicio para las poblaciones, porque éstas ya vivían el auge de la telefonía móvil.

En el informe pericial de INTELFIN aparecen múltiples propuestas de cálculo del "daño" sufrido por GTH. Pero debe tenerse presente que la pericia encomendada por GTH a INTELFIN es de estimación económica de las consecuencias de un evento (dañoso), y no de calificación jurídica de los fenómenos producidos.

Entre las propuestas de INTELFIN, el Tribunal Arbitral -conforme a lo señalado- descarta toda posibilidad de atender a las cifras asociadas con el "lucro cesante", porque la utilidad esperada de GTH no es un daño conexo con los hechos que los árbitros han identificado, en su análisis, como la fuente de responsabilidad civil.

Asimismo, el Tribunal Arbitral descarta la posibilidad de atender a las cifras de INTELFIN -para efectos del pronunciamiento encomendado al Colegiado en este punto de la controversia- que se han calculado tomando como punto de referencia los teléfonos cuyo tráfico disminuyó por debajo del volumen requerido para que GTH cubriera los costos de mantenerlos operativos. Es claro, para los árbitros, que adoptar este criterio implicaría evaluar la conveniencia, metodológica y técnica, de las medidas adoptadas por GTH para calcular "sus" costos. No sería de recibo, hacer de cargo del FTEL o del MTC la compensación de costos calculados con dicho criterio.

70. Sí resulta pertinente, para el Tribunal Arbitral, en el marco de un Laudo de Conciencia, partir del criterio -identificado, asimismo, por INTELFIN- que toma en cuenta la situación de los teléfonos públicos cuyo tráfico disminuyó, más de tres meses consecutivos, por debajo de cinco minutos diarios (p. 64 del Informe Pericial). Este método de cálculo -estrictamente limitado a lo que INTELFIN califica como "daño emergente"- resulta atendible para los miembros del Colegiado, porque bajo las circunstancias descritas, resultaba inexplicable que el Estado se negara, sin más, al pedido de adecuación del vínculo con GTH (p. 61 del Informe Pericial).

104

3

Un criterio alternativo y más conservador para delimitar el segmento de teléfonos sobre los que se calcula el daño es sólo incluir aquellos teléfonos con un tráfico diario promedio inferior a cinco minutos. En este caso, el cálculo del daño se restringió a aquellos teléfonos que por un periodo de tres meses consecutivos registraron un tráfico inferior a los cinco minutos diarios. Al igual que con el criterio anterior, en los casos en que estos teléfonos fueron trasladados o sustituidos éstos dejaron de ser contabilizados en el daño, aunque en algunos casos fueron reincorporados cuando, luego de haber sido trasladados (sustituidos), su tráfico cayó nuevamente por debajo de cinco minutos diarios. Cabe notar que este criterio corresponde al utilizado por las autoridades para autorizar el traslado de los teléfonos y dejar de atender con telefonía pública fija a estas localidades (debido a que existía demanda por dicho servicio). Bajo este criterio, el stock de teléfonos que no debió operar a diciembre de cada año fue el siguiente:

Ahora bien, INTELFIN presenta, esquemáticamente, una sucesión de costos entre los años 2008 (fecha estimada por el perito como inicio de la afectación a GTH, por el cambio regulatorio) y 2015 (fecha de interposición de la demanda, p. 64 del Informe Pericial).

Por otro lado, el Cuadro 7 presenta los estimados anuales del daño emergente y del lucro cesante bajo el segundo enfoque, en que el daño sólo se calcula para aquellos teléfonos cuyo tráfico disminuyó por debajo de cinco minutos diarios.

Cuadro N° 7: Daño emergente y lucro cesante anual ($m_{ii} < 5$ min/día)

	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Daño emergente	1.221.045	1.802.744	2.645.461	2.927.783	3.027.749	3.281.220	3.400.898	911.693
Lucro cesante	140.763	579.007	912.764	1.809.260	2.503.735	3.926.871	3.971.882	1.031.074

Elaborado por INTELFIN con información proporcionada por GTH

71. INTELFIN propone, seguidamente, actualizar sus cifras al 2015, con tasas de descuento. El Tribunal Arbitral considera que, tratándose de daños, la forma correcta de actualizar las cifras es aplicando intereses legales, y, como corresponde en un procedimiento que se rige por la Ley de arbitraje, que no puede desconocerse en un

Arbitraje de Conciencia, desde la fecha de presentación de la petición de arbitraje (Octava Disposición Complementaria).

Respecto a la tasa de interés legal a aplicarse, dado que la situación objeto de evaluación por el Tribunal Arbitral no se encuentra comprendida entre las excepciones previstas por el Código Civil para la capitalización de intereses y, adicionalmente, teniendo en cuenta que la tasa del interés legal fijada por el Banco Central de Reserva se encuentra expresada en términos efectivos y, por tanto, comprende dicha capitalización, la tasa de interés legal a aplicarse en el presente caso deberá serlo en términos nominales.

Asimismo, el Tribunal Arbitral considera, en el marco del Laudo de Conciencia que le ha sido encomendado, que los daños se limitan a aquellos comprendidos en el período en que el MTC y FITEL se negaron a colaborar con GTH y no desde el 2008, época que INTELFIN identifica como la más grave en cuanto a la caída en el uso de los teléfonos públicos. Así, el período en el que comienza a irrogarse el efecto patrimonial negativo "imputable" al Estado (daño que se pudo evitar), es el del año en que GTH realizó sus propuestas de retirar teléfonos públicos rurales, siempre que ello se comunique con razonable anticipación al MTC y OSIPTEL, y las vio rechazadas, es decir, el 2011 (desde la Carta No. C-15-GL-2011 de 27 de enero de 2011, dirigida al MTC, Anexo 6-AE de la demanda arbitral, a la que el Estado respondió con el Oficio No. 4088-2011-MTC/27, del 16 de febrero de 2011, Anexo 6-AF de la demanda arbitral).

Este período es tomado en cuenta por el Tribunal Arbitral, porque en las comunicaciones citadas, GTH se limita a proponer, en clave de renegociación, una interpretación contractual que le permita

interrumpir el servicio en los casos de "teléfonos que desde hace más de medio año tienen CERO tráfico entrante y saliente", y, más todavía, que se trataba de teléfonos ubicados en zonas donde, acreditadamente, "la población no necesita un teléfono público al tener otras alternativas de comunicación más baratas". A ello, el MTC, mediante su Dirección General de Concesiones en Comunicaciones, responde mencionando la obligación de GTH, como concesionaria, de cumplir la exigencia de "continuidad" del servicio, y de no interrumpirlo en ningún caso. Este rechazo, que es interpretado por el Tribunal Arbitral como la frustración de una renegociación o adecuación de contrato a la que GTH tenía derecho según la buena fe. Por lo tanto, este rechazo, que luego se sucede en el tiempo, sobre la base de una interpretación que no es exacta del Contrato de Concesión (su inmutabilidad absoluta, incluso en casos inequívocos de desequilibrio económico sobrevenido) es el hecho que marca el inicio del daño material continuado sufrido por GTH.

El rechazo a las propuestas de GTH no puede ser apreciado como un acto lícito ni incuestionable del MTC. El Estado podía, sin duda, invocar la ley (normativa de orden público) como un argumento liminar en el que basar su desacuerdo con la propuesta de GTH, pero no podía, según el Tribunal Arbitral, "abusar" de su derecho, para descartar toda posibilidad de renegociación o adecuación de la relación contractual, con vistas a cooperar (acaso no dando la razón del todo a su contraparte, GTH, pero sí formulando alternativas de solución) para la atenuación de las consecuencias materiales negativas que afectaban a GTH.

Por lo tanto, tomando en cuenta el cálculo provisto por INTELFIN, a efectos de la liquidación del resarcimiento, debe tomarse en cuenta exclusivamente los períodos del 2011 al 2015. los daños

sufridos por GTH, para el Tribunal Arbitral, por concepto de costos de mantenimiento y operación de teléfonos públicos en zonas rurales prácticamente no-utilizados fue de un total de US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América). La obligación resarcitoria a cargo del MTC y FTEL frente a GTH, por lo tanto, asciende a dicho monto.

2011	2012	2013	2014	2015
2,927,783	3,027,749	3,281,220	3,400,898	911,693

Como se señaló, el Tribunal Arbitral considera que el monto propuesto por INTELFIN, al no estar sujeto a los métodos de cálculo propios del mundo de los negocios, y al haber encarnado en un resarcimiento de daños, debe ser actualizado con la aplicación de los intereses legales, con la tasa correspondiente expresada en términos nominales, que corren desde la fecha en que GTH presentó al Centro su petición de arbitraje, es decir, desde el 28 de octubre de 2014.

72. El Tribunal Arbitral hace notar que los reparos del MTC y OSIPTEL al Informe de INTELFIN, mediante escritos presentados al Centro el 21 de septiembre de 2016, no han cuestionado el método de cálculo del daño emergente. En perspectiva jurídica (y no económica, que es la especialidad profesional de la empresa consultora que elaboró la pericia ofrecida por GTH), se han opuesto argumentos de inexistencia de relación de causalidad y afirmaciones sobre inexistencia de daños, así como enfoques sobre la distribución de los riesgos por el cambio tecnológico. Así no es como se habría podido contrastar objetivamente los cálculos realizados por

INFELFIN. Debe recordarse también, respecto de este punto, que el MTC declinó de presentar -a pesar de haberla ofrecido- una pericia técnico-contable, que habría podido ser de utilidad para que el Tribunal Arbitral contraste los valores utilizados por INTELFIN.

Finalmente, el Tribunal Arbitral subraya que la cifra estimada por INTELFIN no ha sido acogida en su integridad, porque de ella, además de excluirse toda referencia al lucro cesante (concepto jurídico antes que económico), se ha limitado la consideración de los árbitros a las cifras anuales propuestas como "daño emergente" -con explicación de las fórmulas usadas para el cálculo de los costos de mantenimiento de los teléfonos-, y por un período diferente del planteado por INFELFIN, cuyo cálculo de daños emergentes fluctúa entre 26 y 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América, bajo criterios de los que el Tribunal Arbitral, se ha apartado en importante medida, en el marco de su Laudo de Conciencia y sobre la base del criterio de equidad.

Sobre la base de la equidad, igualmente, el Tribunal Arbitral ha recortado la cuantificación propuesta por INTELFIN y el período de incidencia propuesto por INTELFIN, atendiendo a la suscripción de las Adendas a los Contratos de Financiamiento, que permitieron a GTH, con su intervención, evitar el agravamiento de los daños, pero en ningún caso eliminarlos del todo, porque el traslado de los teléfonos deficitarios no demostró ser una solución absorbente de costos generados, concurrentemente, por el riesgo de desarrollo y por la intervención concurrente del MTC y FITEL.

El Tribunal Arbitral recuerda, asimismo, que ante las observaciones del MTC y OSIPTEL sobre la metodología utilizada por INTELFIN en la elaboración de su pericia, la consultora contratada por GTH señaló, sin ulteriores objeciones de la parte estatal, que su trabajo

estuvo basado en la información contable-financiera, auditada inclusive, que le proporcionó GTH.

XIV.6.2. SEGUNDA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

73. En su segunda pretensión, GTH pide al Tribunal Arbitral que declare que los Contratos de Financiamiento celebrados por ella con FITEL se mantendrán vigentes, por lo menos, hasta la conclusión del Contrato de Concesión celebrado con el MTC; hecho que se producirá el año 2019.

Esta pretensión de GTH está ligada, conceptualmente y según las posiciones de las partes en sus actos postulatorios, con la quinta materia de pronunciamiento según la Resolución No. 35:

7.5 Determinar si, con arreglo a los Contratos de Concesión y de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3, y 4, corresponde o no declarar que los Contratos de Financiamiento celebrados con FITEL indicados anteriormente deben mantenerse vigentes, por lo menos, hasta la conclusión del Contrato de Concesión celebrado con el MTC, que se producirá en el año 2019.

El Tribunal Arbitral considera que debe declararse FUNDADA esta pretensión de GTH, por los argumentos que se expondrá a continuación.

74. Ante todo, debe tenerse en cuenta que el Contrato de Concesión celebrado por GTH y el Estado fue celebrado el 3 de noviembre de 1999, por un plazo de veinte años, es decir, con término final fijado para el 3 de noviembre de 2019. Dicho Contrato no contiene una reglamentación sobre el procedimiento de cierre. Para casos como éste, FITEL elaboró los *Lineamientos del procedimiento para el cierre de los Contratos de Financiamiento*, mediante la Resolución Secretarial No. 035-2014-MTC/24 del 31 de

marzo de 2014 (Anexo 6-AX de la demanda arbitral), cuya finalidad (declarada en su Punto No. I) consiste en "Formalizar el cierre y liquidación de obligaciones de los Contratos de Financiamiento suscritos por FITEC y empresas operadoras, que fueron suscritos con el objeto de asignar subsidios para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones esenciales, capaces de transmitir voz y datos en áreas rurales y en lugares de preferente interés social".

Según ha explicado GTH en su demanda arbitral (p. 111-112), sin cuestionamiento u oposición del MTC o FITEC, el procedimiento de cierre planteado por FITEC consta de cuatro etapas, a saber:

- (i) Liquidación técnica.
- (ii) Liquidación legal.
- (iii) Liquidación financiera; y
- (iv) Acuerdo de cierre.

GTH ha probado, en lo concerniente a este procedimiento, haber recibido, durante el mes de septiembre de 2014, invitaciones para el cierre de los Contratos de Financiamiento de los Proyectos FITEC 2, 3 y 4, a las cuales ha accedido, pero con la reserva -según se indica en la demanda arbitral (p. 113)- de que se le imponga un cierre de tales contratos "en términos lesivos", y de considerar que los Contratos de Financiamiento se mantienen vigentes.

GTH ha informado también que el procedimiento de cierre quedó paralizado y no se llegó a concretar en el caso de los Contratos FITEC 2, 3 y 4 (p. 89 de sus alegatos escritos).

75. Los "términos lesivos" a los que se refiere GTH, según ella misma ha precisado, consisten en que el documento procedimental titulado

"Acta de Cierre" contiene la declaración de que el operador (GTH en este caso) manifiesta su conformidad respecto de los desembolsos recibidos y que "no existe monto alguno pendiente por cobrar bajo ningún concepto". La equivocidad o la inexactitud de esta declaración frente a la realidad preocupa a GTH, porque (p. 113 de la demanda arbitral): "si los contratos de financiamiento se consideran concluidos, no existiría posibilidad de que las partes adopten las medidas necesarias para restablecer el equilibrio económico de dichos contratos, y por tanto bajo un 'régimen legal' se continuaría ocasionando más daños a GTH".

76. El Tribunal Arbitral advierte, en relación con esta materia, que los documentos aportados por GTH -incluso dejando a un lado las razones individuales de su preocupación- son suficientemente claros y atendibles para concluir en sentido favorable respecto de la segunda pretensión de su demanda arbitral.

Así, mientras que el Contrato de Concesión de GTH tiene fecha final prevista para el año 2019, el Contrato de Financiamiento FITEL 2 la tiene para el 15 de febrero de 2020 (según la Segunda Adenda). A su vez, el Contrato de Financiamiento FITEL 3 señala que su vigencia concluirá cuando las partes hayan cumplido todas las obligaciones atinentes al Proyecto FITEL, que no puede desvincularse, como bien se entiende, del Contrato de Concesión, ni, por lo tanto, del plazo de vigencia de este último (hasta el 2019). Finalmente, en el caso del Contrato de Financiamiento FITEL 4 se indica expresamente (en su Cláusula I.3.2) que su plazo "es el de su contrato de Concesión", o sea, nuevamente, hasta el 2019.

77. El MTC y FITEL han opuesto a esta interpretación de GTH, basada en los documentos contractuales suscritos y en el análisis sistemático de otros documentos vinculados con la relación jurídica (como las Bases de la Licitación, por ejemplo), una perspectiva basada en la Cláusula 1.3.5 de los Contratos FITEL 2 y 3. En dicha estipulación se indica que el plazo de vigencia es "hasta" la devolución de las cartas fianza de fiel cumplimiento entregadas por FITEL.

El Tribunal Arbitral aprecia, en relación con este descargo:

- (i) Que, en efecto, la propia GTH ha reconocido que se le devolvieron las cartas fianza. Sin embargo, la devolución ha sido efectuada, en el caso del Contrato de Financiamiento FITEL 2, con reserva, debido a que el evento ha tenido lugar durante el presente arbitraje (el 18 de marzo de 2015, según la p. 114 de la demanda arbitral). Sobre el Contrato FITEL 3, sí es necesario realizar una interpretación: la devolución de la carta fianza ocurrió en octubre de 2010 (véase: p. 115 de la demanda arbitral), pero las partes -ratificando tácitamente la vigencia de su vínculo- celebraron una serie de Adendas (la Décimo Novena, la Vigésima, y la Vigésima Primera), a las que GTH se refiere en sus alegatos (p. 93 y Anexo 6-AZ de la demanda arbitral).
- (ii) Que el MTC y FITEL no cuestionan, en cambio, el Contrato de Financiamiento FITEL 4. Esto se debe, según el Colegiado, a lo inequívoco de la estipulación, citada por GTH, sobre la vigencia de la relación contractual, que es equivalente a la del Contrato de Concesión, hasta el año 2019.

1/13

3

78. El Colegiado, en el marco de un Laudo de Conciencia, considera que la vigencia de la relación contractual de los Contratos de Financiamiento es, necesariamente, *per relationem*, o sea, que no se puede desligar del Contrato de Concesión.

Considerar que la finalización de los Contratos de Financiamiento entre FITEL y GTH depende únicamente de la verificación de un acto material, como la devolución de las cartas fianza, no es de recibo, porque dicha declaración podría corresponder, en todo caso, únicamente a las prestaciones "de financiamiento" de FITEL, más no, en ningún caso, a las nacidas (para la parte estatal) de la relación contractual generada por el Contrato de Concesión (entre ellas, por ejemplo, la de resarcir los daños ocasionados por incumplimiento, en vía de tutela resarcitoria contractual, o el deber de buena fe que orienta hacia la negociación de la adecuación del Contrato o a la admisibilidad, concordante, de la sobrevenida de un desequilibrio económico del Contrato). La vigencia de un contrato no se determina, exclusivamente, por la situación de una de las partes, sino con una perspectiva global y completa de la relación jurídica en su complejidad.

79. Esta posición del Tribunal Arbitral se confirma por la intervención del tercero coadyuvante, OSIPTEL. En la Audiencia de Informes Orales Finales, dicha entidad omite pronunciarse sobre la cuestión de la vigencia de los Contratos de Financiamiento. Esta actitud guarda coherencia con las propias declaraciones en el curso del arbitraje, en el sentido de considerar que tales Contratos están vigentes.

Bastará recordar, en tal sentido, que según lo manifestado por OSIPTEL en su escrito presentado el 26 de octubre de 2015 (p. 44-45), su posición en la relación contractual, en tal momento, no es

la de supervisor de la continuidad de los teléfonos públicos provistos por GTH. Ese papel no le corresponde a OSIPTEL todavía, porque para tal entidad, según ella misma reconoce, los Contratos de Financiamiento, todavía no han sido cerrados formalmente. Bajo esta pauta, que el Colegiado hace suya, la intervención material de OSIPTEL como supervisor, en sustitución de FITEL, que todavía no ha ocurrido, configura un hito decisivo para determinar con certeza la fecha efectiva de cierre de los Contratos de Financiamiento.

Se confirma, por lo tanto, y sin perjuicio de acuerdos ulteriores que celebren las partes, que los Contratos de Financiamiento suscritos por GTH se encuentran vigentes, según el estado de cosas reinante al momento del pronunciamiento del Tribunal Arbitral, hasta la conclusión del plazo del Contrato de Concesión, es decir, hasta el 3 de noviembre de 2019.

XIV.6.3 TERCERA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA Y PRETENSIÓN ACCESORIA A ELLA

80. La tercera pretensión de la demanda de GTH busca que el Tribunal Arbitral declare que la correcta interpretación de la "obligación de continuidad" mencionada en el Contrato de Concesión y en los Contratos de Financiamiento de los Proyectos FITEL 2, 3 y 4 solo es aplicable respecto de aquellos teléfonos que brindan un servicio necesario para la población rural, lo que se verifica en los teléfonos que tienen un tráfico mayor a los cinco minutos diarios en un período continuo de tres meses. Accesoriamente, GTH pretende que el Tribunal Arbitral declare que puede solicitar el retiro de los teléfonos que no brindan un servicio esencial en los Proyectos FITEL 2, 3 y 4, cuyo tráfico no es mayor a cinco minutos diarios en un período continuo de tres

IM

7

meses. En su demanda, además (p. 4), GTH precisa que estas declaraciones que pretende del Tribunal Arbitral alcanzarán a los teléfonos públicos que no alcancen un tráfico que permita cubrir sus costos.

Esta tercera pretensión principal y su pretensión accesoria guardan correspondencia con los puntos controvertidos sexto, séptimo y octavo, de acuerdo con la Resolución No. 36.

81. La pretensión de GTH consiste -y no podría ser de otra forma- en un pedido dirigido al Tribunal Arbitral para que interprete el Contrato de Concesión. Asimismo, para que dicha labor hermenéutica se realice tomando en cuenta los Contratos de Financiamiento FITEC 2, 3 y 4. GTH entiende que de la interpretación realizada por el Tribunal Arbitral se amparará su pretensión declarativa esquematizada en los puntos controvertidos señalados.

La interpretación que se requiere, concretamente, gira en torno de la Cláusula 6.06 del Contrato de Concesión, subtitulada *Prestación del servicio concedido*, literal (b):

- (b) **Continuidad del Servicio.**- En ningún caso LA EMPRESA CONCESIONARIA dejará de prestar o reducirá el SERVICIO CONCEDIDO, salvo en los casos a que se refiere la sección siguiente.

Dicha Cláusula contiene una referencia a la "sección siguiente", que se refiere a los supuestos de "interrupción del servicio":

MA

7

6.07 INTERRUPCION DEL SERVICIO CONCEDIDO

- (a) **Comunicación Previa.**- Excepto en los casos establecidos en el inciso (c) siguiente, LA EMPRESA CONCESIONARIA no podrá interrumpir intencionalmente el SERVICIO CONCEDIDO sin haberlo comunicado con razonable anticipación al MINISTERIO y al OSIPTEL.
- (b) **Interrupción de Emergencia.**- En caso de que la interrupción o suspensión se deba a emergencia, fuerza mayor, caso fortuito u otras circunstancias fuera del control de LA EMPRESA CONCESIONARIA, ésta notificará inmediatamente al MINISTERIO y al OSIPTEL la existencia de dichos eventos, debiendo aportar las pruebas pertinentes, y deberá señalar el plazo durante el cual estima que quedará suspendido el SERVICIO CONCEDIDO.

82. En lo tocante a la Cláusula que GTH demanda interpretar, GTH deduce la existencia de un derecho: el derecho a solicitar (octavo punto controvertido) el retiro de los teléfonos que no brinden un servicio necesario para la población rural. Para GTH, los teléfonos que brindan un servicio necesario (sexto punto controvertido) son aquellos en los que se verifica un tráfico mayor a los cinco minutos diarios en un período continuo de tres meses. Por lo tanto (séptimo punto controvertido), la "obligación de continuidad" mencionada en el Contrato de Concesión es aplicable solamente respecto de los teléfonos que brindan un "servicio necesario" para la población rural; "servicio necesario" entendido como ella propone, según su perspectiva de Contrato de Concesión y de los Contratos FITEL 2, 3 y 4.

83. El Tribunal Arbitral considera INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda arbitral de GTH, porque un pronunciamiento favorable a su fundabilidad supondría una modificación heterónoma, desde la justicia privada en este caso -representada por la decisión del Colegiado-, del Contrato de Concesión. Por consiguiente, CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la pretensión accesoria de GTH a la referida pretensión.

En efecto, el Tribunal Arbitral considera indudable que GTH, en el marco del Contrato de Concesión, tiene el derecho de formular a

su contraparte estatal todas las solicitudes y planteamientos que considere pertinentes con respecto a la marcha de la relación que los une. A su vez, la contraparte estatal tiene el deber ineludible de admitir la negociación y participar en ella, si bien no de concordar automáticamente con lo que postule GTH. Si se ha considerado al MTC y FTEL como responsables civiles ante GTH, dentro de los límites que el Tribunal Arbitral señaló al resolver la pretensión resarcitoria de GTH, ha sido precisamente, por el rechazo de plano a la revisión y adecuación de la relación contractual, con efectos perjudiciales para GTH.

El Tribunal Arbitral no tiene la potestad, ni siquiera con el margen de un arbitraje de conciencia, de modificar el Contrato, ni de imponer una interpretación en un asunto o cuestión que, por lo demás, las propias partes han mostrado poder resolver, mediante la firma de las adendas a los documentos contractuales originales que rigen en su relación.

84. Lo que sí puede, ciertamente, el Tribunal Arbitral es interpretar las Cláusulas pertinentes en el sentido que entiende justo, según una perspectiva "de conciencia".

En tal sentido, cuando el Contrato de Concesión señala que existe una "obligación de continuidad" del servicio a cargo de GTH, no hace otra cosa que resaltar la relevancia que tiene, durante el plazo de vigencia de la concesión, la prestación de un servicio público (como la luz, el agua y, en el caso concreto, la telefonía), que por su naturaleza debe estar disponible para los usuarios sin interrupciones.

MA
3

Tal como se señala en el INFORME ESAN (p. 121-122), "continuidad del servicio" evoca el carácter "efectivo, permanente y disponible" de la prestación de los operadores (GTH en este caso):

Por ello, culminada la etapa de entrega del subsidio, corresponde determinar si los operadores se encuentran obligados a realizar la operación y el mantenimiento de los teléfonos públicos rurales, que asegure la continuidad del servicio, entendido como *una prestación efectiva, permanente y disponible, en un determinado tiempo, que permita que se ejecute la utilización y cumplimiento de las funciones para las cuales los servicios*

*fueron creados*³⁰, en los términos del Contrato de Financiamiento, de las Bases, de la Propuesta Técnica y del Contrato de Concesión³¹.

En un acápite posterior, el INFORME ESAN señala (p. 143):

El concepto de continuidad se refiere a la obligatoriedad que tienen las empresas concesionarias para brindar un efectivo y permanente servicio de telefonía bajo la modalidad de teléfonos públicos en los centros poblados rurales del país. Esta obligatoriedad alcanza a los teléfonos públicos instalados en las zonas rurales y que son operados por las empresas concesionarias de los proyectos FITEL.

Si así están las cosas, ni siquiera parece atendible que la propuesta concebida por GTH para dar solución al impacto negativo sufrido por el auge de la telefonía móvil esté directamente vinculada con la Cláusula que se ha pedido analizar al Tribunal Arbitral. Lo que ocurre es que al amparo de dicha Cláusula -con visión incorrecta, según el Tribunal Arbitral- el MTC y FITEL rechazaron la propuesta de GTH para la adecuación de sus relaciones contractuales.

A la propuesta de GTH para cambiar de localidad los teléfonos o, en caso extremo, retirar los teléfonos, no se responde -porque es contrario a la buena fe y a la disponibilidad que las partes de un contrato de concesión deben tener ante una relación de largo plazo y expuesta a los riesgos que ha sufrido GTH- que ello no cabe porque existe una "obligación de continuidad" pactada en el Contrato de Concesión. GTH en sus solicitudes dirigidas al MTC

propone tales alternativas como soluciones a los problemas que la afectan, en prístina perspectiva de renegociación del Contrato de Concesión, y no de alteración de los pactos por su mera decisión unilateral. Más todavía, ante la imposibilidad para GTH de brindar efectivamente el servicio "público", debido al no-uso de los teléfonos, y, por lo tanto, a la ausencia de una demanda de los usuarios, el objeto del Contrato de Concesión deviene en gran medida inoperante e imposible. Esta circunstancia comprometía, siempre desde una perspectiva de buena fe, a reconsiderar su posición respecto del Contrato de Concesión, atendiendo a la promoción regulatoria que, en paralelo, el Estado realizaba en favor de los operadores de telefonía móvil. La indiferencia ante la situación de GTH y la omisión de colaboración del MTC y FITEL, en cambio, configura un comportamiento abusivo.

85. El Tribunal Arbitral considera que, a la luz de la documentación presentada, la propuesta de GTH está plenamente justificada, en lo que concierne al retiro de los teléfonos públicos "deficitarios" en su utilización, pero discrepa de la interpretación de dicha parte en cuanto a que la justicia privada pueda imponer aquella propuesta a la contraparte estatal, porque ello supondría una modificación del Contrato de Concesión, que el Tribunal no puede decidir. Que la renegociación de los términos originales constituya, en casos como éstos, una obligación nacida de la buena fe, es indiscutible, pero imponer heterónomamente al MTC y FITEL la propuesta de GTH impediría, por ejemplo, que, como resultado de un análisis profundizado, también el Estado proponga alternativas de solución atendibles.

A manera de ejemplo, puede recordarse que en el INFORME ESAN (p. 119) al evaluarse el impacto de la telefonía móvil en la

utilización de la telefonía pública, se plantean tres soluciones. Una de éstas es la eliminación del servicio, pero el ejercicio metodológico de la consultora se comprueba la existencia de alternativas, incluso para una continuidad en la prestación del servicio brindado en cada localidad:

En vista de las diferentes condiciones, se plantean alternativas para la continuidad del servicio brindado en cada localidad:

- El servicio se mantiene igual: en aquellas localidades donde esta solo un (1) operador rural y la demanda de tráfico está por debajo del punto de equilibrio, por considerarlos de interés social.
- El servicio se mantiene y se reconvierte: en aquellas localidades donde existe demanda por encima del punto de equilibrio y existen condiciones para brindar mayores servicios, de tal manera que en adición a los servicios de voz se brinden servicios de acceso internet y otros de valor agregado.
- El servicio se elimina: en aquellas localidades donde existen servicios de operadores móviles. Estos pueden ser reemplazados por la comercialización de servicios móviles en diferentes modalidades y trasladar el equipamiento a nuevas localidades rurales que requieran o demanden servicios y no estén siendo atendidos.

En la parte conclusiva del INFORME ESAN (p. 163), asimismo, se indica como "una" estrategia, a ser conciliada con "lo establecido en el Contrato de Concesión [...] y por posibles implicancias de la transacción":

- Permitir a los operadores rurales el retiro de las localidades con tráfico nulo y a la vez presencia de cobertura celular, de acuerdo a los últimos registros de tráfico del FITELE y OSIPTEL, constatando además que las localidades no tengan problemas de accesibilidad y disponibilidad (falta de atención al público, falta de disponibilidad de tarjetas, calidad de la comunicación deficitaria, etc.), y después de un breve periodo de observación, que podría ser de un mes.
- La conveniencia final para el retiro debe estar supervisada por un equipo del OSIPTEL y FITELE y los operadores GTH y RT, los cuales deberán hacer una visita conjunta a las localidades seleccionadas, para constatar el nivel de tráfico y percibir directamente la posibilidad de problemas sociales por el retiro del TUP.
- Para el caso de TdP, efectuar un estudio que establezca condiciones especiales para los retiros debido a que es necesario conciliar estas acciones con lo establecido en el contrato de concesión derivado del proceso de privatización y por posibles implicancias en el precio de la transacción.

La inevitabilidad de la renegociación en la relación contractual entre GTH y el Estado es algo en lo que, por lo demás, concuerdan los analistas extrajurídicos de la situación de los Proyectos FITEL, tales como el Centro de Estudios para el Desarrollo y la Participación (CEDEP), citado en el INFORME ESAN (p. 70), cuando analizando los contratos vinculados con el FITEL advierte:

- o Falta de previsión en los contratos adjuntos a las bases de los concursos, del tratamiento del desequilibrio financiero del contrato, por la ocurrencia de posibles contingencias internas por la características del proyecto, como por ejemplo el nivel de la demanda real, y contingencias externas, como la incursión de los operadores móviles en el área de concesión. Este hecho podría incrementar la probabilidad de renegociaciones futuras de contratos, con los costos que implican y los problemas que originan en la opinión pública.

86. Para esclarecer el significado de "continuidad", el MTC ha remitido al Tribunal Arbitral (por ejemplo, en la p. 5 de sus alegaciones finales) al Reglamento sobre la Disponibilidad y Continuidad en la Prestación del Servicio de Telefonía de Uso Público en Centros Poblados Rurales, aprobado por Resolución de Consejo Directivo No. 158-2013-CD-OSIPTEL, del 21 de noviembre de 2013.

 Sin perjuicio de que la referida Resolución es más de una década posterior a la celebración del Contrato de Concesión, la referencia del MTC no deja de ser pertinente, porque la Resolución demuestra que la idea de "continuidad" está vinculada con la sucesión, no interrumpida en el tiempo, del servicio, pero con la precisión de que ello es exigible durante el plazo de la Concesión:



TÍTULO VI
CONTINUIDAD RURAL DEL SERVICIO

Artículo 18. CONTINUIDAD E IMPEDIMENTO DE RETIRO DEL SERVICIO

La prestación del servicio deberá permanecer en el centro poblado de acuerdo a lo establecido tanto en su contrato de concesión como en el presente Reglamento, excepto en el caso

que cuente previamente con la autorización de la autoridad competente para retirar o trasladar el servicio.

Si la empresa operadora desmonta su infraestructura del lugar de instalación o en caso la mantenga sin brindar el servicio al público usuario, o se dé la devolución del teléfono público por parte del encargado, dejando de prestar el servicio por un tiempo menor a ciento ochenta (180) días calendario, dicho lapso será considerado como servicio sin disponibilidad, de acuerdo al literal d) del artículo 4 del presente Reglamento. De igualar o exceder dicho plazo, se considera incumplimiento de la continuidad del servicio.

El artículo reproducido habla exactamente de la continuidad y la vincula con el retiro del servicio, pero no para señalar que esta última alternativa esté descartada de antemano. Lo que se señala es que la autoridad competente puede otorgar su autorización, ya sea para retirar o trasladar el servicio. Y como ocurre en el ejercicio de todo derecho (de autorizar o no, en este caso), debe procurarse que el proceder de su titular (al ejercer el derecho o rechazar su ejercicio) no resulte abusivo ni perjudicial para la otra parte.

87. Aunque se aprecia en las posiciones de las partes que existe una diferencia conceptual entre "disponibilidad" y "continuidad" (a un punto tal que cada supuesto es objeto de una sanción diferente en caso de incumplimiento), el Tribunal Arbitral considera, reiterando su parecer acerca de la tercera pretensión principal de GTH y de su pretensión accesoria -así como los puntos controvertidos ligados con dichas pretensiones- que ni el compromiso de disponibilidad ni el de continuidad pueden ser utilizadas: (i) por el lado de GTH para pretender la modificación del contrato, mediante la creación de la obligación (no de negociar, sino) de la contraparte estatal de aceptar la remoción o cambio de los teléfonos deficitarios; (ii) por el lado del Estado,

FITEL y MTC, para justificar contractualmente su rechazo (confirmado en la Audiencia de Informes Orales Finales, y en las láminas de su presentación) a toda consideración sobre las soluciones planteadas por GTH frente al problema generado por el riesgo de desarrollo de las tecnologías de comunicaciones, pero también por el viraje de la política estatal en materia de promoción de la telefonía móvil, y en desmedro de la telefonía pública. Cuando en el Contrato de Concesión se señala que en ningún caso GTH debe dejar de prestar o reducir el servicio concedido, la interpretación correcta, de acuerdo con el Tribunal Arbitral, es que están desvirtuadas (y administrativamente sancionadas, como se ha indicado) las interrupciones unilaterales (o sea, decididas por la propia GTH) del servicio. Dicha hipótesis no se ha presentado en este caso, porque GTH ha seguido de modo uniforme, según la posición que se deduce de la documentación presentada, el camino de la renegociación o adecuación del contrato a las circunstancias sobrevenidas (y no imputables a las partes), no solamente en el plano económico, sino también en el operativo, con miras a evitar para ella -razonablemente- ulteriores perjuicios económicos.

XIV.6.4 CUARTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

88. La cuarta pretensión de la demanda de GTH busca que el Tribunal Arbitral declare que cuanto los teléfonos públicos correspondientes a los Proyectos FITEL 2, 3 y 4 se encuentren en la situación de deficitarios (o sea, según la interpretación propuesta por GTH, cuando no tengan un tráfico que permita cubrir su costo por un período continuo de tres meses), GTH no estará obligada a seguir prestando el servicio, salvo que el Estado establezca un mecanismo que mantenga dicho equilibrio en el plazo que señale el Tribunal Arbitral. GTH precisa que su pedido incluye los teléfonos

públicos que en el futuro no alcancen un tráfico que permita cubrir sus costos.

Esta pretensión de la demanda de GTH guarda relación con los puntos controvertidos noveno, décimo y undécimo, tal como se fijaron en la Resolución No. 36.

89. El Tribunal Arbitral considera que esta pretensión de GTH resulta INFUNDADA, porque supone una modificación del Contrato de Concesión, que no puede ser impuesta por el Colegiado de modo heterónimo, en defecto de un acuerdo de adecuación de la relación contractual entre GTH y el Estado (FITEL y el MTC). En tal sentido, las consideraciones del Tribunal Arbitral, con excepción de las precisiones que subsiguen, son idénticas a las expuestas en la fundamentación del pronunciamiento de los árbitros acerca de la tercera pretensión de la demanda y su pretensión accesoria.
90. El Informe Pericial de INTELFIN, así como los distintos informes insertos como anexos de la demanda arbitral (asignados a consultores por OSIPTEL, inclusive) ha demostrado que los teléfonos públicos rurales con los que GTH ejecuta sus prestaciones conforme al Contrato de Concesión, tienen indiscutida calidad de deficitarios. El Tribunal Arbitral ha hecho suyos tales pareceres al momento de resolver la primera y tercera pretensiones de la demanda, en atención a que la información que brindan sobre el contexto (no, ciertamente, sobre las deducciones y estimaciones que proponen) antiguo y presente del servicio concesionado no ha sido objetado por las partes ni por el tercero coadyuvante en este arbitraje. Y cuando se decidió imputar una responsabilidad civil al FITEL y MTC ha sido sobre la base de una probada infracción del deber de colaboración entre contratantes, al rechazar de plano toda propuesta de

renegociación de GTH, bajo una interpretación inexacta del clausulado del Contrato de Concesión.

Empero, la pretensión analizada en este acápite apunta a que el Contrato de Concesión sea "integrado" con una definición (que está ausente de su texto) sobre "teléfono deficitario". Más todavía, que esa definición tenga como contenido, incluso hacia el futuro el que sigue: "teléfono cuyo tráfico no permita cubrir su costo por un período continuo de tres meses".

91. El Tribunal Arbitral no está facultado para imponer al FITEL y MTC, como partes de este procedimiento un clausulado de definiciones "heterónomas", que además tendría el inconveniente de dar por válida la visión de GTH sobre aspectos de la relación contractual que no son "jurídicos", sino "empresariales", "de negocios".

Es indudable que una propuesta de GTH en el sentido de "integrar" el Contrato de Concesión y, de ser el caso, los Contratos FITEL 2, 3 y 4, tiene que ser evaluada y ponderada por la contraparte estatal, que debe actuar en observancia del canon de la buena fe y de la disponibilidad consiguiente a una renegociación.

Así, pues, no es que la contraparte estatal tenga razón al sostener, en sus descargos frente a esta pretensión (en la contestación a la demanda y en sus alegatos finales) que un pedido de retiro de los teléfonos considerados "deficitarios", formulado por GTH no resulta amparable. La respuesta frente a un pedido como éste, basada en una situación aceptada por ambas partes, de imperiosidad de soluciones congruentes para la atenuación de los daños, tiene que formularse teniendo en cuenta el deber de colaboración y de tutela de la indemnidad que se deben

recíprocamente las partes. En todo caso, la justificación oponible, si la respuesta del Estado habrá de ser negativa -aunque bien podría plasmarse, si existe la profundización esperable, en una contrapropuesta- no puede estar limitada a una lectura literal de la disposición del Contrato de Concesión y de los Contratos de Financiamiento FITEL 2, 3 y 4.

92. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral no tiene la potestad, tampoco, de "integrar" el Contrato de Concesión y los Contratos FITEL 2, 3 y 4, creando un derecho de GTH a no continuar prestando el servicio si cierto número de teléfonos públicos no tiene un tráfico que permita (a GTH) cubrir sus costos (décimo punto controvertido). Tampoco tiene la potestad de pronunciarse por la fundabilidad del pedido de cesación del servicio de GTH en caso el Estado establezca un mecanismo que mantenga un equilibrio económico en los costos, ni de imponer plazos para ello (undécimo punto controvertido). En este último supuesto, es claro que un pronunciamiento del Tribunal Arbitral correría el riesgo de enmarcarse en un plano especulativo, y no de certeza, como lo exige la administración de justicia, incluso si es de fuente privada (arbitraje).

MA

7

Es verdad que los contratos de concesión, por configurar relaciones de largo plazo entre las partes, pero también por la intervención del Estado y de su *ius variandi*, demandan mecanismos legales o contractuales que aseguren al concesionario la conservación del equilibrio económico. Sin embargo, no es de dicho principio que trata la pretensión de GTH.

XIV.6.5 DE LAS PRETENSIONES RECONVENCIONALES

93. Tal como se ha señalado en los párrafos precedentes, existen puntos controvertidos de la Resolución No. 36, configurados a partir de la reconvención de FITELE y del MTC que se vinculan de manera directa con las pretensiones de GTH en su demanda.

Tal es el caso de los puntos controvertidos décimo quinto y décimo sexto, sobre los cuales el Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado al fundamentar su decisión acerca de la primera pretensión de GTH, atinente al resarcimiento de daños. Dichos puntos se refieren al pedido del MTC para que el Tribunal Arbitral declare la existencia de un daño concurrencial lícito (punto décimo quinto), y determine si GTH cumplió con realizar acciones de mitigación de daños a los efectos causados por la telefonía móvil (punto décimo sexto).

Del pronunciamiento del Tribunal Arbitral en relación con los puntos controvertidos décimo quinto y décimo sexto se desprende que las pretensiones reconvencionales del MTC vinculadas con estos puntos, la sexta y la séptima, son, en el primer caso, INFUNDADA, y, en el segundo caso, que el Tribunal Arbitral ha determinado que GTH sí realizó acciones destinadas a mitigar los daños del cambio tecnológico y del riesgo regulatorio.

94. Tiene referencia también con la primera pretensión de la demanda arbitral, pero no en directa relación con la tutela resarcitoria que ha demandado GTH, el punto controvertido décimo segundo, que requiere un pronunciamiento declarativo del Tribunal Arbitral sobre si FITELE cumplió con pagar todos los desembolsos a su cargo, según los acuerdos suscritos con GTH, y, por lo tanto que no existe monto pendiente de pago a su cargo en los Contratos FITELE 2, 3 y 4.

El punto controvertido décimo segundo, en primer lugar, tiene el valor de desvirtuar las observaciones iniciales de la parte estatal en este arbitraje, sobre un cuestionamiento de la competencia del Tribunal Arbitral con respecto a la relación contractual entre GTH y FITEL, que el MTC buscó fundar en los convenios arbitrales insertos en los Contratos de Financiamiento FITEL 2, 3 y 4, que son distintos del convenio arbitral inserto en el Contrato de Concesión. El propio comportamiento de la parte estatal (FITEL y MTC) que demanda, reconventionalmente, al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre si FITEL ha cumplido sus obligaciones, comprueba, en definitiva, que el Contrato de Concesión y los Contratos de Financiamiento son de naturaleza coligada, conexas o vinculadas, y que sí cabe, por lo tanto, que el Tribunal Arbitral analice tales contratos en relación con la materia controvertida de este arbitraje, apreciada desde una perspectiva general.

En segundo lugar, la cuestión es planteada por FITEL y el MTC como argumento para desvirtuar, al haber cumplido FITEL con realizar los abonos comprometidos en los financiamientos a GTH, que FITEL mantenga alguna obligación frente a GTH, incluida la obligación de resarcir daños a GTH.

Esta interpretación de la parte estatal es, para el Tribunal Arbitral, inexacta. Fuera de la circunstancia -determinante- de que las partes han señalado, concordemente, que no hay cuestión sobre el cumplimiento de las obligaciones de FITEL en los Contratos de Financiamiento, el Tribunal Arbitral considera que tal cumplimiento se refiere solo a la prestación esencial que es objeto de la relación contractual entre FITEL y GTH, pero no a las vicisitudes de las demás obligaciones que las partes de un contrato deben cumplir, tales como las nacidas de la buena fe: indemnidad, colaboración, deberes de protección. En otras palabras, cabe ser

responsable civil aun a pesar de haber cumplido la prestación principal si, a la vez, se han incumplido los demás deberes y prestaciones propios de la naturaleza "compleja" de las relaciones obligatorias.

El hecho, que se acaba de subrayar, de la existencia verificada de un consenso entre GTH, el MTC y FTEL sobre el cumplimiento de las obligaciones de FTEL según los Contratos de Financiamiento, así como la impertinencia de dicha cuestión en el análisis y dictamen sobre la responsabilidad civil, determinan que el Tribunal Arbitral considere que CARECE DE OBJETO un pronunciamiento de su parte sobre este punto controvertido, es decir, sobre la tercera pretensión reconvencional del MTC, en ejercicio de las facultades que se reservó en la Resolución No. 36, parágrafo 5: "El Tribunal Arbitral podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido, si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación".

95. Un problema similar al ligado con el punto controvertido décimo segundo se presenta respecto del punto controvertido décimo cuarto, en cuya virtud el Tribunal Arbitral es llamado a determinar el monto de inversión efectuado por GTH, luego del período de culminación de los Contratos de Financiamiento, para continuar el cumplimiento de su obligación de prestar el servicio de telefonía pública rural. Este punto fue establecido en función de la quinta pretensión reconvencional del MTC.

El Tribunal Arbitral estima que este punto controvertido no guarda relación específica, directa ni indirecta, con ninguna de las pretensiones formuladas en la demanda de GTH y que constituye,

entonces, una cuestión impertinente para exponer y fundamentar el pronunciamiento de los árbitros sobre las demás pretensiones reconventionales de la parte estatal en el arbitraje, dirigidas a desvirtuar la demanda de tutela resarcitoria de GTH, así como la interpretación del Contrato de Concesión y Contratos FITEL 2, 3 y 4 que propone GTH (temas abordados por los árbitros al resolver la segunda y tercera pretensión de la demanda). Por lo tanto, el Tribunal Arbitral declara que CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre la quinta pretensión reconventional del MTC.

XV. DE LOS COSTOS DEL ARBITRAJE

96. Según la LEY DE ARBITRAJE (artículo 70) el Tribunal Arbitral debe fijar en el Laudo los costos del arbitraje, los cuales comprenden, entre otros conceptos, los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de la institución arbitral.

1/2
La citada norma ha sido recogida en el REGLAMENTO del CENTRO (artículo 57) en estos términos: "El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral".

7
El Tribunal Arbitral deja constancia, en relación con el dispositivo del REGLAMENTO transcrito en el párrafo anterior, que el Contrato de Concesión no contiene ningún pacto de las partes acerca del régimen de los costos del arbitraje

97. Según el REGLAMENTO (artículo 57, inciso 3), el Tribunal Arbitral debe tomar en consideración, la pronunciarse sobre los costos del arbitraje, el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que

hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes". El Tribunal Arbitral también puede considerar, en este tema, la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

98. El Tribunal Arbitral no halla motivo para efectuar una condena de pago íntegro de los costos del arbitraje a una sola de las partes. Tanto GTH cuanto el FITEL y el MTC han formulado pretensiones, en la demanda y reconvención, y han mostrado tener argumentos para plantear y fundamentar sus posiciones respecto de los puntos controvertidos respecto de los cuales el Tribunal Arbitral ha emitido pronunciamiento.

No habiendo condena a una sola de las partes, la privada o la estatal, para el pago íntegro de los costos del arbitraje, resulta de aplicación el artículo 57, inciso 4, del REGLAMENTO, en cuya virtud cada parte debe cubrir, individualmente, los gastos de su defensa en el arbitraje (representación y patrocinio legal, honorarios de peritos, medios probatorios, etcétera), y en iguales proporciones, en cambio, los gastos comunes, a saber, los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos del CENTRO.

99. Los honorarios del Tribunal Arbitral se liquidan en S/. 1'241,154.83 (un millón doscientos cuarenta y un mil ciento cincuenta y cuatro con 83/100 soles) más IGV y los gastos administrativos del Centro se liquidan en S/. 516,288.37 (quinientos dieciséis mil doscientos ochenta y ocho con 37/100) más IGV.

PARTE RESOLUTIVA

100. En atención a los fundamentos expuestos, el Tribunal Arbitral resuelve, EN CONCIENCIA y por UNANIMIDAD, lo siguiente:

PRIMERO: Declara que el Tribunal Arbitral es COMPETENTE para pronunciarse sobre la controversia entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC) y el Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (FITEL), con la empresa Gilat to Home S.A. (GTH).

SEGUNDO: Declara IMPROCEDENTE la excepción formulada por el FITEL y el MTC respecto de la legitimidad para obrar pasiva del MTC en este arbitraje.

TERCERO: En concordancia con lo resuelto sobre la excepción formulada por el MTC, declara INFUNDADA la primera pretensión reconvenzional.

CUARTO: Declara FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, ORDENA al MTC y al FITEL pagar por partes iguales a GTH, a título de resarcimiento de daños, cuantificados con criterio de equidad, la suma de US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), más los intereses legales generados desde el 28 de octubre del 2014, fecha de presentación de la petición de arbitraje, los cuales deberán ser calculados en términos nominales.

QUINTO: En concordancia con lo resuelto respecto de la primera pretensión de la demanda arbitral, se declara INFUNDADA la sexta pretensión reconvenzional, y se declara, en relación con la séptima pretensión reconvenzional, que GTH sí realizó acciones

de mitigación de los daños irrogados por la sobrevenida de la telefonía móvil y el impacto de este fenómeno en la telefonía pública rural.

SEXTO: Declara FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda arbitral de GTH.

SÉPTIMO: En concordancia con lo resuelto respecto de la segunda pretensión de la demanda arbitral de GTH, se declara INFUNDADA la cuarta pretensión reconvencional del MTC y FITEL.

OCTAVO: Declara INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda arbitral de GTH.

NOVENO: Declara INFUNDADA la cuarta pretensión principal de la demanda arbitral de GTH.

DÉCIMO: Declara NO HABER LUGAR a pronunciamiento sobre la segunda pretensión reconvencional, al estar de acuerdo las partes sobre el punto de que el Contrato de Concesión no estableció un ingreso mínimo garantizado para GTH.

UNDÉCIMO: Declara NO HABER LUGAR a pronunciamiento sobre la tercera pretensión reconvencional, al estar de acuerdo las partes sobre el punto de que el FITEL cumplió con pagar todos los desembolsos que fueron asumidos a su cargo en los Contratos de Financiamiento celebrados con GTH.

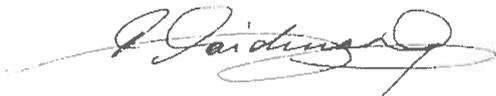
DUODÉCIMO: Declara NO HABER LUGAR a pronunciamiento sobre la quinta pretensión reconvencional del FITEL y el MTC, al no constituir un tema controvertido y al ser, por lo tanto, impertinente para el esclarecimiento de las materias de pronunciamiento.

DÉCIMO TERCERO: DISPONE que los costos del arbitraje, gastos administrativos del CENTRO y honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, se distribuyan proporcionalmente entre GTH, por un lado, el MTC y FITEL por el otro, y, al mismo tiempo, cada una de las partes asuma el íntegro de los costos incurridos para su defensa.



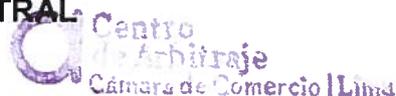
BALDO JUAN JOSÉ KRESALJA ROSSELLÓ
Presidente del Tribunal Arbitral

LEYSSER LEÓN HILARIO
Árbitro



CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
Árbitro

INTERPRETACIÓN DE LAUDO ARBITRAL



Resolución N° 78

2018 SEP 4 AM 11 13

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

La presente resolución se expide en la ciudad de Lima a los tres días del mes de setiembre del año dos mil dieciocho.

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

II. LAS PARTES.-

1. Demandante: Gilat To Home Perú S.A. (GILAT)
2. Demandados: Ministerio de Transportes y Comunicaciones (el MINISTERIO) y Fondo de Inversión en Telecomunicaciones (el FONDO). OSIPTEL interviene como tercero coadyuvante.

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Baldo Kresalja Rosselló, Presidente del Tribunal Arbitral.
Leysser León Hilario, coárbitro.
Carlos Cárdenas Quirós, coárbitro.

IV. ANTECEDENTES.-

- 4.1. El 25 de junio de 2018 fue notificada a las partes la Resolución N° 75 de 20 de junio de 2018, que constituye el Laudo que resolvió la controversia entre las partes.
- 4.2. Mediante escrito de 10 de julio de 2018, presentado en la misma fecha, el MINISTERIO¹ solicitó la Interpretación del Laudo.
- 4.3. Mediante la Resolución N° 76 de 20 de julio de 2018, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de GILAT y del FONDO el escrito del MINISTERIO con el objeto de que manifiesten lo conveniente a su derecho, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (el REGLAMENTO).
- 4.4. Por escrito de 3 de agosto de 2018, ingresado en la misma fecha, GILAT cumplió con manifestar lo conveniente a su derecho.

¹ Se deja constancia de que la defensa en este proceso tanto del MTC como de FITEL ha estado a cargo del procurador del MTC.

- 4.5. Mediante la Resolución N° 77 de 14 de agosto de 2018, se dispuso resolver la solicitud de interpretación formulada por el MINISTERIO dentro de los veinte (20) días siguientes al vencimiento del plazo otorgado por la Resolución N° 76, esto es, el 7 de agosto de 2018 por lo que el plazo vence el 5 de septiembre de 2018. En consecuencia, la presente resolución se dicta dentro del plazo establecido.

V. MARCO CONCEPTUAL DEL PEDIDO DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO.

- 5.1. De acuerdo a lo establecido por el numeral 59 del REGLAMENTO, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificado el laudo, las partes pueden pedir al Tribunal Arbitral, entre otros conceptos, su interpretación en lo que consideraran conveniente, cuyos alcances se procede a definir seguidamente.
- 5.2. La solicitud de interpretación del laudo tiene por finalidad solicitar la aclaración de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
- 5.3. Por consiguiente, la interpretación tiene por objeto solicitar al Tribunal Arbitral que aclare: (i) aquellos extremos de la parte resolutive del laudo que resulten oscuros, imprecisos o parezcan dudosos; o (ii) aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros, imprecisos o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutive (aquello que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes en el Laudo). No se encuentra prevista para resolver cuestiones sustanciales que hayan sido objeto de controversia.
- 5.4. En consecuencia, lo único que procede interpretar es la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo como excepción la parte considerativa, en cuanto ésta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutive.
- 5.5. Acerca del pedido de interpretación, la doctrina señala que debe descartarse de principio que la aclaración sirva para resolver cuestiones esenciales que no hayan sido objeto de debate. En otras palabras, la solicitud de interpretación del laudo no puede tener un contenido que desnaturalice su función y finalidad. Así, ha de venir referida únicamente a la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución², y nunca a resolver cuestiones sustanciales de puntos que hayan sido objeto de

² Literal b) del numeral 1 del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje.

controversia;

- 5.6. La doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar su laudo. Así, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

“El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la “interpretación” requerida”³. (El subrayado es nuestro.)

- 5.7. De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan señalan:

“Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra “interpretación” por “aclaración” o “explicación”. Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término “interpretación”. La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término “interpretación” tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo”⁴. (El subrayado es nuestro.)

³ Traducción libre del siguiente texto: “The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party’s application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested ‘interpretation’”. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, “International Chamber of Commerce Arbitration”, Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, *El arbitraje internacional*, 3ra. ed. Pág. 408.

⁴ Traducción libre del siguiente texto: “During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word ‘interpretation’ with ‘clarification’ or ‘explanation’. However in the final version of the Rules ‘interpretation’ was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term ‘interpretation’ was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify ‘the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties’ but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award”. David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN. *Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law*. En: *International Arbitration Law Review*, Vol. 4,

- 5.8. Sobre el particular, ARAMBURÚ afirma que es: “(...) mediante la interpretación del laudo que el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse. Al igual que en el caso de la corrección del laudo, la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto. Es decir, al igual que la rectificación, la interpretación no puede utilizarse como una apelación encubierta. (...), lo que se pretende con la solicitud de aclaración es que el laudo pueda ser ejecutado correctamente, en el verdadero sentido que los árbitros quisieron. (...) Efectivamente, la aclaración ahora denominada interpretación del laudo, busca únicamente que el tribunal arbitral, interprete o esclarezca aquello que resulte ser dudoso o que efectivamente puedan interpretarse en más de un sentido (...). De este modo la regla general es que únicamente pueda interpretarse la parte resolutive del laudo, sin embargo, si el razonamiento expresado por el tribunal arbitral no es coincidente con lo expresado en la parte resolutive, o mejor dicho, si el razonamiento puede generar dudas respecto de los efectos del laudo, cabe solicitar la interpretación de algún extremo de la parte analítica del laudo arbitral”⁵.
- 5.9. En la misma línea, Monroy señala que “otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que antes de la aclaración no aparecía esencialmente”⁶.

VI. SOLICITUD DE INTERPRETACIÓN PRESENTADA POR EL MINISTERIO.

- 6.1. Conforme a lo manifestado en su escrito de 10 de julio de 2018, el MINISTERIO solicita la interpretación de la parte resolutive del Laudo Arbitral, específicamente respecto de lo señalado en el cuarto numeral decisorio del Laudo (página 134), donde se indica:

“CUARTO: Declara FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, ORDENA al MTC y al FITEL pagar por partes iguales a GTH, a título de resarcimiento de daños, cuantificados con criterio de equidad, la suma de US\$ 13'549,343.00 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de

No. 4, 2001. Pág. 121. Citado por CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando, Op. cit.

⁵ ARAMBURÚ YZAGA, Manuel Diego. Comentarios a la Ley de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Págs. 664-665.

⁶ MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima.: Editorial Comunidad. 2003, p. 219.

América), más los intereses legales generados desde el 28 de octubre de 2014, fecha de presentación de la petición de arbitraje, los cuales deberán ser calculados en términos nominales”.

6.2. El MINISTERIO agrega que del texto transcrito podría deducirse que tanto el FITEL y el MTC deben abonar cada uno por partes iguales la suma de US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) a favor de GTH, lo cual resultaría contrario a lo indicado por el Tribunal Arbitral en su análisis de la primera pretensión de la demanda.

6.3 Señala EL MINISTERIO que en el desarrollo del análisis de la primera pretensión principal, el Tribunal Arbitral ha indicado en las páginas 108 y 109 (sic) lo siguiente: *“Por lo tanto, tomando en cuenta el cálculo provisto por INTELFIN, a efectos de la liquidación del resarcimiento, debe tomarse en cuenta exclusivamente los períodos del 2011 al 2015, los daños sufridos por GTH, para el Tribunal Arbitral, por concepto de costos de mantenimiento v operación de teléfonos públicos en zonas rurales prácticamente no- utilizados fue de un total de US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América)”. La obligación resarcitoria a cargo del MTC y FITEL frente a GTH, por lo tanto, asciende a dicho monto”.*

6.4. Agrega que en la página 87 del Laudo se indicó lo siguiente:

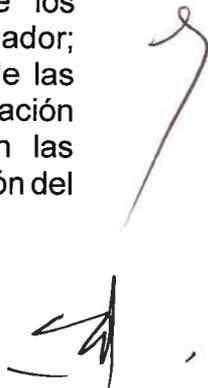
“(…) Asimismo, al no existir regla legal ni contractual que disponga un régimen de responsabilidad solidaria entre ambas entidades estatales, corresponde que el Tribunal Arbitral las declare responsables civiles parciarias y obligadas, por lo tanto, en partes iguales, a abonar el resarcimiento dispuesto en favor de GTH. Es de tener presente, en cuanto a este punto, y aun cuando se trate de una Arbitraje de Conciencia, la regla del artículo 1173, según la cual, las prestaciones divisibles (como el resarcimiento por equivalente) se presumen divididos en tantas partes iguales como deudores (no solidarios) existan”.

 6.5. De lo anterior se desprende, dice el MINISTERIO, que, tanto FITEL y el MTC deben abonar en partes iguales a favor de GTH la suma ascendente a US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), es decir que correspondería al FITEL y al MTC asumir la suma de US\$ 6 774,671.5 (seis millones setecientos setenta y cuatro mil seiscientos setenta y uno y 5/100 dólares de los Estados Unidos de América).

6.6. En tal sentido, expresa el MINISTERIO, se advierte que lo ordenado por el Tribunal Arbitral en el cuarto punto de la parte resolutive de dicho laudo resulta ser impreciso; por lo que, de conformidad con el literal b) del artículo 59º del Reglamento del



Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, solicita la interpretación de dicho extremo del laudo, a efectos de que se precise que el monto que corresponde abonar tanto al FITEL como al MTC a favor de GTH, asciende a la suma de US\$ 6 774,671.50 (seis millones setecientos setenta y cuatro mil seiscientos setenta y cinco dólares de los Estados Unidos de América) por cada uno, más los intereses legales generados desde el 28 de octubre de 2014.

- 6.7. De otro lado, el MINISTERIO señala que en el considerando 71 del Laudo (segundo párrafo de la página 108), el Tribunal Arbitral manifestó lo siguiente: *"El rechazo a las propuestas de GTH no puede ser apreciado como un acto ilícito ni incuestionable del MTC. El Estado podía, sin duda, invocar la ley (normativa de orden público) como un argumento liminar en el que basar su desacuerdo con la propuesta de GTH, pero no podía, según el Tribunal Arbitral, 'abusar' de su derecho, para descartar toda posibilidad de Renegociación o adecuación de la relación contractual, con vistas a cooperar (acaso no dando la razón del todo a su contraparte, GTH, pero sí formulando alternativas de solución) para la atenuación de las consecuencias materiales negativas que afectaban a GTH"*.
- 6.8. El MINISTERIO indica que no existe una motivación suficiente por parte del Tribunal Arbitral puesto que no ha considerado que el MTC y FITEL si han formulado alternativas de solución para la situación presentada. En efecto, rechazando que haya existido un abuso del derecho por parte del Estado, en autos constan hasta 27 adendas relacionadas a la reubicación de los teléfonos fijos rurales que presentaron el problema alegado por GTH, reubicación que era la solución prevista contractualmente y que era de conocimiento de GTH. Además, el análisis desarrollado muestra una controversia entre una empresa privada y el Estado. El MTC ha cumplido, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines de la normativa de telecomunicaciones, en observancia del Principio de Legalidad establecido en el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, que preceptúa que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y el Derecho, dentro de las facultades que le están atribuidas y de acuerdo con los fines para los cuales le fueron conferidas.
- 6.9. Agrega el MINISTERIO que una motivación suficiente consiste en la exposición de manera expresa y detallada de cada uno de los argumentos fácticos y jurídicos que sustentan la decisión del juzgador; por lo que ella no equivale a una mera explicación o expresión de las causas del fallo, sino más bien que esta debe señalar su justificación razonada, para lo cual era indispensable que se manifesten las razones o argumentos que hacen jurídicamente aceptable la decisión del Tribunal Arbitral.
- 
- 

- 6.10. En conclusión, expresa el MINISTERIO, el laudo presenta extremos imprecisos porque no existe motivación suficiente. Esta imprecisión constituye una afectación a nuestro derecho a la adecuada fundamentación del laudo arbitral, to que constituye causal de anulación de laudo por afectarse nuestro derecho a una correcta motivación del laudo. Finalmente, deja constancia de lo que a su juicio es un incumplimiento de la debida fundamentación del laudo.

VII. POSICIÓN DE GILAT.

- 7.1 Indica GILAT en su escrito de 3 de agosto de 2018 que, mediante la solicitud de interpretación, las partes pueden requerir el esclarecimiento de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. Así lo señalan los artículos 59, inciso b, del Reglamento de Arbitraje la Cámara de Comercio de Lima y 58, inciso b, del Decreto Legislativo N° 1071 ("Ley de Arbitraje").
- 7.2. Agrega GILAT que la solicitud no puede estar dirigida a cuestionar los razonamientos de los árbitros, ni mucho menos cambiar la decisión adoptada por ellos, tal como lo reconoce autorizada doctrina al respecto.
- 7.3. Agrega GILAT que, contrariamente a ello, la "solicitud de interpretación" planteada por el MTC no se refiere a aspectos imprecisos o dudosos que puedan generar problemas en la etapa de ejecución del laudo; sino que más bien, buscan cuestionar la decisión de los árbitros. Por ello, deben ser rechazados de plano por el Tribunal.
- 7.4. Respecto al primer pedido de interpretación, GILAT señala que el MTC solicita que se aclare el extremo del Laudo referido al cuarto punto resolutivo en el cual se declara FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal de la demanda (página 134 del Laudo Arbitral) y solicita que se precise los montos que correspondería abonar al FITEL y al MTC a favor de GTH. Según señala el MTC, dice GILAT, lo resuelto sería impreciso porque es contrario a los fundamentos del Tribunal, respecto de la primera pretensión de la demanda.
- 7.5. Agrega GILAT que, conforme podrá advertir el Tribunal, no hay ningún aspecto impreciso o dudoso a aclarar respecto a este punto resolutivo. En efecto, en el fundamento 71 de la parte considerativa del Laudo, el Tribunal Arbitral al establecer el monto de los daños sufridos por GTH, señala que ambas partes son responsables de pagar la indemnización "(...) un total de US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres 00/100 dólares de los Estados Unidos de América). La obligación resarcitoria a cargo del MTC y

FITEL frente o GTH, por lo tanto asciende o dicho monto". (Páginas 108 y 109 del Laudo Arbitral).

- 7.6. Indica que luego, en el cuarto punto resolutivo del Laudo, el Tribunal indica expresamente lo siguiente: *"En consecuencia ordena al MTC y al FITEL pagar por partes iguales a GTH, a título de resarcimiento de daños, cuantificados con criterio de equidad, la suma de US\$ 13'549,343 (...)"*.
- 7.7. Manifiesta GILAT que, tal como lo señala el MTC en su escrito de solicitud de interpretación del Laudo, el Tribunal indicó en la página 87 (sic) del Laudo que, al no existir regla legal o contrato que dispusiera un régimen de responsabilidad solidaria entre el MTC o FITEL, correspondía que las entidades respondan de manera parcial. Es decir, cada entidad está obligada a pagar en partes iguales el resarcimiento que se dispuso a favor de GTH.
- 7.8. Sostiene GILAT que de lo expuesto anteriormente corresponde estimar que el Tribunal ha sido claro en su argumentación y que no existe imprecisión o contradicción alguna en lo fundamentado respecto a la forma en que debe ejecutarse la obligación, tal como lo aduce el MTC. En efecto, toda la línea de argumentación del Tribunal ha sostenido que las entidades deben pagar en partes iguales el monto ordenado a título de indemnización a favor de GTH.
- 7.9. Agrega GILAT que dicho cálculo puede ser realizado mediante una operación aritmética básica, dividiendo el monto de la obligación entre las partes que deben pagar (el MTC y FITEL). Tal como lo ha desarrollado la propia entidad en su escrito de interpretación, si el monto total de la obligación es de US\$ 13'549,343, entonces cada entidad debe pagar la suma de US\$ 6'774,671.5 dólares americanos.
- 7.10. Concluye GILAT que, por lo tanto, GTH considera que no resulta necesaria una mayor interpretación respecto de este extremo del Laudo, toda vez que el Tribunal ha sido suficientemente claro al establecer tanto el monto que debe pagar el MTC y FITEL, así como la forma en que debe realizarse dicho pago.
- 7.11. Respecto del segundo extremo del pedido de interpretación, GILAT indica que el MTC solicita que se aclare el considerando 71 del Laudo, mediante el cual el Tribunal determina que las demandadas han abusado de su derecho al descartar toda posibilidad de renegociación o adecuación de la relación contractual. De acuerdo al MTC, lo dictado por el Tribunal carece de motivación suficiente pues no se han considerado los actos realizados por el Estado destinados a reubicar los teléfonos fijos rurales y además, no se ha tenido en cuenta el principio de legalidad que rige sus actuaciones.
- 7.12. Indica GILAT, respecto a las medidas alternativas propuestas por el MTC para mejorar la situación de GTH, que las Adendas a las que

hacen referencia las demandadas sí fueron evaluadas por el Tribunal al momento de resolver. Así, en el considerando 64 del Laudo, el Tribunal se refiere a las Adendas, concluyendo que las medidas de traslado no resultaron suficientes para resolver la problemática que afrontaba GTH respecto a los teléfonos deficitarios:

"En el pleno legal existe una presunción de culpabilidad a favor de quien aduce el incumplimiento (artículo 1329 del Código Civil). En un arbitraje de conciencia, en todo caso la demostración que le correspondía ofrecer al FITEC y el MTC para liberarse de los cargos que le imputo GTH tenía que consistir en la prueba de la adopción de medidas concretas para hallar una solución o la problemática indicado, constantemente, por el concesionario. En este punto la omisión probatoria de FITEC y del MTC -limitados a la invocación de su remoto asentimiento, documentado por las Adendas a los Contratos de financiamiento al traslado de teléfonos públicos deficitarios de una localidad a otra, que económicamente no alcanzaba para resolver el problema- ha representado una constante en el curso del arbitraje". (Página 99 del Laudo Arbitral).

- 7.13. Agrega GILAT que, teniendo en cuenta lo anterior, no resulta exacto que el MTC señale que no existe una motivación suficiente en este extremo del Laudo, porque -a su criterio- el Tribunal no habría tomado en consideración que *"el MTC y FITEC si han formulado alternativas de solución para la situación presentada"*.

Por el contrario, el Tribunal sí ha tomado en cuenta las Adendas mencionadas por la entidad y valorándolas, ha llegado a la conclusión de que estas no resultaban suficientemente eficaces para resolver la situación de GTH. Por lo tanto, es erróneo sugerir que existan pruebas que hayan sido excluidas o no valoradas por el Tribunal.

- 7.14. GILAT agrega que considera que el pedido de interpretación del MTC no tiene por objeto dilucidar un extremo del Laudo que resulte incierto para posibilitar su ejecución sino discutir el criterio adoptado por el Tribunal en los considerandos respecto a los fundamentos de su decisión.

- 7.15. GILAT reitera que la solicitud de interpretación de un Laudo arbitral no es un medio impugnatorio. En tal sentido, la conclusión que adoptó y consideró el Tribunal tras analizar los medios probatorios de ambas partes no es materia de impugnación a través de dicho pedido.

- 7.16. Por otro lado, GILAT refiere que el MTC sostiene que *"cumplió dentro de las facultades que le estaban atribuidas, en observancia del Principio de Legalidad"*. Dice GILAT que, como puede observarse, lo afirmado por el MTC forma parte de los argumentos expuestos por las demandadas en el trámite del Arbitraje, sobre los cuales el Tribunal se pronunció en el considerando 64 del Laudo, conforme se aprecia a continuación:

"(...) Empero más allá de la literalidad del Contrato de Concesión o de los Contratos de Financiamiento, el deber de cooperación y de la buena fe imponían a la contraparte estatal de GTH la negociación y eventual adopción de medidas eficaces pero atenuar los daños experimentados por GTH, o de someterse a los consecuencias de no hacerlo" (página 100 del Laudo).

"En realidad, el programa de las partes, cuando se trata de relaciones de obligación completas, se extiende a los deberes de indemnidad y seguridad respecto de la integridad material y moral de las partes, que pueda ser afectada con motivo del cumplimiento de las obligaciones centrales de cada deudor. No deja de ser un deber del MCC y FITEL frente a GTH, por lo tanto el velar por la integridad de GTH frente a abstenciones o acciones perjudiciales de la contraparte estatal" (Página 101 del Laudo).

- 7.17. GILAT indica también que incluso, en los considerandos 60 y 61 del Laudo, el Tribunal alude al Informe de la Secretaría Técnica del FITEL N° 2116-2013-MTC/24 y concluye de él que el Estado sí tuvo posibilidades de realizar adendas que permitieran una colaboración eficiente respecto a las consecuencias de la difusión de telefonía móvil. Ello se aprecia en las siguientes citas:

"El informe citado constituye, para el Tribunal Arbitral, un medio probatorio de la afectación de GTH, pero a la vez de las posibilidades que tenía el Estado para intervenir en las relaciones contractuales con GTH, a pedido de ésta, para afrontar de manera coordinada las consecuencias de la difusión de la telefonía móvil en el interior del país. Ese proceder habría sido el esperable, según el Tribunal Arbitral, de una contraparte que se desarrollara respetando los valores de cooperación, buena fe e indemnidad que son propios de las relaciones obligatorias." (Página 95 del Laudo).

- 7.18. GILAT manifiesta que, como se demuestra, el Tribunal llega a la conclusión de que la entidad demandada actuó abusando de su derecho por cuanto ignoró la situación de perjuicio que se le estaba ocasionando a GTH. En dicho sentido, la entidad no brindó medidas realmente efectivas para ello teniendo la posibilidad de hacerlo, como se desprende de la conclusión del informe. Dicha línea de argumentación lleva a la conclusión a GILAT para indicar que el Tribunal ha motivado cada una de sus decisiones y se ha respetado en todo momento el derecho al debido proceso de las partes.

- 7.19. Concluye GILAT señalando que ninguno de los pedidos de interpretación formulados por el MTC tienen por objeto esclarecer algún punto dudoso o ambiguo del Laudo que dificulten su ejecución; sino que pretenden una revisión de las consideraciones expuestas en el Laudo por el Tribunal. En tal sentido, no cabe que el Tribunal se

pronuncie nuevamente sobre aquello que ya ha sido fundamentado o debidamente en el Laudo.

VIII. FUNDAMENTACIÓN.

- 8.1. Luego de haber señalado los argumentos de las partes respecto a la solicitud de Interpretación formulada por el MINISTERIO, corresponde a este colegiado pronunciarse sobre ella. En ese sentido, se puede evidenciar que el MINISTERIO formuló los siguientes pedidos: i) que se interprete el Laudo para aclarar lo señalado en el cuatro punto resolutivo del texto transcrito del que, a juicio del MINISTERIO, podría deducirse que tanto el FITEL como el MTC deben abonar cada uno por partes iguales la suma de US\$ 13'549,343 (trece millones quinientos cuarenta y nueve mil trescientos cuarenta y tres y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) a favor de GTH; y ii) que el laudo carece de motivación en el extremo referido a la configuración de un abuso de derecho por parte del MINISTERIO por no haberse facilitado la adecuación del contrato.
- 8.2. Respecto de la primera solicitud, y tomando en cuenta la naturaleza del recurso de Interpretación, corresponde señalar que los fundamentos de la solicitud del MINISTERIO no guardan adecuación con el propósito de un pedido de esa naturaleza.
- 8.3. En efecto, para proceder una interpretación del laudo es necesario que, efectivamente exista algún extremo oscuro, impreciso o dudoso en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. Esta circunstancia no se da en absoluto en el presente caso.
- 8.4. El punto cuarto de la parte resolutive del laudo es perfectamente congruente con su parte considerativa y cuando utiliza la expresión "pagar por partes iguales" claramente está indicando que cada parte debe pagar una porción igual a la de la otra, o lo que es lo mismo que el pago debe hacerse por mitades, siendo dos las partes obligadas a ello, lo que coincide con lo señalado en la parte considerativa en el sentido de que cada parte debe asumir una parte igual a la de la otra por tratarse de una obligación parciaria. Por tanto, el MTC y FITEL, cada una, debe pagar la suma de US\$6'774,671.50.
- 8.5. No hay, por tanto, nada que interpretar, porque el supuesto de hecho no configura una situación en que ello corresponda, por lo que este extremo del pedido debe ser declarado IMPROCEDENTE.
- 8.6. El segundo extremo del pedido tiene por finalidad cuestionar los fundamentos de fondo expuestos y desarrollados en el laudo en la medida de que de los argumentos presentados por el MINISTERIO no se desprende duda alguna respecto de la decisión de este colegiado.

Se alega por parte del MINISTERIO que el argumento desarrollado en el laudo referido al abuso del derecho no tiene una debida motivación.

- 8.7. La solicitud de interpretación del Ministerio olvida lo que este colegiado ha señalado con toda claridad en el numeral 6.1 del Laudo, esto es, que tenía obligación de tomar medidas efectivas para superar el perjuicio en que incurría GILAT, pues el Ministerio tenía el deber primario, que no realizó, de no abusar de su derecho y de actuar con buena fe
- 8.8. Un cuestionamiento de esa naturaleza no puede ser objeto de un pedido de interpretación cuyos requisitos y alcances, para resultar procedente formularlo, han sido precisados anteriormente.
- 8.9. Tampoco en este caso hay correspondencia entre los requisitos exigidos para resultar admisible un pedido de interpretación y el extremo del pedido formulado por el MINISTERIO por lo que corresponde declararlo IMPROCEDENTE.

Por las consideraciones expuestas:

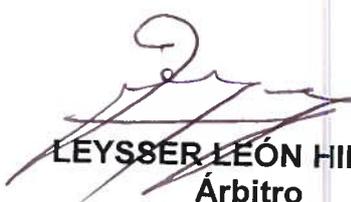
SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTES los dos extremos del pedido de interpretación presentado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra el laudo dictado en autos.

SEGUNDO: DECLARAR que la presente resolución forma parte integrante del laudo de 20 de junio de 2018.



BALDO KRESALJA ROSSELLÓ
Presidente del Tribunal Arbitral



LEYSSEER LEÓN HILARIO
Árbitro



CARLOS CÁRDENAS QUIRÓS
Árbitro