



Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional  
Cámara de Comercio de Lima

Lima, 5 de mayo de 2004

Señores  
**OSIPTEL**  
Calle La Prosa N° 136  
San Borja.-

N° de Reg. 74206  
Folio .....



**Ref.: Caso Arbitral N° 537-124-2001**

De nuestra consideración:

Con relación al caso de la referencia cumplimos con notificarles el laudo emitido por los doctores Javier de Belaunde López de Romaña, Jaime Zavala Costa y Fernando Cantuarias Salaverry con fecha 30 de abril de 2004. Para tales efectos les remitimos un ejemplar del mismo.

Sin otro particular, quedamos de ustedes.

Atentamente,

  
**ALVARO AGUILAR OJEDA**  
Secretario Ad Hoc

## LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR TELEFÓNICA DEL PERÚ S.A.A. (TELEFÓNICA) CONTRA EL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN TELECOMUNICACIONES (OSIPTEL) SOBRE NULIDAD TOTAL Y FALTA DE OponIBILIDAD A TELEFÓNICA DE LA RESOLUCIÓN No. 038-2001-CD/OSIPTEL Y OTROS, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR LOS DOCTORES JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY Y JAIME ZAVALA COSTA.

Resolución No. 90.-

Lima, treinta de abril  
del año dos mil cuatro

### VISTOS:

#### I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 16 de mayo de 1994 el Ministerio de Transportes, Comunicaciones, Vivienda y Construcción (en adelante, el MTCVC) suscribió con la Compañía Peruana de Teléfonos S.A. (en adelante, CPT) el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador y Servicio Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao



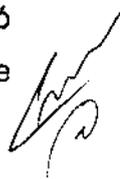
Por otro lado, también con fecha 16 de mayo de 1994, el MTCVC suscribió con la Empresa Nacional de Telecomunicaciones del Perú S.A. (en adelante, ENTEL), el Contrato de Concesión para la Prestación del Servicio Portador, Servicio Telefónico Local y Servicio de Larga Distancia Nacional e Internacional de la República del Perú.

Posteriormente, CPT y ENTEL se fusionaron para crear CPT – Telefónica del Perú S.A., variando luego su denominación social por la de Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, TELEFÓNICA), por lo que actualmente TELEFÓNICA es titular de las concesiones, autorizaciones, licencias y permisos otorgados originalmente a CPT y ENTEL con los contratos antes mencionados (en adelante, los CONTRATOS DE CONCESIÓN).

En la cláusula 21, Sección 2.01 del Contrato de Concesión con CPT y en la cláusula 3, Sección 3.01, de la parte III del Contrato de Concesión con ENTEL, se dispone que cualquier controversia que surja de o en conexión con dicho contrato, su interpretación o ejecución, incluyendo cualquier aspecto relativo a su existencia, validez o terminación, será resuelta amistosamente por las partes, y en el caso que éstas no llegaran a un acuerdo satisfactorio en el proceso de conciliar, la o las materias en controversia serán finalmente resueltas mediante arbitraje administrado por la Cámara de Comercio de Lima.

Cabe aclarar que de conformidad con lo dispuesto en la Ley No. 26285 - Desmonopolización progresiva de telefonía fija local y de los servicios portadores de larga distancia nacional e internacional- estos contratos de concesión tienen la calidad de Contratos-Ley.

## **II. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.**

 Al haberse suscitado una controversia entre las partes, TELEFÓNICA designó como árbitro al Dr. Fernando Cantuarias Salaverry y el Organismo Supervisor de 



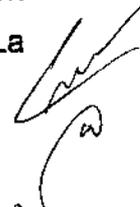
la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, el OSIPTEL) al Dr. Jaime Zavala Costa, poniéndose de acuerdo los árbitros respecto de la designación del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral, en el Dr. Javier de Belaunde López de Romaña.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación de este Tribunal Arbitral, al no haber recusado a los árbitros ni manifestado razón alguna para dudar de su independencia e imparcialidad.

Con fecha 8 de noviembre del 2001 se instaló el Tribunal Arbitral. En el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral se estableció que, de conformidad con lo dispuesto en el convenio arbitral celebrado entre las partes, si bien el arbitraje será administrado por el Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, el CENTRO), se llevará a cabo de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Reglamento de UNCITRAL), en todo lo que no se oponga a las normas imperativas de la Ley General de Arbitraje, Ley No. 26572 (en adelante, LGA) y por lo dispuesto en esta Acta.

Asimismo, de conformidad con el artículo 15.1 del Reglamento de UNCITRAL, en caso de discrepancias, de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

Cabe resaltar que el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral fue suscrita en señal de plena conformidad con las reglas allí dispuestas, por TELEFÓNICA y por el MTCVC, quien intervino en su calidad de tercero interesado, mas no por el OSIPTEL, debido a que, no obstante haber sido debidamente notificado con fecha 29 de octubre del 2001, no asistió a la instalación del Tribunal Arbitral. La



inasistencia, sin embargo, no impidió la instalación del Tribunal Arbitral de conformidad con el Reglamento de UNCITRAL.

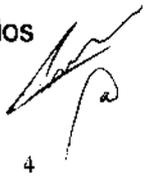
OSIPTEL a lo largo de todo este proceso arbitral ha observado debidamente todas las reglas establecidas en el Acta de Instalación y, en momento alguno ha hecho saber de observación alguna, aceptando de esa manera todas y cada una de las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación a la que se han sujetado debidamente las partes y este Tribunal Arbitral.

### **III. PRETENSIONES Y POSICIONES DE LAS PARTES EN SUS RESPECTIVOS ESCRITOS DE DEMANDA Y CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.**

#### **III.1. Pretensiones planteadas por TELEFÓNICA en su escrito de demanda, así como argumentos y medios probatorios que las sustentan.**

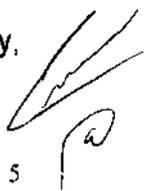
Mediante escrito No. 01, recibido el 29 de noviembre del 2001, TELEFÓNICA presentó su demanda en término oportuno, planteando sus pretensiones, según se detalla a continuación:

1. Pretensiones planteadas por TELEFÓNICA:
  - a. ***Primera Pretensión Principal:*** Que se declare que la Resolución del Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad total y, por tanto, no resulta oponible a TELEFÓNICA por los siguientes motivos:
    - a.1. Por haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA información suficiente para que ésta pudiera replicar la metodología utilizada por el regulador para calcular el Factor de Productividad propuesto en la Resolución del Consejo Directivo No. 023-2001-CD/OSIPTEL.
    - a.2. Por haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA plazo alguno para que ésta pudiera formular comentarios u objeciones respecto de aquellos



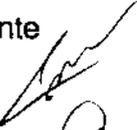
criterios en base a los cuales el regulador procedió a recalcular el costo del patrimonio que inicialmente había utilizado en la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTTEL.

- a.3. Por haber utilizado el número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil que TELEFÓNICA prestaba hasta el año 2000, distorsionando de modo irracional y desproporcionado el cálculo del Factor de Productividad aplicable a los servicios de Categoría I.
  - a.4. Por haber dispuesto la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular", así como a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I.
  - a.5. Por haber utilizado una metodología para calcular el costo del patrimonio de TELEFÓNICA que no se ajusta a los estándares internacionalmente establecidos sobre el particular y que, en esa medida, resulta un cálculo irrazonable de dicho costo.
- b. **Segunda Pretensión Principal:** Que se declare que en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, el Factor de Productividad aplicable a los Servicios de Categoría I que presta TELEFÓNICA asciende a -3,38% anual -o su equivalente trimestral-, conforme se deriva del estudio denominado "Estimación de la TFP de Telefónica del Perú y del cambio en precios del régimen de precios tope" elaborado por la Consultora Internacional NERA.
- c. **Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** Que en caso sea desestimada la pretensión precedente, se fije el valor del Factor de Productividad de un modo que resulte consistente con los Contratos de Concesión, en concordancia con el peritaje que se ofrece en la sección de Medios Probatorios de la demanda arbitral.
- d. **Tercera Pretensión Principal:** Que se declare que la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTTEL, que aprobó el ajuste de tarifas de los servicios que presta TELEFÓNICA, infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y,



por tanto, no resulta oponible a TELEFÓNICA en los siguientes extremos: i) en cuanto aplica la fórmula de tarifas tope directamente a los planes tarifarios (líneas con límite de consumo) que comercializa TELEFÓNICA, y, ii) en cuanto aplica la fórmula de tarifas tope directamente al paquete de servicios denominado comercialmente "teléfono popular".

- e. **Cuarta Pretensión Principal:** Que se declare que la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL, que modificó el Instructivo establecido originalmente mediante Resolución No. 102-2001-GG/OSIPTEL, infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y, por tanto, no resulta oponible a TELEFÓNICA en los siguientes extremos: i) en cuanto establece que en ningún caso, luego de aplicar reducciones tarifarias mayores a las exigidas por aplicación de la fórmula de tarifas tope (denominadas adelantos tarifarios), podrá la tarifa tope promedio ponderada para una canasta ser superior a la tarifa tope promedio ponderada que se habría obtenido para el trimestre de que se trate de haberse aplicado estrictamente el Factor de Control previsto en los Contratos de Concesión en todos los ajustes trimestrales, y, ii) en cuanto determina que, en ningún caso, luego de considerar la aplicación de los adelantos tarifarios solicitados por la empresa concesionaria, el ajuste solicitado podrá ser igual o mayor a la inflación considerada en la fórmula establecida en los contratos de concesión para fines de estimación del Factor de Control.
- f. **Quinta Pretensión Principal:** Que se declare que en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes o paquetes tarifarios deben desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondiente.
- g. **Sexta Pretensión Principal:** Que se declare que en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, no es posible aplicar el Factor de Control directamente



al paquete tarifario denominado "teléfono popular" o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro.

- h. **Sétima Pretensión Principal:** Que se declare que en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, las tarifas de partida para la aplicación de la fórmula de tarifas tope vigentes desde el 1 de setiembre del 2001 son las tarifas tope vigentes al 31 de agosto del 2001, conforme tales tarifas quedaron establecidas en las addendas a los Contratos de Concesión.
- i. **Octava Pretensión Principal:** Que se declare que en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, TELEFÓNICA tiene derecho a que se reconozca en su favor, en los periodos trimestrales posteriores a aquel en que reduzca la tarifa promedio ponderada correspondiente a una canasta de servicios por debajo de los niveles requeridos por aplicación de la fórmula de tarifas tope, dicha mayor reducción a título de "adelanto tarifario", sin restricciones de ninguna especie.
- j. **Novena Pretensión Principal:** Que se declare que TELEFÓNICA tiene derecho a recuperar, en los trimestres posteriores a la emisión del laudo arbitral que recaiga en el presente proceso, los efectos económicos adversos que ha debido soportar por efecto de la inadecuada determinación del Factor de Productividad efectuada por el OSIPTEL, autorizándole en consecuencia a reajustar las tarifas tope promedio ponderadas por cada canasta de conformidad con el nuevo Factor de Productividad que se defina como resultado del presente proceso.

2. Fundamentos centrales de la demanda presentada por TELEFÓNICA:

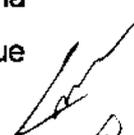
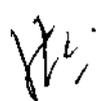
Además de los motivos expuestos por TELEFÓNICA dentro del contenido de cada una de sus pretensiones, esta empresa desarrolla básicamente los siguientes argumentos:



a. TELEFÓNICA sostiene que el regulador desconoció lo dispuesto por el inciso c) de la sección 9.04 de los Contratos de Concesión, atendiendo a que: i) TELEFÓNICA nunca tuvo a su disposición todos los elementos necesarios para replicar, en su integridad, los estudios efectuados por OSIPTEL y la empresa consultora internacional Lauren R. Christensen Associates, Inc. (en adelante, Christensen) por lo que se hallaba imposibilitada de pronunciarse cabalmente sobre el Proyecto formulado mediante Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL, y, ii) tampoco tuvo oportunidad de formular comentarios u objeciones respecto de las modificaciones introducidas en el cálculo del Factor de Productividad por efecto del estudio de la Escuela Superior de Administración de Negocios (en adelante ESAN), siendo éstas de tal importancia que produjeron una reducción de aproximadamente -0,07% en el Factor de Productividad propuesto por el regulador. A efectos de demostrar este argumento, TELEFÓNICA señala lo siguiente:

a.1. El 1 de junio del 2001, el OSIPTEL envió a TELEFÓNICA la Carta No. 233-SG/2001 mediante la cual le notificó la Resolución No. 023-CD-2001/OSIPTEL que dispuso la publicación del Proyecto en el que el regulador manifestaba su intención de fijar en -0,0138 el valor del Factor de Productividad Trimestral (equivalente a -5,39% anual) aplicable dentro del Sistema de Fórmulas de Tarifas Tope establecido en los Contratos de Concesión, iniciándose oficialmente el proceso de determinación del Factor de Productividad a que se refiere el inciso a) de la Sección 9.04 de los Contratos de Concesión, para lo cual otorgó el plazo de veinte (20) días calendarios para que TELEFÓNICA pudiera remitir al OSIPTEL sus comentarios u objeciones al Proyecto.

a.2. El OSIPTEL no cumplió con remitir información relativa a todos los elementos necesarios para replicar la metodología utilizada para calcular el Factor de Productividad, por lo que TELEFÓNICA remitió al OSIPTEL la Carta GGR-107-A-389-01 de fecha 22 de junio del 2001, en la que

  
  
  
8

presentó sus "Comentarios al Proyecto de Resolución que establece el Factor de Productividad Trimestral", cuestionando además diversos aspectos del Proyecto y propuso que el Factor de Productividad Anual fuera fijado en -3,38% sobre la base de sus propios estudios y de conformidad con el documento denominado "Estimación de la TFP de Telefónica del Perú y del cambio en precios del régimen de precios tope" elaborado por la Consultora Internacional NERA (en adelante, NERA).

a.3. El 28 de junio se llevó a cabo la audiencia pública convocada por el regulador, en la que diversas personas y entidades interesadas formularon comentarios respecto del Proyecto, por lo que el OSIPTEL decidió contratar los servicios de asesoría especializada de ESAN a fin de que realizara un estudio de revisión del costo del patrimonio de TELEFÓNICA, y sobre la base del mismo, el OSIPTEL reajustó su propuesta original y disminuyó en -0,43% el Factor de Productividad inicialmente propuesto, cifra que termina arrojando un Factor de Productividad ascendente a -6% anual, que es precisamente el valor del Factor de Productividad determinado por el OSIPTEL en la Resolución del Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTEL, notificando a TELEFÓNICA con el informe de ESAN recién cuatro (4) días más tarde de esta notificación.

b. TELEFÓNICA sostiene que el OSIPTEL transgredió los Contratos de Concesión al calcular el Factor de Productividad utilizando como indicador de producción de los servicios móviles el número de líneas vendidas, en vez de emplear los distintos indicadores de producción que en este caso resultaban necesarios para medir los diferentes ingresos de los servicios móviles. Así, esta empresa señala lo siguiente:

b.1. El OSIPTEL, no aceptó la propuesta formulada por TELEFÓNICA y NERA, respecto de que para poder medir con precisión los ingresos de

los servicios móviles, se debía emplear tantos indicadores de producción física como fuesen necesarios, distinguiendo cada uno de los subservicios en el que el negocio se descompone, habiendo el OSIPTEL solicitado a TELEFÓNICA por Carta No. 440-GG.GPR/2000 de fecha 5 de diciembre del 2000, sólo la información relativa al número de minutos vendidos, y posteriormente con fecha 12 de diciembre del 2000, el OSIPTEL les requirió información sobre el número de minutos de servicios móviles.

- b.2. Sin embargo, TELEFÓNICA no pudo cumplir con los plazos establecidos por el regulador, por lo que posteriormente, se otorgó a TELEFÓNICA un plazo adicional hasta el 27 de marzo del 2001 para que entregue la información faltante. TELEFÓNICA por carta No. GGR-107-A-173-01 del 2 de abril del 2001 envió información sobre el tráfico móvil para el período 1994-2000, la misma que en ese momento era un estimado pues aún se encontraban trabajando las cifras finales.

Si bien TELEFÓNICA se retrasó en entregar esta información, fue debido a que conseguir la información solicitada por el OSIPTEL requirió de un esfuerzo particularmente grande, precisamente porque esta empresa no contaba con contabilidad separada de los servicios que prestaba.

Con fecha 2 de junio del 2001, el OSIPTEL publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución No. 023-CD-2001/OSIPTEL la cual incluía el Proyecto de Resolución que establecía el valor del Factor de Productividad Trimestral aplicable dentro del sistema de fórmula de tarifas tope establecido en los Contratos de Concesión, empleando el número de líneas móviles como único índice físico de producción, lo que es posible de generar enormes distorsiones en el cálculo del Factor de Productividad.



Estando dentro del periodo para formular comentarios y objeciones respecto del cálculo propuesto por el OSIPTEL, TELEFÓNICA envió la carta No. GGR-107-A-368-01 mediante la cual adjuntó la información final relativa al número de minutos vendidos desde el año 1994 al 2000, sin embargo, esta información no fue considerada por el OSIPTEL por considerarla extemporánea, decisión que –según sostiene TELEFÓNICA– resulta irrazonable, y aparece como manifiestamente arbitraria, tomando en cuenta que el regulador solicitó y varió su propio modelo al introducir la información del estudio de ESAN, cuando éste fue solicitado con posterioridad a la entrega de la data correspondiente a los minutos vendidos en servicios móviles.

- c. TELEFÓNICA sostiene que, a pesar de que el Consejo Directivo manifestó de modo expreso en la parte considerativa de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL, que para efectos del siguiente ajuste, se puedan revisar los mecanismos utilizados para la ponderación de las tarifas, persistió en su error de interpretación al disponer en la misma resolución, que la fórmula de tarifas tope se aplique directamente a los planes tarifarios y al paquete de servicios denominado comercialmente “teléfono popular”, por considerar erróneamente que en los Contratos de Concesión se ha establecido una categoría singular de servicio de Categoría I.

El OSIPTEL no estaba en aptitud de disponer unilateralmente la aplicación del Factor de Control resultante de la fórmula a planes tarifarios o paquetes de servicios, siendo que lo más adecuado era desempaquetar cada uno de los componentes de dichos planes o paquetes, asignar a cada uno de sus componentes a la canasta de servicios correspondiente y aplicar la fórmula –conforme fue expresamente estipulado por las partes– a la tarifa promedio ponderada correspondiente a cada canasta.



TELEFÓNICA señala que, no obstante que la deficiencia contenida en la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL parece haber sido corregida por la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL, a efectos de resolver cualquier incertidumbre jurídica, el Tribunal deberá pronunciarse expresamente sobre esta materia.

- d. El Consejo Directivo del OSIPTEL ha emitido la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL, mediante la cual aprueba el Instructivo Modificado y deja sin efecto la Resolución de Gerencia General No. 102-2001-GG/OSIPTEL, solucionando algunas de las deficiencias contenidas en el Instructivo originalmente aprobado por la Gerencia General, pero mantiene ciertos criterios que constituyen violaciones a lo estipulado en los Contratos de Concesión.

3. Medios Probatorios ofrecidos por TELEFÓNICA:

En calidad de medios probatorios, TELEFÓNICA ofreció en su escrito de demanda presentado con fecha 29 de noviembre del 2001, los siguientes: i) los documentos indicados del numeral 1 al 35 del punto 5. titulado "Medios Probatorios", ii) la pericia sobre las discrepancias en la metodología empleada para determinar el valor del Factor de Productividad aplicable a TELEFÓNICA, y iii) la pericia sobre la determinación del costo de patrimonio de TELEFÓNICA.

4. Admisión de la demanda presentada por TELEFÓNICA:

Mediante Resolución No. 1 de fecha 3 de diciembre del 2001, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la demanda, tuvo por ofrecidos los medios probatorios y confirió traslado de la misma con sus respectivos anexos al OSIPTEL por el término de quince (15) días hábiles, a efectos de que proceda a su contestación. Asimismo, dispuso que se ponga en conocimiento del MTCVC el contenido de la demanda y sus anexos.

**III.2. Posición del OSIPTEL respecto de las pretensiones planteadas por TELEFÓNICA y medios probatorios que la sustentan.**

El OSIPTEL en su escrito No. 1 de contestación a la demanda presentado en término oportuno con fecha 28 de diciembre del 2001, expone los fundamentos por los cuales considera que las pretensiones contenidas en la demanda presentada por TELEFÓNICA deben ser declaradas infundadas en su totalidad; en los términos que se detallan a continuación:

1. Respecto de las pretensiones planteadas por TELEFÓNICA.

a. **Respecto de la Primera Pretensión Principal:** A efectos de rebatir esta pretensión, el OSIPTEL desarrolla los argumentos para cada uno de los cinco motivos que TELEFÓNICA expone en su pretensión. Así, básicamente señala lo siguiente:

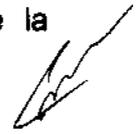
- Que, TELEFÓNICA ha señalado que no hubo divergencia alguna con el OSIPTEL en la determinación de la metodología a utilizar para fines de la estimación del Factor de Productividad, por lo que su afirmación en relación con la falta de información acerca de la metodología aplicada carece de sentido, de lo contrario, no se explicaría cómo dicha empresa ha podido señalar la existencia de un acuerdo al respecto.
  
- Que, de los propios documentos presentados por TELEFÓNICA puede advertirse que bajo una estricta sujeción al principio de buena fe, el procedimiento establecido en la Sección 9.04 de los Contratos de Concesión fue cumplido en todos sus aspectos, debiendo tomarse en cuenta que: *i)* el OSIPTEL no debe considerar únicamente los comentarios u objeciones realizados por TELEFÓNICA sino también aquellos efectuados por la ciudadanía en general, y, *ii)* el OSIPTEL no estaba en aptitud de remitir a TELEFÓNICA el documento elaborado por ESAN para sus comentarios u observaciones, debido a que en esa oportunidad no contaba con el mismo, y además el costo del patrimonio


no fue una variable incluida recién en la decisión final del OSIPTEL pues aparece en el proyecto de junio, lo que se corrobora por lo indicado en el numeral 4.4.3.a de la demanda.

- Que, la decisión del OSIPTEL no puede ser considerada arbitraria atendiendo a que fue la propia TELEFÓNICA quien propuso utilizar como medida de producción de los servicios móviles el número de aparatos (líneas), y además debido a que el OSIPTEL sustentó por qué no utilizó la información de minutos remitida por TELEFÓNICA ya que hubo otros motivos, además del propuesto por esta empresa, para que el OSIPTEL utilice dicho criterio. Asimismo, el OSIPTEL indica que no estaba en aptitud de utilizar la información correspondiente al número de minutos de tráfico de servicio móvil enviada por TELEFÓNICA, atendiendo a que ésta fue entregada de manera extemporánea, incompleta y con datos inconsistentes.

- Que, lo señalado es incorrecto, en tanto la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL no contiene una disposición de las características que señala TELEFÓNICA, sino que se refiere únicamente a que el paquete de servicios denominado "Teléfono Popular" así como los demás paquetes de servicios de similares características que incluyan servicios de Categoría I, sean incluidos en las solicitudes de ajuste. Asimismo, el OSIPTEL indica que, las características del Instructivo -en el que se desarrolló el mecanismo de aplicación del Factor de Productividad- son discutidas por TELEFÓNICA en otras pretensiones, y su contenido no tiene relación directa con la validez, eficacia u oponibilidad de la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL, única a la cual se refiere la Primera Pretensión Principal.



- Que, el argumento de que se habría utilizado una metodología para calcular el patrimonio de TELEFÓNICA que no se ajusta a estándares internacionales no es una causal de nulidad. Sin perjuicio de ello, el OSIPTEL sostiene al respecto lo siguiente: *i)* que la metodología utilizada por ESAN corresponde al modelo denominado *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), reconocido y utilizado internacionalmente para fines del cálculo del costo de patrimonio, *ii)* que TELEFÓNICA ha manifestado en la página 74 de su demanda que los cálculos realizados por ESAN, al igual que el estudio de TELEFÓNICA en el que basa su evaluación del costo de capital, utilizan esa misma metodología, y, *iii)* que el cálculo del costo de patrimonio realizado por ESAN es comparable con la tasa de descuento utilizada en la regulación tarifaria del sector eléctrico, tal como puede comprobarse de la lectura del artículo 79 de la Ley de Concesiones Eléctricas.

b. **Respecto de la Segunda Pretensión Principal:** El OSIPTEL considera que la Segunda Pretensión Principal planteada por TELEFÓNICA no es una pretensión principal, atendiendo a que ésta sólo podría ser evaluada en caso de que el Tribunal Arbitral declare fundada la Primera Pretensión Principal, remitiéndose a los argumentos expuestos respecto de esta última.

c. **Respecto de la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal:** El OSIPTEL no analiza esta pretensión.

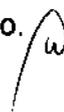
d. **Respecto de la Tercera Pretensión Principal:** El OSIPTEL sostiene que el Instructivo aprobado mediante Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL, vigente desde el 29 de octubre del 2001, que dejó sin efecto el Instructivo anterior aprobado por Resolución No. 102-2001-GG/OSIPTEL, varió el sistema establecido en el Instructivo anterior, según el cual, el Régimen de Fórmulas de Tarifas Tope se aplicaba directamente al paquete, lo cual ha sido reconocido por TELEFÓNICA. Actualmente, la aplicación del régimen de fórmulas de tarifas

tope a los planes tarifarios se realiza respecto de los componentes desempaquetados, considerados dentro de la canasta de servicios correspondientes, lo que es coherente con lo expresado por TELEFÓNICA en su demanda, no existiendo incertidumbre ni conflicto en este extremo.

- e. **Respecto de la Cuarta Pretensión Principal:** El OSIPTEL precisa que con el objetivo de promover mayores reducciones en los niveles tarifarios, así como el diseño e implementación de más planes tarifarios, se consideró en el Instructivo aprobado por Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL, el reconocimiento de la aplicación de ajustes tarifarios por adelantado.

Asimismo, respecto de los motivos expuestos por TELEFÓNICA señala lo siguiente: *i)* que los contratos establecen que el ratio tope o la variación de la tarifa tope promedio ponderada por canasta en cada trimestre, debe ser menor o igual que el Factor de Control correspondiente a dicho trimestre. En tal sentido, la condición que establece el Instructivo permite a la empresa concesionaria la aplicación del adelanto de ajuste tarifario respetando la restricción establecida en los Contratos de Concesión, y, *ii)* que, respetando justamente lo establecido en los Contratos de Concesión, se dispuso que en ningún caso, aún considerando la aplicación de los ajustes realizados por adelantado, la variación nominal de las tarifas tope promedio ponderadas por canasta debía superar el valor de la inflación registrada en el último trimestre, cumpliendo entonces con lo establecido en los Contratos de Concesión para fines de asegurar la reducción real de las tarifas en cada ajuste trimestral.

El mecanismo establecido por el OSIPTEL impide que TELEFÓNICA incremente en términos reales las tarifas de un trimestre determinado como resultado de la aplicación de ajustes tarifarios por adelantado.

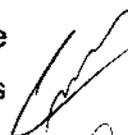
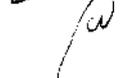


- f. **Respecto de la Quinta y Sexta Pretensiones Principales:** El OSIPTEL solicita que estas pretensiones se declaren improcedentes en tanto no existe incertidumbre ni conflicto en este punto, ya que la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL establece el mecanismo de desagregación de componentes en cada plan tarifario, incluyendo el paquete denominado "Teléfono Popular", y su consideración en las canastas correspondientes.
- g. **Respecto de la Séptima Pretensión Principal:** El OSIPTEL señala que, de acuerdo a lo dispuesto en la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL que aprobó el Instructivo a aplicarse, no existe la incertidumbre jurídica que alega TELEFÓNICA.
- h. **Respecto de la Octava Pretensión Principal:** El OSIPTEL sostiene que esta pretensión es una accesoria y no una principal, aplicable sólo si se declarara que el OSIPTEL actuó contrariamente a los Contratos de Concesión. Asimismo, se remite a los argumentos expuestos al rebatir la Cuarta Pretensión Principal de TELEFÓNICA.
- i. **Respecto de la Novena Pretensión Principal:** El OSIPTEL sostiene que esta pretensión no es una principal sino una accesoria, dependiente de que se acoja la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA, ya que, si no se declara que el Factor de Productividad establecido por el OSIPTEL es incorrecto, no se puede declarar de forma independiente que TELEFÓNICA tiene derecho a subir los precios para resarcirse de un eventual y negado error en la determinación del Factor de Productividad. En este sentido, se remiten a los argumentos para rebatir la Primera Pretensión Principal.

2. Medios Probatorios ofrecidos por el OSIPTEL en su contestación de la demanda:

En calidad de medios probatorios, el OSIPTEL ofreció en su escrito de contestación de la demanda presentado con fecha 28 de diciembre del 2001, los

documentos indicados del numeral 4.1 al 4.4 del punto IV. Titulado "Medios Probatorios".

3. Solicitud del OSIPTEL en relación a la publicación de un Edicto Arbitral en el Diario Oficial "El Peruano".

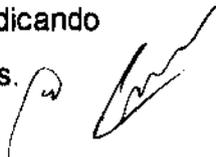
En el Segundo Otrosí de su escrito de contestación a la demanda, el OSIPTEL solicita la publicación en el Diario Oficial "El Peruano" de un Edicto Arbitral con el texto del auto admisorio de la demanda y una reseña de las pretensiones de TELEFÓNICA, lo que fue declarado improcedente por el Tribunal mediante la Resolución No. 2 de fecha 7 de enero del 2002 atendiendo, entre otros motivos, al principio de confidencialidad que rige el presente arbitraje.

Con fecha 15 de enero del 2002, el OSIPTEL interpuso recurso de reposición contra la citada resolución. Por Resolución No. 5 del 18 de enero del 2002 se confirió traslado a TELEFÓNICA de la solicitud de publicación de la demanda, y del escrito por el cual se interpuso el recurso de reposición, por un plazo de cinco (5) días, para luego proceder a resolver el recurso mencionado.

Una vez absuelto el traslado por TELEFÓNICA, mediante Resolución No. 9 de fecha 1 de febrero del 2002, se declaró infundado el recurso de reposición planteado por el OSIPTEL, confirmándose la resolución impugnada.

**IV. INTERVENCIÓN DEL MTCVC EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL:**

TELEFÓNICA en su petición de arbitraje de fecha 28 de agosto del 2001, dirigida a la Secretaría General del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, manifestó que dicha solicitud había sido puesta en conocimiento del MTCVC en su calidad de parte contratante y tercero con legítimo interés en la presente controversia, indicando para esos efectos el domicilio real al que debían dirigirse las notificaciones.



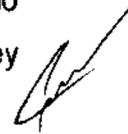
Posteriormente, el MTCVC por carta de fecha 9 de octubre del 2001, manifiesta su conformidad con la designación del doctor Jaime Zavala Costa como árbitro designado por el OSIPTEL, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 3 de la parte III del Contrato de Concesión con ENTEL, y la cláusula 21 del Contrato de Concesión con CPT.

En este sentido, el MTCVC ha intervenido a lo largo del presente proceso arbitral en su calidad de tercero interesado, desde el acto de Instalación de Tribunal Arbitral de fecha 8 de noviembre del 2001, y en la mayor parte de las audiencias realizadas posteriormente. Asimismo, ha sido notificado con los escritos presentados por las partes, y con todas las actuaciones llevadas a cabo en el proceso.

V. **EXCEPCIÓN DE INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL PLANTEADA POR EL OSIPTEL.**

1. Mediante escrito No. 2 presentado con fecha 28 de diciembre del 2001, el OSIPTEL dedujo una excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral, por considerar que la decisión adoptada por el OSIPTEL respecto del Factor de Productividad previsto en los Contratos de Concesión no es susceptible de ser sometida a arbitraje. Los fundamentos principales de la excepción planteada fueron los siguientes:

- a. Que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de la LGA, no pueden someterse a arbitraje las controversias directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entidades de derecho público y que, en ese sentido, la fijación de las tarifas y en especial la fijación del Factor de Productividad Trimestral, que es una función de imperio del OSIPTEL, tal como lo establece la Ley de No. 27332 y los artículos 67 y 77 del TUO de la Ley de Telecomunicaciones, no puede ser sometida a arbitraje.

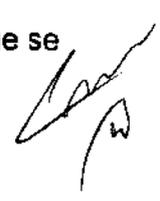
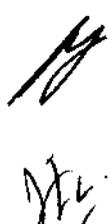
  


- b. Que, la determinación del Factor de Productividad que constituye un elemento para la fijación de las tarifas, no es materia de libre disposición por ser de competencia exclusiva del OSIPTEL, de conformidad con lo dispuesto en el inciso 5 del artículo 77 del Decreto Supremo No. 013-93-TC, en los literales b) y c) del artículo 3 de la Ley No. 27332, y en el artículo 25 literal a) del Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, por lo que no estaríamos en el supuesto de materias arbitrables previsto en el artículo 1 de la LGA.
- c. Que, tanto la Ley de Telecomunicaciones, como la Ley No. 26285 y el Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones, fueron aprobados antes de la suscripción de los contratos-ley que el Estado firmó con la hoy TELEFÓNICA, por lo que, aún cuando en los contratos-ley se incluyan referencias al tema del establecimiento de tarifas, ello no significa que las normas anteriormente indicadas no sean aplicables, y en consecuencia, que no estemos frente a actos administrativos, y como tales impugnables sólo en la vía judicial.
- d. Por lo indicado, el OSIPTEL sostiene que, a través de este mecanismo, TELEFÓNICA pretende evadir el cumplimiento del proceso legalmente establecido para impugnar actos administrativos, lo que ya ha sido materia de pronunciamientos por parte de la Corte Suprema, determinando su improcedencia.
- e. Que, por lo indicado en el punto c. precedente, los contratos-ley no podían contener disposiciones contrarias ni, menos aún, modificar o derogar las establecidas en las normas vigentes al momento de su suscripción, como sería el artículo 2 de la Ley No. 25935 (Ley General de Arbitraje anterior), por lo que el convenio arbitral contenido en el referido contrato, tampoco podía autorizar el sometimiento a este mecanismo de solución de



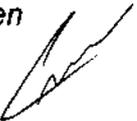
conflictos, para los asuntos que constituyen funciones públicas inherentes al OSIPTEL.

2. Por Resolución No. 3 de fecha 7 de enero del 2002, el Tribunal Arbitral confirió traslado de la Excepción de Incompetencia a TELEFÓNICA por el plazo de cinco (5) días hábiles y se puso en conocimiento del MTCVC, a fin de que expresen lo que corresponde a su derecho. Dicho traslado fue absuelto en término oportuno, habiéndose el MTCVC adherido a la Excepción de Incompetencia deducida, y por su parte, TELEFÓNICA solicitado que ésta sea declarada infundada.
  
3. En cumplimiento de lo dispuesto en el numeral 27 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, mediante Resolución No. 9 de fecha 1 de febrero del 2002, se citó a las partes a Audiencia para el 1 de marzo del 2002, a fin de tratar como primer tema el referido a la competencia del Tribunal Arbitral, momento en el cual el Tribunal *"decidirá si resuelve el tema de forma previa o si reserva la decisión para el momento de emitir el laudo arbitral"*, en estricta observancia de lo dispuesto en el artículo 39 de la LGA y el artículo 21 del Reglamento de UNCITRAL, al que las partes se han sometido de manera expresa en su convenio arbitral.
  
4. Mediante Resolución No. 15 de fecha 13 de marzo del 2002, el Tribunal Arbitral declaró infundada la excepción de incompetencia deducida por el OSIPTEL, sustentando su decisión básicamente en los siguientes fundamentos:
  - a. Que, de acuerdo a lo dispuesto por: *i)* el artículo 76 de la Ley de Telecomunicaciones, *ii)* el literal a) del artículo 8 de la Ley No. 26285, *iii)* el literal e) del artículo 2 de la Ley No. 26285, y, *iv)* el artículo 32 del Decreto Supremo No. 008-2001-PCM, la determinación de las tarifas, si bien obedece a una función pública, es imposible que se realice en base a las normas legales, en tanto la forma de efectuarla y los elementos que se



deben tener en cuenta para tal fin sólo se encuentran previstos en los Contratos de Concesión, es decir, en los contratos-ley.

- b. Que, en consecuencia, lo que se discute en sede arbitral en este caso, es un conflicto derivado de la aplicación de las disposiciones contractuales que regulan el régimen de tarifas y más precisamente la determinación del Factor de Productividad, por lo cual, al provenir la controversia de fuentes contractuales y no normativas, ésta se encuentra sometida al convenio arbitral.
- c. Que, lo expuesto en los puntos precedentes se encuentra corroborado con la naturaleza misma de los contratos-ley, en los que el Estado renuncia a su *ius imperium*, para los temas específicamente pactados en la medida que el ordenamiento jurídico lo permita, y, en consecuencia, acepta darle a esta relación de derecho público la calidad de un contrato privado.
- d. Que, el artículo 39 del Decreto Legislativo No. 757, que otorga a los Convenios de Estabilidad Jurídica la calidad de contratos-leyes, dispone que no pueden ser dejados sin efecto unilateralmente por el Estado y "(...) *tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes*", por lo que todo el contenido de los contratos-ley, es sometido de iure al ámbito privado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 62 de la Constitución Política.
- e. Que, al tener por tanto un contrato-ley naturaleza de contrato privado, es de aplicación lo dispuesto en el último párrafo del artículo 63 de la Constitución Política, el cual dispone que "*el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual (...) a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley*".



- f. Que, de acuerdo a lo expresamente establecido en el convenio arbitral contenido en los contratos-ley de Concesión materia del presente arbitraje, cualquier controversia que surja de o en conexión con dichos contratos, su interpretación o ejecución, será sometida a arbitraje.
- g. Que, el propio OSIPTEL al momento de emitir la Resolución de Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTEL, mediante la cual fijó el Factor de Productividad, reconoce que dicha fijación debe realizarse de conformidad con los Contratos de Concesión.
- h. Que, habiendo mediado autorización de las partes para tener acceso a los antecedentes de este proceso, el Tribunal advirtió que un proceso arbitral seguido entre las mismas partes, referido a la metodología contable que debía aplicar TELEFÓNICA de conformidad a los Contratos de Concesión, culminó con un laudo arbitral que recogió la transacción a la que arribaron las partes en aplicación del artículo 41 de la LGA, lo que implica un reconocimiento de la competencia del Tribunal Arbitral para resolver conflictos derivados de los Contratos de Concesión, ya que de lo contrario, a dicha transacción no se le habría reconocido eficacia equivalente a una cosa juzgada, al considerarla como un Laudo Arbitral.

**VI. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO Y CONCILIACIÓN DE FECHA 1 DE MARZO DEL 2002.**

Con fecha 1 de marzo del 2002, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento y Conciliación, en la cual los abogados de las partes y del MTCVC informaron oralmente respecto de la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral deducida por el OSIPTEL en su escrito No. 2 presentado con fecha 28 de diciembre del 2001, concediéndose el derecho de réplica y dúplica


correspondiente, procediendo a continuación los árbitros a plantear preguntas a los abogados de las partes.

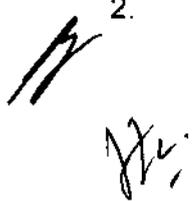
Posteriormente, el Tribunal Arbitral informó a las partes que la Audiencia sería suspendida a efectos de resolver la excepción de incompetencia como cuestión previa, y no al momento de expedir el Laudo, fijando el día 13 de marzo del 2002 como plazo máximo para emitir la resolución correspondiente.

Sin perjuicio de ello, se invocó a las partes a fin de que busquen e intenten encontrar una fórmula conciliatoria que ponga fin a sus controversias.

**VII. CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS DE FECHA 13 DE MARZO DEL 2002.**

Con fecha 13 de marzo del 2002, se llevó a cabo la continuación de la Audiencia de Saneamiento y Conciliación con la presencia de ambas partes, en la que se realizaron los siguientes actos:

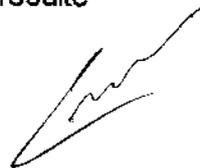
1. El Tribunal Arbitral invocó a las partes a una conciliación, habiendo las partes manifestado la posibilidad de explorar diferentes vías de solución de las pretensiones sobre el Instructivo para el ajuste de tarifas de los servicios públicos de Telecomunicaciones de Categoría I, en aplicación del régimen de tarifas tope, y se comprometieron con el Tribunal Arbitral en desarrollar acciones encaminadas a dicho fin. Asimismo, el Tribunal Arbitral, de conformidad con el Reglamento de UNCITRAL y las reglas del presente proceso arbitral, dejó abierta la posibilidad de desarrollar Audiencias especiales para estos efectos, sea a pedido de parte o de oficio.
2. Se fijaron los siguientes puntos controvertidos:



a. Respecto de la Primera Pretensión Principal, establecer si la Resolución del Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad total y no es oponible a TELEFÓNICA por:

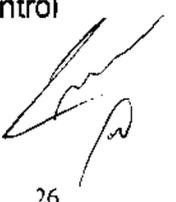
- Haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA información suficiente para que ésta pudiera replicar la metodología utilizada por el regulador para calcular el Factor de Productividad.
- Haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA plazo alguno para que ésta pudiera formular comentarios u objeciones respecto de aquellos criterios en base a los cuales el regulador procedió a recalcular el costo del patrimonio que inicialmente había utilizado en la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL.
- Haber utilizado el número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil, distorsionando el cálculo del Factor de Productividad aplicable a los servicios de Categoría I.
- Haber dispuesto la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular", así como a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I.
- Haber utilizado una metodología para calcular el costo del patrimonio de TELEFÓNICA que no se ajusta a los estándares internacionalmente establecidos.

b. Respecto de la Segunda Pretensión Principal, así como la subordinada a ésta, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, el Factor de Productividad aplicable a los Servicios de Categoría I que presta TELEFÓNICA asciende a -3,38% o su equivalente trimestral, o que subordinadamente se fije el Factor de Productividad de un modo que resulte consistente con los Contratos de Concesión.



- c. Respecto de la Tercera Pretensión Principal, establecer si la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y no resulta oponible a TELEFÓNICA al aplicar fórmulas de tarifa tope directamente a los planes tarifarios que comercializa TELEFÓNICA, y en cuanto aplica la fórmula de tarifas tope directamente al paquete de servicios denominado comercialmente "Teléfono Popular".
- d. Respecto de la Cuarta Pretensión Principal, establecer si la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y no resulta oponible a TELEFÓNICA, en cuanto establece que, en ningún caso, luego de aplicar reducciones tarifarias mayores a las exigidas por aplicación de la fórmula de tarifas tope, podrá la tarifa tope promedio ponderada para una canasta ser superior a la tarifa tope promedio ponderada que se habría obtenido para el trimestre de que se trate de haberse aplicado estrictamente el Factor de Control previsto en los Contratos de Concesión en todos los ajustes trimestrales; y, en cuanto determina que, en ningún caso, luego de considerar la aplicación de los adelantos tarifarios solicitados por la empresa concesionaria, el ajuste solicitado podrá ser igual o mayor a la inflación considerada en la fórmula establecida en los Contratos de Concesión para fines de estimación del Factor de Control.
- e. Respecto de la Quinta Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes o paquetes tarifarios deben desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondientes.
- f. Respecto de la Sexta Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, no es posible aplicar el Factor de Control

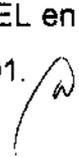
  
JTC



directamente al paquete tarifario denominado "Teléfono Popular" o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro.

- g. Respecto de la Sétima Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, las tarifas de partida para la aplicación de la fórmula de tarifas tope vigentes desde el 1 de setiembre del 2001 (en el Acta se consignó por error el año 2002) son las tarifas tope vigentes al 31 de agosto del 2001, conforme tales tarifas quedaron establecidas en las addendas a los Contratos de Concesión.
- h. Respecto de la Octava Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, TELEFÓNICA tiene derecho a que se reconozca en su favor, en los periodos trimestrales posteriores a aquel en que reduzca la tarifa promedio ponderada correspondiente a una canasta de servicios por debajo de los niveles requeridos por aplicación de la fórmula de tarifas tope, dicha mayor reducción a título de "adelanto tarifario", sin restricciones de ninguna especie.
- i. Respecto de la Novena Pretensión Principal, establecer si TELEFÓNICA tiene el derecho a recuperar, en los trimestres posteriores a la emisión del laudo arbitral que recaiga en el presente proceso, los efectos económicos adversos que ha debido soportar por efecto de la determinación del Factor de Productividad efectuada por el OSIPTEL, y si debe autorizarse a TELEFÓNICA para que reajuste las tarifas tope promedio ponderadas por cada canasta de conformidad con el nuevo Factor de Productividad que se defina como resultado del presente proceso.

- 3. El Tribunal Arbitral, admitió en calidad de medios de prueba todos los documentos ofrecidos por TELEFÓNICA en su escrito de demanda de fecha 29 de noviembre del 2001, así como los ofrecidos por el OSIPTEL en su escrito de contestación de la demanda de fecha 25 de diciembre del 2001.


Asimismo, el Tribunal Arbitral admitió las pericias ofrecidas por TELEFÓNICA en su escrito de demanda, referidas a la determinación del costo del patrimonio de TELEFÓNICA, y a las discrepancias en la metodología empleada para determinar el Factor de Productividad aplicable a TELEFÓNICA.

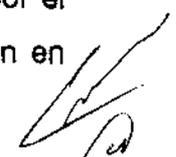
Para efectos de las pericias antes indicadas, el Tribunal Arbitral dispuso que una vez designados los peritos se citará a las partes a una Audiencia especial, en la que de común acuerdo, se determinará el contenido y procedimiento específico de la pericia, plazos, etc.

4. Seguidamente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente, de considerarlo pertinente, la actuación de cualquier medio probatorio de oficio, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento de UNCITRAL, la LGA y el Acta de Instalación.
5. Finalmente, el Tribunal Arbitral procedió a fijar en ciento veinte (120) días la etapa de actuación de pruebas, acordando las partes que el Tribunal Arbitral podría ampliar esta etapa discrecionalmente por el plazo que considere conveniente para la debida actuación de los medios probatorios.

#### **VIII. AUDIENCIA ESPECIAL DE FECHA 7 DE MAYO DEL 2002.**

Con fecha 7 de mayo del 2002 se dio inicio a esta Audiencia Especial, en aplicación de lo establecido en el cuarto numeral de la parte resolutive de la Resolución No. 19 de fecha 8 de abril del 2002 y en cumplimiento de lo establecido en el acápite III) del punto 4 del Acta del 13 de marzo del 2002.

Luego de conocida la solicitud de postergación de audiencia presentada por el OSIPTEL por escrito de fecha 7 de mayo del 2002, las partes convinieron en


postergar la realización de la presente Audiencia, y accediendo a ello, el Tribunal Arbitral procedió a suspender la misma hasta el día 19 de junio del 2002.

Las partes dejaron constancia de la necesidad de llevar a cabo conversaciones respecto de los temas de telefonía móvil y el rendimiento patrimonial, por lo que procederían a reunirse a fin de discutir y de ser el caso, arribar a criterios comunes respecto de los peritajes admitidos por el Tribunal Arbitral.

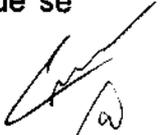
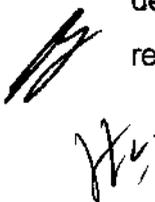
Cabe indicar que, por Resolución No. 26 de fecha 19 de junio del 2002, fecha fijada para la continuación de la Audiencia, atendiendo a un pedido expreso de ambas partes, se dejó sin efecto la citación a la Audiencia señalada para ese día, procediendo a citar a las partes para la reanudación de la Audiencia Especial para el 1 de julio del 2002.

**IX. CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA ESPECIAL DEL 1 DE JULIO DEL 2002.**

Las partes pusieron en conocimiento del Tribunal Arbitral los acuerdos a que llegaron, contenidos en el Acta de Reunión de fecha 14 de junio del 2002, que estaba pendiente de formalización por parte de los representantes autorizados por TELEFÓNICA para dicho fin.

El Tribunal Arbitral dispuso lo siguiente: *i)* Que la firma Christensen elabore un "Informe Técnico Ampliatorio" a efectos de que construya una fórmula para estimar el crecimiento de la PTF en función a variaciones en el costo de capital de TdP y, *ii)* otorgar a TELEFÓNICA un plazo de tres (3) días hábiles para formalizar el Acta adjunta.

Una vez presentado el Informe referido en el párrafo precedente, el Tribunal decidió citar a los representantes de Christensen y de las partes para que se realice una Audiencia de Sustentación del Informe (Audiencia de Pruebas).



Respecto al segundo peritaje ofrecido, referido a la determinación del costo de patrimonio, las partes señalaron que aún no existía ningún acuerdo respecto de la designación del perito ni del cuestionario, por lo que el Tribunal determinó el procedimiento por el que debía solucionarse este tema.

**X. CONTINUACIÓN DE AUDIENCIA ESPECIAL DEL 8 DE JULIO DEL 2002.**

Las partes manifestaron no haber llegado a un acuerdo respecto de la designación del perito, así como sobre las preguntas respectivas, por lo que TELEFÓNICA propuso que el Tribunal Arbitral designe al perito que resolverá el cuestionario que ella le someterá a consulta.

Posteriormente, se dispuso que cada parte presente un peritaje de parte acerca de la determinación del costo del patrimonio de TELEFÓNICA, y que para el día 19 de julio presenten el nombre de su perito, procediendo el OSIPTEL a solicitar que se autorizara a cada parte a ofrecer y actuar su respectivo peritaje de parte.

El Tribunal Arbitral a efectos de mantener la igualdad entre las partes, dispuso lo siguiente: i) Que cada parte presente un peritaje de parte acerca de la determinación del costo del patrimonio de TELEFÓNICA, y ii) Que las partes debían presentar el nombre de su perito, el cuestionario respectivo, y el plazo razonable dentro del cual será presentado, reservándose el Tribunal el derecho a reducir dicho plazo de no considerarlo razonable.

Las partes y los árbitros acordaron que el OSIPTEL y TELEFÓNICA se comuniquen conjuntamente con la firma Christensen en el plazo máximo de dos (2) días, a efectos de definir plazos, costos y demás necesarios para que se ejecute el informe denominado "Informe Técnico Ampliatorio", debiéndolo poner en conocimiento del Tribunal Arbitral.

Finalmente, se fijó el día 5 de agosto del 2002 como fecha para la primera Audiencia a efectos de que las partes ilustren al Tribunal acerca de los alcances de los puntos controvertidos, específicamente el signado con el punto 3.3. del Acta de Continuación de Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 13 de marzo del 2002.

#### **XI. AUDIENCIA DEL 5 DE AGOSTO DEL 2002.**

En esta audiencia, atendiendo a los escritos presentados por las partes, se tuvieron por designados a los siguientes peritos: *i)* para la pericia ofrecida por TELEFÓNICA, a Pablo Fernández, Ph.D. en Finanzas y don José Manuel Campa, Ph.D. en Economía, *ii)* para la pericia ofrecida por el OSIPTEL, a los doctores Aswath Damodaran y Jaime Sabal, expertos internacionales en finanzas.

Se emitió la Resolución No. 35, mediante la cual se tuvo por desistida a TELEFÓNICA de la pericia ofrecida en el numeral i, del rubro "Prueba Pericial" de su escrito de demanda y de la intervención de NERA como perito, sobre el tema de servicios móviles. Asimismo, se dispuso que Christensen presente el Informe Técnico Ampliatorio acordado en la Audiencia Especial del 1 de julio del 2002, para el día 13 de setiembre del 2002.

El Tribunal Arbitral procedió a hacer suyos los acuerdos tomados por las partes en la presente Audiencia, sobre las actividades necesarias para la actuación de los medios probatorios, los mismos que constan en el Acta respectiva.

Seguidamente, el representante de TELEFÓNICA, hizo uso de la palabra a fin de exponer su posición respecto al punto controvertido signado como numeral 3.3 del Acta de Continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 13 de marzo del 2002, y culminada su exposición se realizaron las preguntas pertinentes por la otra parte y por el

Tribunal Arbitral. De la misma manera, el representante del OSIPTEL, efectuó su respectivo informe, luego del cual se le hicieron las preguntas pertinentes.

Tras producirse un amplio debate entre las partes, y atendiendo a la necesidad de agotarlo, se suspendió la Audiencia para ser retomada el 14 de agosto del 2002 en la que una vez concluido el debate, se iniciaría el informe sobre el numeral 3.6 de los puntos controvertidos del Acta de Continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

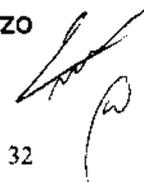
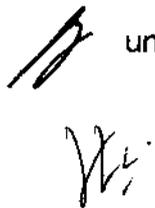
Finalmente, las partes acordaron que en la Audiencia a realizarse el 14 de agosto del 2002, propondrían un cronograma al Tribunal Arbitral para continuar con las Audiencias Especiales a fin de tratar los puntos controvertidos de los numerales 3.3 al 3.8 del Acta de Continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos.

## **XII. AUDIENCIA DEL 14 DE AGOSTO DEL 2002.**

Se procedió, entre otros temas, a fijar el cronograma de: *i)* la realización de las audiencias respecto de los puntos controvertidos, *ii)* la sustentación de la pericia sobre el Costo del Patrimonio a cargo de Christensen, *iii)* la realización de la Audiencia de Sustentación Pericial sobre Costo de Patrimonio.

Posteriormente, los representantes de las partes procedieron a exponer sus posiciones respecto de los puntos controvertidos signados como numerales 3.3 y 3.6 del Acta de Continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, y el Tribunal Arbitral así como los representantes de las partes formularon las preguntas respectivas.

Luego de un amplio debate respecto de los puntos controvertidos en cuestión, el Tribunal Arbitral advirtió la existencia de posiciones cercanas que harían posible una conciliación sobre los mismos, e invocó a las partes a agotar todo esfuerzo



en aras de una conciliación que implique una solución directa a los referidos puntos controvertidos, poniéndose a su disposición a efectos de desarrollar audiencias exclusivamente para lograr ese fin.

Asimismo, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de las partes la necesidad de ampliar el plazo de la etapa probatoria por sesenta (60) días hábiles contados a partir de la conclusión del plazo anterior.

Las partes convinieron con el Tribunal en la presentación de un resumen de las exposiciones realizadas en esta Audiencia y en las que se realicen con posterioridad.

### **XIII. AUDIENCIA DEL 21 DE AGOSTO DEL 2002.**

Los representantes de las partes tuvieron el uso de la palabra a efectos de exponer sus posiciones respecto a los puntos controvertidos Nos. 3.5 y 3.7 del Acta de Continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. Concluidas las exposiciones, se le otorgó el derecho de réplica y dúplica a las partes.

Luego de un amplio debate, se efectuaron las preguntas que se consideraron pertinentes, tanto por las partes como por los miembros del Tribunal Arbitral.

Finalmente, el Tribunal solicitó a las partes la entrega de los resúmenes de sus posiciones, sobre los puntos controvertidos 3.3, 3.5, 3.6 y 3.7. Asimismo, se ratificó en ese acto la citación a la audiencia para el día 9 de setiembre del 2002.

### **XIV. AUDIENCIA DEL 9 DE SETIEMBRE DEL 2002.**

Atendiendo a un pedido formulado por el OSIPTEL, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución No. 35 prorrogando el plazo para la presentación del informe pericial

respecto al Costo de Patrimonio, fijando como fecha de vencimiento para su presentación, el día 23 de septiembre del 2002.

Seguidamente, se fijó como fecha para la realización de la Audiencia de sustentación de Informe Oral de Christensen para el día 4 de octubre del 2002 en las instalaciones de la oficina central de TELEFÓNICA.

Acto seguido, los representantes de las partes procedieron a exponer sus posiciones respecto de los puntos controvertidos Nos. 3.4 y 3.8 del Acta de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos del 13 de marzo del 2002. Concluidas las exposiciones, el Tribunal Arbitral y las partes procedieron a realizar las preguntas pertinentes.

Antes de concluir la Audiencia, el Presidente del Tribunal reiteró a nombre del mismo, las invocaciones hechas en audiencias anteriores para conciliar aspectos de la controversia que las audiencias precedentes habían demostrado posibles. Las partes manifestaron su interés de considerar en positivo dicha invocación.

#### **XV. AUDIENCIA DEL 16 DE SEPTIEMBRE DEL 2002.**

Los representantes de TELEFÓNICA y el OSIPTEL expusieron sus posiciones respecto del punto controvertido contenido en el numeral 3.9 del Acta de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos del 13 de marzo del 2002. Concluidas las exposiciones, el Tribunal Arbitral y las partes procedieron a realizar las preguntas pertinentes.

Finalmente, el Presidente del Tribunal Arbitral le otorgó el uso de la palabra a los abogados de las partes, a efectos de que presenten un resumen y las conclusiones de sus exposiciones; con lo que quedó concluida la audiencia.


**XVI. AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN DE INFORME ORAL DEL 4 DE OCTUBRE DEL 2002.**

A efectos de sustentar el Informe Pericial preparado por Christensen, sus representantes, señores Mark Meitzen y Phil Schoech, lo hicieron conectados vía teleconferencia, a efectos de absolver las preguntas que formulen las partes.

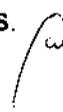
De esta manera, se le otorgó el uso de la palabra a los abogados de ambas partes, empezando el abogado de TELEFÓNICA y luego el abogado del OSIPTEL. Seguidamente, en el mismo orden y por el mismo tiempo se les otorgó el derecho a los abogados de ambas partes para que efectúen las repreguntas que consideraran pertinentes. Los representantes de Christensen absolvieron una a una las preguntas de las partes.

Finalmente, se otorgó a los abogados de las partes el uso de la palabra a fin de que efectúen las preguntas finales.

**XVII. SUSPENSIÓN DEL PROCESO.**

Mediante escrito No. 22 presentado con fecha 24 de octubre del 2002, el OSIPTEL y TELEFÓNICA solicitaron la suspensión del presente proceso arbitral hasta que las partes comuniquen su reanudación, de conformidad con lo establecido en el numeral 38 del Acta de Instalación, así como en el artículo 43 de la LGA.

Luego de que el Tribunal requiriera a las partes a fin de que establezcan el plazo de suspensión del presente proceso mediante Resolución No. 48 de fecha 29 de octubre del 2002, por escrito No. 23 presentado con fecha 5 de noviembre del 2002, las partes conjuntamente establecieron que la suspensión del proceso debía ser por un plazo de 90 días.



Mediante Resolución No. 49 de fecha 6 de noviembre del 2002, el Tribunal Arbitral dispuso la suspensión del presente proceso arbitral por el plazo de 90 días, computados desde la fecha de notificación de dicha resolución.

Por Resolución No. 50 de fecha 18 de marzo del 2003, el Tribunal Arbitral levantó la suspensión del proceso arbitral.

#### **XVIII. AUDIENCIA DEL 27 DE MARZO DEL 2003.**

Las partes y los miembros del Tribunal Arbitral, luego de un amplio intercambio de ideas sobre la reanudación del presente proceso arbitral, acordaron que éstas presentaran conjuntamente un Plan de Trabajo con un cronograma, a fin de estructurar debidamente la prosecución de la tramitación del proceso.

#### **XIX. DESISTIMIENTO DE LA NOVENA PRETENSIÓN PRINCIPAL PROPUESTA POR TELEFÓNICA EN SU ESCRITO DE DEMANDA.**

Por escrito de fecha 27 de mayo del 2003, TELEFÓNICA se desistió de la Novena Pretensión Principal contenida en su escrito de demanda, referida a que el Tribunal declare que TELEFÓNICA tiene derecho a recuperar, en los trimestres posteriores a la emisión del laudo arbitral que recaiga en el presente proceso, los efectos económicos adversos que ha debido soportar por efecto de la inadecuada determinación del Factor de Productividad efectuada por el OSIPTEL, autorizándole en consecuencia a reajustar las tarifas tope promedio ponderadas por cada canasta de conformidad con el nuevo Factor de Productividad que se defina como resultado del presente proceso.

Mediante Resolución No. 59 de fecha 13 de junio del 2003, el Tribunal Arbitral tuvo por desistida a TELEFÓNICA de su Novena Pretensión Principal.

**XX. AUDIENCIA EXTRAORDINARIA DEL 24 DE JUNIO DEL 2003.**

Las partes informaron al Tribunal Arbitral acerca de los esfuerzos y alcances conciliatorios que tuvieron durante el periodo de trato directo, manifestando que pese al ánimo imperante no fue posible arribar a un acuerdo conciliatorio, por lo que ambas solicitan la reanudación del presente proceso arbitral.

El Presidente del Tribunal Arbitral manifestó la intención de determinar un cronograma de actuaciones a fin de proceder a la actuación de la prueba pendiente de actuación. De esta forma, las partes acordaron presentar dentro de los siguientes 5 días hábiles una propuesta sobre fechas probables para la actuación de la prueba pericial sobre el Costo de Patrimonio, atendiendo a que la fijada para el día 8 de noviembre del 2002 quedó suspendida por acuerdo de éstas.

El Tribunal Arbitral y las partes acordaron que, atendiendo al largo período de suspensión del proceso, debían realizarse audiencias a fin de revisar el estado procesal de cada una de las pretensiones, procediendo a determinar un cronograma para estos efectos.

Asimismo, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de fijar Audiencias para el tratamiento de la Primera y Segunda Pretensión Principal de la demanda una vez que se lleve a cabo la Audiencia sobre el Costo del Patrimonio, así como para fijar cualquier otra que considere necesario para ilustrarse debidamente.

Finalmente, las partes ratificaron expresamente su aceptación a la ampliación del plazo de la etapa probatoria establecido en la Resolución No. 57 de fecha 8 de mayo del 2003, acordando con el Tribunal Arbitral que este plazo vencería el 4 de agosto de 2003.




**XXI. AUDIENCIA EXTRAORDINARIA DEL 4 DE JULIO DEL 2003.**

Esta Audiencia no pudo iniciarse debido a un problema técnico con las ayudas audiovisuales, por lo que las partes y el Tribunal acordaron en suspenderla y correr el cronograma de sesiones.

El Tribunal Arbitral emitió la Resolución No. 62 citando a las partes a la Audiencia de Pruebas para el día 8 de agosto del 2003, la que se llevaría a cabo en el local institucional del OSIPTEL.

**XXII. AUDIENCIA EXTRAORDINARIA DEL 8 DE JULIO DEL 2003.**

De acuerdo a lo programado, en esta audiencia ambas partes debían exponer sus posiciones respecto a la Cuarta y Octava Pretensión Principal de TELEFÓNICA.

Primero hizo uso de la palabra el abogado de TELEFÓNICA y a continuación el abogado del OSIPTEL, procediéndose luego a suspender la audiencia, acordándose que en la siguiente sesión se efectuarían la réplica y dúplica a que tienen derecho las partes, así como las preguntas del Tribunal, sin perjuicio de que también se traten los puntos programados para la siguiente sesión.

Atendiendo a que el plazo probatorio se encontraba próximo a vencer y que aún restaban algunas actuaciones probatorias, el Tribunal dispuso, con la anuencia de las partes, la ampliación de dicho plazo por veinte (20) días hábiles.

**XXIII. AUDIENCIA DE PRUEBAS DEL 8 DE AGOSTO DEL 2003.**

Se inició con la sustentación, del Informe Pericial, vía Tele Conferencia, por parte del doctor Jaime Sabal. Dicho informe se hizo conjuntamente con el doctor

Aswath Damodaran, presentado por el OSIPTEL mediante su escrito No. 18 con fecha 23 de setiembre del 2002.

Una vez sustentado el informe mencionado en el párrafo precedente, se otorgó el uso de la palabra al abogado de TELEFÓNICA a fin de que efectúe sus preguntas, lo mismo hizo el señor Andrés Simona. Asimismo, se otorgó el uso de la palabra al representante del OSIPTEL para que realice sus preguntas al perito. Finalmente, el Tribunal Arbitral formuló las preguntas que consideró pertinentes.

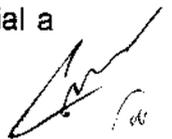
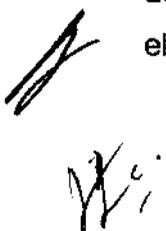
Finalmente, las partes y el Tribunal acordaron llevar a cabo una Audiencia Extraordinaria el día 19 de agosto del 2003, a fin de que se presenten las posiciones respecto a la Tercera, Quinta y Sexta Pretensión Principal de la demanda.

#### **XXIV. AUDIENCIA EXTRAORDINARIA DEL 19 DE AGOSTO DEL 2003.**

En esta Audiencia el Tribunal Arbitral otorgó a las partes el uso de la palabra a fin de que expresen sus posiciones respecto de la Tercera, Quinta y Sexta Pretensión Principal de la demanda. Seguidamente, el Tribunal Arbitral facultó a las partes a efectuar réplica y dúplica, procediendo el Tribunal a efectuar las preguntas que consideró pertinentes.

Posteriormente, el Tribunal emitió las Resoluciones Nos. 67, 68 y 69, disponiendo en la primera, que se realice nuevamente la sustentación del Informe Pericial efectuado por Christensen, al haber sido extraviado por TELEFÓNICA el video de la Audiencia llevada a cabo con fecha 4 de octubre del 2002.

Luego, las partes acordaron con el Tribunal en ampliar la etapa probatoria hasta el día 31 de octubre del 2003. Asimismo, se acordó que el Informe Pericial a



cargo de los señores Pablo Fernández y José Manuel Campa se lleve a cabo el día 12 de setiembre del 2003.

**XXV. AUDIENCIA DE PRUEBAS DEL 25 DE SETIEMBRE DEL 2003.**

En esta Audiencia los representantes de Christensen, señores Mark E. Meitzen y Philip E. Schoech, sustentaron nuevamente su informe.

Luego de la exposición, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a los representantes de TELEFÓNICA para que efectúen sus preguntas a los señores de Christensen, y de la misma manera lo hizo el OSIPTEL. Posteriormente, se realizó una segunda ronda de preguntas en el mismo orden.

**XXVI. AUDIENCIA ESPECIAL DE FECHA 7 DE OCTUBRE DEL 2003.**

En esta Audiencia se otorgó el uso de la palabra al señor Sergio Bravo Orellana, representante de ESAN, a fin de que realice un resumen del informe de ESAN.

Seguidamente, el Tribunal Arbitral cedió a ambas partes el uso de la palabra para que efectúen preguntas al señor Bravo.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral facultó a las partes a efectuar una segunda ronda de preguntas a efectos de que planteen sus interrogantes, luego de lo cual, los miembros del Tribunal Arbitral formularon las preguntas que consideraron pertinentes, las mismas que fueron absueltas oportunamente.

**XXVII. AUDIENCIA EXTRAORDINARIA DEL 29 DE OCTUBRE DEL 2003.**

En esta Audiencia, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a las partes para que expongan sus posiciones respecto a los puntos 1 y 2 de la demanda.


Luego de que el Tribunal emitiera las Resoluciones Nos. 77 y 78, se suspendió la audiencia para ser continuada el día 5 de noviembre del 2003, a fin de que las partes realicen réplica y dúplica y el Tribunal efectúe las preguntas que considerara pertinentes. Asimismo, se dispuso prorrogar el plazo probatorio hasta el día 5 de noviembre del 2003, el mismo que posteriormente, mediante Resolución No. 79 de fecha 30 de octubre del 2003, se prorrogó nuevamente hasta el día 6 de noviembre del 2003.

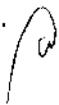
**XXVIII. AUDIENCIA EXTRAORDINARIA DEL 6 DE NOVIEMBRE DEL 2003.**

En esta Audiencia se procedió a continuar con la réplica y dúplica respecto a las posiciones de las partes referidas a los puntos 1 y 2 de la demanda. Luego de ello, el Tribunal efectuó las preguntas que consideró pertinentes.

Finalizadas las exposiciones de las partes así como las preguntas efectuadas por los árbitros, el Presidente del Tribunal Arbitral consultó a las partes si tenían más pruebas que ofrecer o testigos que presentar o exposiciones que hacer para efectos que se evalúe la pertinencia de llamar de oficio estos medios probatorios o de escuchar las requeridas exposiciones o, en su defecto, declarar cerrada la etapa probatoria.

Posteriormente, el Tribunal Arbitral procedió a emitir la Resolución No. 80, mediante la cual resolvió lo siguiente: *i)* declaró cerrada la etapa de actuación de medios probatorios, *ii)* otorgó a las partes un plazo de cinco días hábiles para que presenten sus alegatos por escrito, y *iii)* citó a las partes a Audiencia de Informe Oral para el día 27 de noviembre del 2003.

Cabe destacar que ambas partes presentaron en término oportuno sus alegatos escritos, insistiendo cada una en su posición desarrollada a lo largo de este proceso arbitral.



**XXIX. AUDIENCIA DE INFORME ORAL DEL 27 DE NOVIEMBRE DEL 2003.**

En esta Audiencia se otorgó el uso de la palabra al abogado de TELEFÓNICA, doctor José Juan Haro a fin de que exponga su alegato. Posteriormente, hicieron uso de la palabra los representantes y abogados del OSIPTEL, en el siguiente orden: la señora Liliana Ruiz, el señor Paul Phumpiu y el doctor Gerardo Soto.

Luego de las exposiciones de cada una de las partes, el Tribunal Arbitral facultó a las mismas a fin de que realicen réplica y dúplica, procediendo el Tribunal a efectuar las preguntas que consideró pertinentes.

Se procedió a declarar que el proceso arbitral se encontraba en estado de laudarse, ratificando los miembros del Tribunal Arbitral en dicho acto que el Laudo Arbitral sería expedido de conformidad con lo dispuesto en el numeral 45 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

Mediante Resolución No. 86 de 9 de febrero de 2004, el Tribunal Arbitral dispuso la suspensión del proceso arbitral, ya que se encontraba pendiente de pago, pese a los requerimientos respectivos, la totalidad del anticipo de los honorarios del Tribunal Arbitral.

Habiéndose dado cumplimiento al pago pendiente, mediante Resolución No. 87 de 17 de febrero de 2004, se dispuso levantar la suspensión y reabrir el proceso arbitral en el estado que se encontraba, desde el día siguiente de notificada dicha resolución. Además, se dispuso ampliar el plazo para laudar por treinta (30) días hábiles adicionales, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 45 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. Seguidamente, a efectos de evitar dudas acerca del plazo para laudar debido a la suspensión del proceso arbitral, mediante Resolución No. 88 de 23 de febrero de 2004, se precisó que el plazo para laudar vencía el 16 de abril de 2004, sin perjuicio de la facultad del Tribunal Arbitral de ampliarlo por una última vez, conforme a

lo dispuesto en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. Las partes en momento alguno han objetado el contenido de esta resolución.

Por último, mediante Resolución No. 89 de 13 de abril de 2004, el Tribunal Arbitral dispuso prorrogar el plazo para laudo por quince (15) días adicionales, según lo dispuesto en el numeral 45 del Acta de Instalación, con vencimiento el 7 de mayo de 2004.

Estando cumplidas por las partes la obligación de pago de los honorarios arbitrales y costos administrativos de EL CENTRO, en este acto el Tribunal Arbitral procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo fijado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

## **Y CONSIDERANDO:**

### **I. CUESTIONES PRELIMINARES**

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que, este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Reglamento de UNCITRAL al que las partes se sometieron de manera incondicional; (ii) que, en momento alguno se recusó a algún miembro del Tribunal Arbitral y se alegó algún supuesto de falta de imparcialidad o independencia; (iii) que, este Tribunal Arbitral ha observado plenamente las disposiciones del procedimiento arbitral dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, no habiendo las partes en momento alguno alegado, reclamado o impugnado contra ellas o contra las resoluciones expedidas por el Tribunal Arbitral; (iv) que, TELEFÓNICA presentó su demanda dentro del plazo dispuesto en el Acta de Instalación; (v) que, OSIPTEL fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (vi) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vii) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudo dentro del plazo dispuesto en el Acta de Instalación, el que en momento alguno ha sido impugnado, observado o reclamado

por alguna de las partes. Es más, el plazo para laudar ha sido fijado por este Tribunal Arbitral en cumplimiento expreso de sus competencias establecidas en el Reglamento de UNCITRAL al que las partes se sometieron de manera incondicional.

## **II. LOS HECHOS PRINCIPALES QUE HAN DADO LUGAR A LA CONTROVERSIA**

Con fecha 1 de junio de 2001, el Consejo Directivo de OSIPTEL aprobó la Resolución N° 023-2001-CD/OSIPTEL que dispuso publicar en el diario oficial El Peruano el Proyecto de Resolución que establecería el valor del Factor de Productividad Trimestral aplicable para el período 2001-2004 dentro del denominado sistema de fórmula de tarifas tope regulado por los Contratos de Concesión con CPT y con ENTEL que vinculan actualmente a TELEFÓNICA con el Estado peruano (en adelante denominados conjuntamente "CONTRATOS DE CONCESIÓN"). En dicho Proyecto, OSIPTEL anunció su pretensión de establecer un Factor de Productividad Trimestral de - 0,0138 (- 5,39 anual). El plazo para la formulación de comentarios originalmente establecido en veinte (20) días calendarios, fue posteriormente extendido hasta el 13 de julio de 2001.

Con fecha 22 de junio de 2001, TELEFÓNICA presentó ante OSIPTEL la comunicación No. GGR-107-A-389-01, por medio de la cual formuló comentarios y observaciones al Proyecto de Resolución antes aludido. En dicho documento, TELEFÓNICA alegó que la medición de la producción de la telefonía móvil y la especificación del factor de productividad eran erróneas y conducían a una sobrestimación de la X del régimen de precios tope. TELEFÓNICA indicó, además, que la información que había recibido de OSIPTEL y de Christensen como consultor contratado por dicha entidad era insuficiente para replicar el cálculo realizado y para analizar el impacto de los distintos supuestos empleados.



De acuerdo con lo establecido en la Resolución N° 023-2001-CD/OSIPTTEL, el 28 de junio de 2001 se llevó a cabo una Audiencia Pública, en la que participaron, además de la propia TELEFÓNICA, diversas entidades y personas interesadas en el proceso de determinación del factor de productividad.

Con fecha 23 de julio de 2001, el Consejo Directivo de OSIPTTEL aprobó la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTTEL que fijó en  $-0,01535$  (equivalente a  $-6,00\%$  anual) el Factor de Productividad Trimestral aplicable a partir del 1 de setiembre de 2001 a la regulación tarifaria de los denominados servicios de Categoría I. El numeral VI. de la Exposición de Motivos adjunta a la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTTEL explicó que el incremento en el valor del Factor de Productividad originalmente propuesto se debía, entre otros factores, al efecto de incorporar el valor de  $12.2\%$  como costo de patrimonio en US dólares para cada uno de los años del período 1995-2000, en lugar del valor de  $19.56\%$  que se había propuesto originalmente para estimar el Factor de Productividad en la Resolución N° 023-2001-CD/OSIPTTEL. La Exposición de Motivos indicó, además, que el nuevo valor del costo de patrimonio de Telefónica había sido estimado por ESAN.

Con fecha 24 de julio de 2001, TELEFÓNICA presentó ante el OSIPTTEL la comunicación No. GGR-107-A-473-01, por medio de la cual manifestó su posición en el sentido de que la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTTEL violaba diversos dispositivos de la legislación vigente y solicitó a OSIPTTEL que cumpliera con entregarle la Exposición de Motivos que contuviera el nuevo estudio del Factor de Productividad, el Documento de Trabajo que respaldaba el cálculo del Factor de Productividad, así como el estudio elaborado por ESAN para calcular el costo de capital promedio de TELEFÓNICA, el mismo que según señalaba en la comunicación, no había sido previamente puesto en conocimiento de TELEFÓNICA.

Mediante Carta Notarial No. C.332-SG/2001 de fecha 27 de julio de 2001, OSIPTTEL dio respuesta a la solicitud formulada por TELEFÓNICA, haciendo llegar a dicha empresa una copia debidamente fedateada del denominado "Estudio de la Escuela

Superior de Administración de Negocios" (en adelante simplemente "Estudio de ESAN") y precisando que era equivocada la apreciación de TELEFÓNICA respecto de que el citado documento debió haber sido puesto en conocimiento de ella para sus comentarios, pues éstos ya habrían sido expresados en su oportunidad.

Mediante Resolución No. 102-2001-GG/OSIPTTEL de fecha 27 de julio de 2001, la Gerencia General de OSIPTTEL aprobó el denominado "Instructivo para el ajuste de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones de categoría I, en aplicación del régimen de fórmulas de tarifas tope" (en adelante "Primer Instructivo").

Con fecha 1 de agosto de 2001, TELEFÓNICA presentó la primera solicitud trimestral de ajuste de tarifas en base a la fórmula de tarifas tope. Dicha solicitud, luego de efectuadas una serie de precisiones requeridas por el regulador, motivó la emisión de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTTEL de fecha 29 de agosto de 2001, mediante la cual el Consejo Directivo de OSIPTTEL fijó el ajuste de las tarifas de categoría I para el período comprendido entre el 1 de setiembre de 2001 y el 30 de noviembre de 2001.

Mediante Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTTEL de fecha 29 de octubre de 2001, el Consejo Directivo de OSIPTTEL aprobó el denominado "Instructivo para el ajuste de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones de categoría I - Régimen de fórmulas de tarifas tope" (en adelante "Segundo Instructivo"). Conforme aparece de los considerandos de la Resolución correspondiente, el Segundo Instructivo fue elaborado como producto de la revisión de los mecanismos utilizados para la ponderación de tarifas de las respectivas canastas, luego de evaluar los planteamientos presentados al respecto por TELEFÓNICA.

### III. MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Continuación de la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos de 13 de marzo de 2002, corresponde al Tribunal Arbitral resolver los siguientes puntos controvertidos, referidos a las pretensiones de

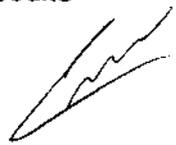
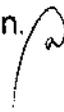
TELEFÓNICA:



a. Respecto de la Primera Pretensión Principal, establecer si la Resolución del Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad total y no es oponible a TELEFÓNICA por:

- Haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA información suficiente para que ésta pudiera replicar la metodología utilizada por el regulador para calcular el Factor de Productividad.
- Haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA plazo alguno para que ésta pudiera formular comentarios u objeciones respecto de aquellos criterios en base a los cuales el regulador procedió a recalculiar el costo del patrimonio que inicialmente había utilizado en la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL.
- Haber utilizado el número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil, distorsionando el cálculo del Factor de Productividad aplicable a los servicios de Categoría I.
- Haber dispuesto la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular", así como a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I.
- Haber utilizado una metodología para calcular el costo del patrimonio de TELEFÓNICA que no se ajusta a los estándares internacionalmente establecidos.

b. Respecto de la Segunda Pretensión Principal, así como la subordinada a ésta, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, el Factor de Productividad aplicable a los Servicios de Categoría I que presta TELEFÓNICA asciende a -3,38% o su equivalente trimestral, o que subordinadamente se fije el Factor de Productividad de un modo que resulte consistente con los Contratos de Concesión.



- c. Respecto de la Tercera Pretensión Principal, establecer si la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y no resulta oponible a TELEFÓNICA al aplicar fórmulas de tarifa tope directamente a los planes tarifarios que comercializa TELEFÓNICA, y en cuanto aplica la fórmula de tarifas tope directamente al paquete de servicios denominado comercialmente "Teléfono Popular".
- d. Respecto de la Cuarta Pretensión Principal, establecer si la Resolución No. 058-2001-CD/OSIPTTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y no resulta oponible a TELEFÓNICA, en cuanto establece que, en ningún caso, luego de aplicar reducciones tarifarias mayores a las exigidas por aplicación de la fórmula de tarifas tope, podrá la tarifa tope promedio ponderada para una canasta ser superior a la tarifa tope promedio ponderada que se habría obtenido para el trimestre de que se trate de haberse aplicado estrictamente el Factor de Control previsto en los Contratos de Concesión en todos los ajustes trimestrales; y, en cuanto determina que, en ningún caso, luego de considerar la aplicación de los adelantos tarifarios solicitados por la empresa concesionaria, el ajuste solicitado podrá ser igual o mayor a la inflación considerada en la fórmula establecida en los Contratos de Concesión para fines de estimación del Factor de Control.
- e. Respecto de la Quinta Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes o paquetes tarifarios deben desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondientes.
- f. Respecto de la Sexta Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, no es posible aplicar el Factor de Control

directamente al paquete tarifario denominado "Teléfono Popular" o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro.

- g. Respecto de la Sétima Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, las tarifas de partida para la aplicación de la fórmula de tarifas tope vigentes desde el 1 de setiembre del 2001 son las tarifas tope vigentes al 31 de agosto del 2001, conforme tales tarifas quedaron establecidas en las addendas a los Contratos de Concesión.
- h. Respecto de la Octava Pretensión Principal, establecer si, en aplicación de los Contratos de Concesión, TELEFÓNICA tiene derecho a que se reconozca en su favor, en los periodos trimestrales posteriores a aquel en que reduzca la tarifa promedio ponderada correspondiente a una canasta de servicios por debajo de los niveles requeridos por aplicación de la fórmula de tarifas tope, dicha mayor reducción a título de "adelanto tarifario", sin restricciones de ninguna especie.

Cabe reiterar que mediante escrito de fecha 27 de mayo del 2003, TELEFÓNICA se desistió de la Novena Pretensión Principal contenida en su escrito de demanda, referida a que el Tribunal declare que TELEFÓNICA tiene derecho a recuperar, en los trimestres posteriores a la emisión del laudo arbitral que recaiga en el presente proceso, los efectos económicos adversos que ha debido soportar por efecto de la inadecuada determinación del Factor de Productividad efectuada por el OSIPTEL, autorizándole en consecuencia a reajustar las tarifas tope promedio ponderadas por cada canasta, de conformidad con el nuevo Factor de Productividad que se defina como resultado del presente proceso. Mediante Resolución No. 59 de fecha 13 de junio del 2003, el Tribunal Arbitral tuvo por desistida a TELEFÓNICA de su Novena Pretensión Principal.

## IV. ANÁLISIS

### IV.1 MARCO GENERAL

El Tribunal Arbitral observa que la presente controversia versa, fundamentalmente, acerca de la interpretación de la Cláusula Novena (Secciones 9.02, 9.03 y 9.04) de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, así como sobre los alcances del Anexo 4 del Contrato para la Prestación de Servicios Portadores y Telefónicos Locales y de Larga Distancia Nacional e Internacional (suscrito originalmente con ENTEL) y del Anexo 3 del Contrato para la Prestación de Servicios Portador y Telefónico Local en las ciudades de Lima y Callao (suscrito originalmente con CPT), frente a las Resoluciones de OSIPTEL identificadas en el punto II de estos considerandos.

Siendo ello así, este Tribunal Arbitral debe iniciar su análisis mencionando que por disposición del artículo 3° de la Ley No. 26285, denominada "Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios de Telecomunicaciones de Telefónica Fija Local y de Servicio de Portadores de Larga Distancia" (en adelante simplemente "Ley de Desmonopolización"), los CONTRATOS DE CONCESIÓN tienen la categoría de contratos-ley.<sup>1</sup>

Además, este Tribunal Arbitral entiende que el hecho de que los CONTRATOS DE CONCESIÓN regulen materias indudablemente vinculadas al *ius imperium* del Estado (como son los mecanismos tarifarios materia de controversia) no contradice de modo alguno preceptos constitucionales ni la legislación vigente al momento de su suscripción, toda vez que la propia Ley de Desmonopolización admitía en el inciso e) de su Artículo 2°, que los referidos contratos contuvieran estipulaciones relacionadas con los mecanismos tarifarios y en la medida en que, como este mismo Tribunal

<sup>1</sup> Artículo 3°.- "Los contratos de concesión que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley".

Arbitral ha señalado al resolver la excepción de incompetencia promovida en esta causa por OSIPTEL con la conformidad del MTCVC, resulta imposible entender el régimen de fórmulas de tarifas tope sobre el que versa este procedimiento si no es por referencia a las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Como ha declarado el Tribunal Constitucional en resolución del 3 de octubre de 2003, ("El Peruano", 18 de octubre del 2003) expedida en la acción de inconstitucionalidad iniciada por sesenta y cuatro (64) congresistas contra la Ley No. 26285 y los referidos CONTRATOS DE CONCESIÓN (Exp. No. 005-2003-AI/TC), "mediante contratos-ley, el Estado, en ejercicio de su *ius imperium*, crea garantías y otorga seguridades y, al suscribir el contrato-ley, **se somete plenamente al régimen jurídico previsto en el contrato** y a las disposiciones legales a cuyo amparo se suscribió éste" (las negritas y el subrayado son nuestros). Siendo ello así, ha dicho el Tribunal Constitucional, que "no sólo gozan de inmodificabilidad las cláusulas que compongan el contrato-ley, cuando así se acuerde, sino también el estatuto jurídico particular fijado para su suscripción. Es decir, tanto la legislación a cuyo amparo se suscribe el contrato-ley, como las cláusulas de este último".

Coexisten, por tanto, en los CONTRATOS DE CONCESIÓN: (i) una regulación contractual sujeta a la misma garantía de inmodificabilidad propia de cualquier contrato privado (aunque de superior naturaleza, conforme se explica más adelante); y, además, (ii) una regulación contractual relativa a facultades propias del *ius imperium* del Estado, como son las disposiciones tarifarias en el caso de este proceso arbitral, que generalmente son analizables bajo las reglas del Derecho Público.

La forma en que el Derecho Privado y el Derecho Público interactúan en los CONTRATOS DE CONCESIÓN y el modo en que dichos Contratos deben ser interpretados a la luz de dicha interacción, obliga a este Tribunal Arbitral a referirse, antes del análisis de cada uno de los puntos controvertidos en esta causa, a: (i) la particular naturaleza de los CONTRATOS DE CONCESIÓN y a la posibilidad de aplicar normas de Derecho Civil en su interpretación; (ii) a los alcances de las garantías y

seguridades que el Estado ha otorgado a TELEFÓNICA; y (iii) al estándar de evaluación de los actos que el organismo regulador desarrolle en ejecución de lo dispuesto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Estas son tratadas en los puntos que se desagregan a continuación.

#### IV.1.1. La función de los Contratos-Ley en el ordenamiento peruano

Los contratos-ley son mecanismos a través de cuales el Estado, por permitirlo así la Constitución Política de 1993, puede otorgar a un particular determinadas seguridades y garantías. Para lograrlo, la Constitución concede a tales contratos un régimen jurídico particular –de superior jerarquía al conferido a cualquier contrato privado (que sólo pueden versar sobre materias libradas a la autonomía privada) que hace inalterables los pactos convenidos en el momento del contrato, aún cuando ellos se refieran a materias de *ius imperium* del Estado. En ese sentido, aún cuando fueren modificadas las normas "aseguradas" o "garantizadas" por leyes posteriores, esto es, por acto del Estado durante la vigencia del contrato, al contratante no le será aplicable tal modificación<sup>2</sup>.

Sobre este particular, el segundo párrafo del artículo 62° de nuestra Constitución Política de 1993 le da carácter constitucional a esta figura, señalando que "mediante Contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente". Debe recordarse, en referencia al texto constitucional, que ya el artículo 1357° del Código Civil había previsto desde 1984 que "por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato", con lo que esta norma constituye indudable antecedente (pero también complemento de interpretación) de lo establecido en el antes referido artículo 62° de la Constitución. Con todo, es sólo a partir de la Constitución de 1993 que se admite indubitadamente la posibilidad

<sup>2</sup> PINILLA CISNEROS, Antonio. "Los contratos-ley en la legislación peruana", Fondo de Desarrollo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 1999.

irrestringida de acoger esta figura en todas las actividades económicas en que se pueda desarrollar la actividad privada<sup>3</sup>. En este contexto, es indudable que la Constitución establece un marco de protección al inversionista dentro de uno mayor en el que el Estado comienza a cumplir un rol subsidiario, mediante un proceso complejo de privatización y desregulación normativa.

El régimen económico que establece la Constitución presupone que el Estado debe ocupar un puesto de subsidiariedad en aquellas actividades que puedan efectuar los particulares<sup>4</sup>. Para lograr tal finalidad, es indispensable garantizar un marco normativo estable que permita a los particulares intervenir en cualquier sector de la economía, inclusive en aquellos que generalmente estaban reservados al Estado, como es el caso de los denominados "servicios públicos".

Es dentro de este sector de la economía, es decir de los denominados "servicios públicos", que el otorgamiento de seguridades y garantías se vuelve relevante, ya que tales servicios se distinguen por el hecho de que, a la par de satisfacer necesidades básicas (como ocurre con el agua potable, la electricidad o las telecomunicaciones), requieren un volumen importante de inversión (son intensivas en capital) y cuentan con una demanda relativamente inelástica, lo que implica que la cantidad demandada se modifica en proporciones menores a la proporción en que se incrementa o disminuye el precio de los servicios. La relativa inelasticidad de la demanda se deriva del hecho de que dichos servicios no cuentan con sustitutos cercanos, por lo que ante la imposibilidad de que se desarrolle plena competencia en todos los sectores de dichos mercados, es necesario que el Estado intervenga para asegurar la provisión del servicio y regular las tarifas.

El Decreto Legislativo No. 702 (aprobado en el año 1991), declaró que el desarrollo de las telecomunicaciones era de necesidad pública, en momentos en que el servicio de

<sup>3</sup> KRESALJA R., Baldo. "El rol del Estado y la gestión de los servicios públicos". En: Themis, Revista de Derecho, N° 39, p. 27.

<sup>4</sup> KRESALJA R., Baldo. "La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993". En: Ius et Veritas N° 22, pp. 272-306.

*JK*

telecomunicaciones era prestado en un régimen de monopolio por CPT y por ENTEL, ambas empresas controladas por el Estado. En tal sentido, el artículo 2º de dicho dispositivo legal, que fue modificado por el artículo 1º del Decreto Legislativo No. 766, destaca que "es de interés nacional la modernización y el desarrollo de las telecomunicaciones, dentro de un marco de libre competencia. Su fomento, administración y control corresponde al Estado, de acuerdo a la presente Ley". El Decreto Legislativo No. 702 fue modificado en sucesivas oportunidades, con la finalidad de que el marco legal que regulaba se alineara con la tendencia liberalizadora predominante en la década de los noventa en Latinoamérica, que sin desconocer la importancia de la intervención del Estado como regulador de los servicios públicos, propugnaba una mayor participación del capital privado en la provisión de dichos servicios. En ese sentido, este Tribunal Arbitral entiende que fue la necesidad de equilibrar de un modo sustentable el poder del Estado y la promoción de la inversión privada en un horizonte de certidumbre, la que obligó a recurrir a la figura de los contratos-leyes.

En ese mismo contexto de reformas emprendidas para la liberalización de los mercados, otorgando al mismo tiempo seguridades y garantías a los particulares, fueron expedidos los Decretos Legislativos Nos. 662 y 757 y sus respectivos reglamentos, que precisaron la naturaleza y caracteres de los contratos-ley. Así, corresponde destacar que el Decreto Legislativo No. 757 y su Reglamento (aprobado mediante Decreto Supremo No. 192-92-EF) definieron los contratos-ley como "contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado", precisándose además que "...por medio de los convenios de estabilidad jurídica se otorga excepcionalmente ultractividad al régimen legal que regía al momento de suscribirse el convenio y en tanto se encuentre vigente el mismo, en las materias sobre las cuales se otorga la estabilidad".

Es dentro de ese contexto que se dicta además, y en relación a los servicios públicos de telecomunicaciones, la Ley de Desmonopolización. Es también dicho contexto el que explica y justifica que, como ya se ha dicho, el artículo 3º de la mencionada

disposición legislativa haya previsto que los CONTRATOS DE CONCESIÓN que celebre el Estado para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones tengan la naturaleza de contratos-ley.

Ahora bien, a los efectos de la definición de las cuestiones sometidas a conocimiento del Tribunal Arbitral, resulta necesario detallar qué implicancias trae consigo esta categorización, aparte de la imposibilidad de modificación legislativa (o regulatoria) de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. En ese sentido, en este caso el Estado en ejercicio del *ius imperium*, se obliga a no modificar los términos contractuales por ley a efectos de brindar seguridad jurídica a los particulares, limitando las atribuciones que le corresponden.

Por su parte, en lo referente al carácter de estos contratos, el artículo 39° del Decreto Legislativo 757 señala que "los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357° del Código Civil y tienen la calidad de contratos con fuerza de Ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. **Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes**". (las negritas y el subrayado son nuestros)

Se trata pues de figuras legales que aún cuando pertenecen al Derecho Público y nacen de normas públicas, ya sea que se califiquen como contratos administrativos o como contratos civiles (tal como señala la mayor parte de la doctrina nacional sobre el tema<sup>5</sup>), se regulan en su ejecución interpartes por el Derecho Civil. En todo caso, siguiendo a Pinilla y Zegarra, los contratos-ley tienen una naturaleza mixta, pues su autorización, preparación, celebración y control están regidos por normas de Derecho

 <sup>5</sup> En ese sentido, DE LA PUENTE, Manuel. "El Contrato en General", Tomo I, Lima, Palestra, 2001, p. 365; AMADO, José Daniel y MIRANDA, Luis. "La Seguridad Jurídica en la Contratación con el Estado: El Contrato-Ley". En: Thémis, Revista de Derecho, N° 33, Año 1996, p. 16; y ZEGARRA VALDIVIA, Diego. "El Contrato Ley", Gaceta Jurídica Editores, Lima, 1997, p. 166.



Administrativo, mientras que su ejecución y cumplimiento en relación a las partes que los suscriben lo están por el Derecho Civil<sup>6</sup>.

Adicionalmente, y con el propósito de comprender aun más la naturaleza jurídica de los contratos-ley, así como sus características, es necesario precisar a continuación la definición de estos contratos y las razones que impulsaron su aparición.

En ese sentido, García Toma<sup>7</sup> considera que "los contratos ley se caracterizan por ser acuerdos contractuales suscritos entre el Estado y los inversionistas privados – nacionales o extranjeros– otorgándoseles a estos últimos garantías específicas, generalmente de naturaleza político-económica".

Además, sobre este particular, debemos destacar el fallo de 3 de octubre de 2003 (Expediente No. 005-2003-AI/TC) expedido por el Tribunal Constitucional, respecto a la acción de inconstitucionalidad promovida por sesenticuatro (64) Congresistas de la República contra la Ley de Desmonopolización y los CONTRATOS DE CONCESIÓN suscritos a su amparo por el Estado peruano. En ese sentido, consideramos pertinente citar lo dicho por este Tribunal, cuya claridad exime al Tribunal Arbitral de mayor comentario:

"Por su propia naturaleza, a través del contrato-ley, el Estado busca atraer inversiones privadas (de capital) a fin de que promuevan aquellas actividades que el Estado considera que vienen siendo insuficientemente desarrolladas, de acuerdo con los planes y objetivos que se pueda haber trazado en el diseño de la política económica del Estado. Tienen como contenido propiciar un marco de seguridad a los inversionistas no sólo en

<sup>6</sup> ZEGARRA VALDIVIA, Ob. cit., p. 165; PINILLA CISNEROS, Ob. cit., pp. 139-140. Asimismo, el administrativista Jorge Danós Ordoñez coincide con esta tesis de contrato híbrido que comparte tanto elementos del derecho administrativo como elementos del derecho civil en el prólogo de la obra de Zegarria Valdivia.

<sup>7</sup> GARCIA TOMA, Víctor. "Análisis Sistemático de la Constitución Política de 1993", Fondo de Desarrollo Editorial Universidad de Lima, 1988, p. 129.

asuntos privados de la administración, sino, también, en el prestación de actividades de derecho público.”

“... y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. Mediante el contrato-ley, en efecto, los Estados han previsto fórmulas contractuales mediante las cuales se ha otorgado a los co-contratantes ámbitos de seguridad jurídica, a fin de favorecer la inversión privada dentro de sus economías. Esas garantías y seguridades, por cierto, varían de país a país e, incluso, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada.”

“Por otro lado, y en lo que se refiere únicamente a los contratos-leyes, la legislación a cuyo amparo éste se suscribe, “no puede ser modificada legislativamente” como lo prescribe la última parte del artículo 62º de la Constitución. **Dicho de otro modo; aunque el legislador pueda modificar el régimen legal de suscripción de un contrato-ley, tal modificación no alcanza a quienes, con anterioridad a ella, hubieran suscrito dicho contrato-ley**”. (las negritas y el subrayado son nuestros)

“El Tribunal Constitucional no comparte una interpretación restrictiva sobre el contenido del contrato-ley, como el que exponen los demandantes. Por un lado, porque el segundo párrafo del artículo 62º de la Constitución establece que “mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades”, sin establecer qué tipo de garantías y seguridades son las que se pueden brindar. Y, de otro, porque en la práctica una aseveración como la que expresan los demandantes, lejos de optimizar que se cumpla el telos de la institución del contrato-ley, lo termina desnaturalizando.”

"Una interpretación de la institución en los términos antes indicados se aviene con el telos de la inserción del contrato-ley a nivel constitucional. En efecto, si como antes se ha indicado, la aparición y consagración normativa del contrato-ley está vinculada con la promoción de las inversiones privadas en las economías nacionales, dentro de un esquema en el que se ofrezca a los inversionistas seguridades, entonces, no es constitucionalmente adecuado que se realice una interpretación de los alcances de la institución que, antes de optimizarla, le reste operatividad."

"De manera que, en abstracto, no existe una limitación para que el Estado, mediante el contrato-ley, sólo extienda las garantías que se derivan de sus suscripción al ámbito tributario o jurídico. **Puede perfectamente extenderse, dentro de los límites que la Constitución y la ley fijen, a todas las cláusulas contractuales, en aquellos casos en los que el contrato-ley constituya un contrato administrativo, precisamente con el objeto de que, con posterioridad a su suscripción, el Estado no invoque la existencia de una cláusula exorbitante y se desvincule de los términos contractuales pactados**".  
(las negritas y el subrayado son nuestros)

Es precisamente el último de los párrafos citados, que está contenido en el Considerando 34, el que define con mayor claridad lo que constituye la esencia de los CONTRATOS DE CONCESIÓN en cuanto que contratos-ley. En efecto, en la medida en que las disposiciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN estuvieron destinadas a brindar seguridades con el objeto de promover la inversión privada en el ámbito de las telecomunicaciones, la garantía de inmodificabilidad por norma posterior se extiende a todas las obligaciones y derechos contractuales, incluyendo a la facultad de fijación tarifaria regulada en la Cláusula 9 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Elo resulta aun más claro cuando se tiene en cuenta que los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN establecen en su Sección 17.01, que por regla general la modificación de los pactos contractuales sólo puede realizarse por acuerdo escrito entre las partes y, excepcionalmente, de forma unilateral por el MTCVC, si dicha modificación fuera necesaria por causa de utilidad pública, siempre que dichos cambios o modificaciones se limiten a la Cláusula 13 (sobre Obligaciones Internacionales) y sean determinados conforme al procedimiento establecido en la Sección 17.06 de los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN. Son pues estas cláusulas las que impiden a OSIPTEL y al MTCVC el ejercicio de poderes exorbitantes (generalmente propios de los contratos de naturaleza administrativa) y obligan a dichas entidades a sujetarse estrictamente a los términos contractuales, sin poder modificarlos a través de norma o regulación posterior, colocándose así en un plano de igualdad en lo que toca a la relación contractual.

Son pues las propias estipulaciones contractuales las que ratifican que no obstante que se tratan de asuntos de Derecho Público o de *ius imperium*, los CONTRATOS DE CONCESIÓN se sustentan en la igualdad jurídica y, siendo ello así, se regulan en su ejecución por el Derecho Civil y, más precisamente, por aquellas reglas que corresponden a los contratos de prestaciones recíprocas.

#### **IV.1.2. La naturaleza dual de la regulación aplicable a los CONTRATOS DE CONCESIÓN**

En su escrito de contestación a la demanda y a lo largo del proceso arbitral, OSIPTEL estima impropio usar al mismo tiempo normas de Derecho Civil y normas de Derecho Administrativo para analizar la facultad de fijación tarifaria que corresponde al organismo regulador. Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera que no existe contradicción o problema alguno, dada la naturaleza dual de las normas y estipulaciones contractuales que vinculan a las partes de este proceso arbitral.

En efecto, como ya hemos indicado, los CONTRATOS DE CONCESIÓN establecen en las secciones 9.02 a 9.04 de la Cláusula 9, como en sus respectivos Anexos, los requisitos sustanciales y de procedimiento a los que debe sujetarse la autoridad competente (OSIPTEL) en la regulación de las tarifas y, en particular, en lo relativo a la determinación del factor de productividad y en la aplicación de la llamada fórmula de tarifas tope vinculada a aquél.

La sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN dispone que la fórmula de tarifas tope que se aplicará después del período de concurrencia limitada (que los CONTRATOS DE CONCESIÓN identifican como el período original de cinco años que debía concluir el 16 de mayo de 1999, pero cuya vigencia fue reducida de conformidad a la modificación del contrato aprobada mediante Decreto Supremo No. 021-98-MTC, aunque la aplicación de la fórmula de tarifas tope fue ampliada hasta el 1 de septiembre de 2001), será usada por el OSIPTEL para establecer el límite máximo para la tarifa promedio ponderada para cada una de las canastas de servicios definidas en el inciso (c) de la misma sección 9.02, precisando a renglón seguido que dicho límite máximo estará sujeto al factor de productividad a que se refieren sendos Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. Las canastas definidas por el inciso (c) antes referido, son las canastas "C", "D" y "E" de los Servicios de Categoría I que comprenden, respectivamente, la "C" (establecimiento de una conexión del servicio de telefonía fija local nueva); la "D" (prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada en base a una renta mensual y las llamadas telefónicas locales); y, la "E" (llamadas telefónicas de larga distancia nacional e internacional).

Además, el inciso (a) de la sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, señala que al término del período de concurrencia limitada y en intervalos de tres (3) años a partir de esa fecha, OSIPTEL llevará a cabo una revisión del factor de productividad.

Por su parte, el numeral (c) de la misma sección regula el procedimiento al que deberá sujetarse OSIPTEL para la entrega a TELEFÓNICA de los resultados de sus revisiones y para conceder a dicha empresa la oportunidad de formular comentarios u objeciones.

Esta norma termina regulando que una vez otorgada debida consideración a los comentarios y objeciones de la empresa concesionaria, corresponderá a OSIPTEL (y sólo a ésta) emitir un Mandato Final, el que deberá emitirse por escrito precisando las razones de su adopción y publicarse en el diario oficial.

Es pues sobre la base del factor de productividad determinado de la manera indicada y de la fórmula de tarifas tope contenida en los Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que de conformidad con los literales (a) y (g) de la sección 9.03 de dichos instrumentos contractuales, TELEFÓNICA debe presentar solicitudes trimestrales de ajuste de tarifas después del período de concurrencia limitada (desde el 1 de septiembre de 2001). Cabe insistir una vez más, que corresponde a OSIPTEL (y sólo a ésta) examinar las solicitudes y la documentación con la finalidad de comprobar que las tarifas propuestas están de acuerdo con las fórmulas de tarifas topes aplicables, solicitar información adicional a la empresa concesionaria de ser necesario y emitir la resolución final respecto de la solicitud correspondiente.

Este Tribunal Arbitral no tiene duda alguna, luego de analizar las estipulaciones contractuales antes indicadas y el marco legal vigente al momento de suscitarse esta controversia, que el procedimiento de determinación del factor de productividad y el procedimiento de aprobación de las solicitudes trimestrales de ajuste por fórmulas de tarifas tope, son procedimientos administrativos y que las decisiones finales que debe emitir el OSIPTEL constituyen actos administrativos, cuya regulación sin embargo se encuentra sujeta, en cuanto toca a las reglas generales definidas por los CONTRATOS DE CONCESIÓN, al marco de ejecución contractual del Código Civil. Ello tiene que ser así, en la medida que las líneas directrices que regulan el trámite, como las obligaciones, deberes y cargas a que se sujetan ambas partes, se encuentran fijados contractualmente y resultan irrenunciables para ellas.

En efecto, no puede desconocerse la naturaleza eminentemente administrativa de la función reguladora (como se conoce a la facultad de fijar las tarifas de los servicios sujetos a regulación de conformidad con el artículo 30° del Decreto Supremo No. 008-

2001-PCM, Reglamento de OSIPTEL), ya que así se encontraba dispuesta en el numeral 5 del artículo 77° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, aprobado mediante Decreto Supremo No. 13-93-TCC (en adelante, simplemente "Ley de Telecomunicaciones"), vigente al momento de suscripción de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, y que establecía que una de las funciones fundamentales de OSIPTEL es la de fijar las tarifas de servicios públicos de telecomunicaciones y establecer las reglas para su correcta aplicación.

Sin embargo, el hecho de que corresponda a OSIPTEL (y sólo a ésta) fijar las tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones, no significa que dicha facultad no tenga restricciones o no esté obligada a observar ciertas reglas. En efecto, el propio artículo 67° de la Ley de Telecomunicaciones al mismo tiempo que reitera que es competencia de OSIPTEL el diseñar y aprobar el sistema de tarifas tope aplicable a los servicios de telecomunicaciones sujetos a regulación tarifaria, reconoce expresamente que "en caso que el contrato de concesión establezca un criterio tarifario determinado, éste será el aplicable".

En ese sentido, este Tribunal Arbitral entiende que no se vulnera la Constitución o las leyes vigentes al momento de suscripción de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que los preceptos a los que tiene de sujetarse en lo esencial las decisiones que adopte el OSIPTEL para determinar el factor de productividad o para aprobar las solicitudes de ajuste trimestral, se encuentren contenidos en los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN. Es más, el hecho de que así sea, no implica que esas decisiones y el procedimiento que debe seguirse para su emisión no se encuentren afectados por los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para todo acto y procedimiento administrativo.

En efecto, la naturaleza de acto administrativo de las decisiones que debe expedir el OSIPTEL para determinar el factor de productividad, así como para aprobar o denegar las solicitudes de ajuste tarifario que presente TELEFÓNICA, se deriva estrictamente de lo establecido por el artículo 113° del Decreto Supremo No. 02-94-JUS "Texto

Único Ordenado de la Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUO), aplicable al caso de autos, que a continuación se transcribe:

"Artículo 113º.- La presente Ley atañe a los actos administrativos o sea a las decisiones de las autoridades u órganos de la Administración Pública que, en ejercicio de sus propias funciones, resuelven sobre intereses, obligaciones o derechos de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas".

A mayor abundamiento, resulta pertinente traer a colación que la actual Ley de Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG) define el concepto de acto administrativo de la siguiente manera:

**"Artículo 1º.- Concepto de Acto Administrativo**

1.1 Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta."

Las decisiones que debe emitir OSIPTEL, constituyen, que duda cabe, actos administrativos destinados a producir efectos jurídicos sobre TELEFÓNICA en una situación concreta (la derivada de los CONTRATOS DE CONCESIÓN); pero, por sobre todas las cosas, son decisiones que deben emitirse en el marco de las potestades que las normas de derecho público confieren al OSIPTEL.

Es pues claro para este Tribunal Arbitral, que los CONTRATOS DE CONCESIÓN no son el origen de la facultad que tiene el OSIPTEL para fijar las tarifas tope en el ámbito de las telecomunicaciones, ya que esta facultad de OSIPTEL emana de la ley. En ese sentido, la sujeción de los CONTRATOS DE CONCESIÓN al Derecho Civil (en los términos antes referidos) no supone ni puede suponer la renuncia de OSIPTEL a sus

potestades normativa, regulatoria, de fiscalización, sancionadora, de solución de controversias, etc. El OSIPTEL conserva plenamente tales potestades frente a TELEFÓNICA, pudiendo expedir nueva normativa y regulación aplicable a TELEFÓNICA, así como supervisar, fiscalizar y sancionar administrativamente a dicha empresa por el incumplimiento de la normativa y la regulación vigente, pero siempre que en ello no se contravengan las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, cuyas estipulaciones, como ya hemos indicado, se encuentran amparadas por la garantía de inmodificabilidad.

Sobre este particular, Dromi explica que "el término 'potestad' deriva del latín potestas, potestatis, cuya raíz es pot y significa poder, potestad, poderío, potencia, facultad, soberanía. (...) La capacidad primaria del Estado (poder) para establecer mandatos imperativos, necesita de ciertos atributos que la especifican dentro de su orden genérico y la fraccionan en facultades particulares. A esos atributos inherentes a la supremacía estatal e indispensables para que la Administración cumpla sus funciones de interés general, se les llama potestades administrativas, que no son sino aspectos del poder, de una capacidad superior de carácter formal y relacional del Estado."<sup>8</sup>

Conforme lo señala García de Enterría, "la administración pública realiza dos clases de actos: unos, de autoridad, realizados con imperium; otros, de simple gestión, actuando como un mero particular. El Derecho Administrativo se aplicaría así a los primeros, en tanto que los segundos quedarían sometidos al Derecho Privado"<sup>9</sup>.

Que la potestad reguladora (de la cual se deriva la facultad de fijar tarifas) o la potestad normativa o sancionadora de OSIPTEL hayan sido materia de pacto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, no cambia el hecho de que TELEFÓNICA en su calidad de concesionaria se encuentre sujeta a la autoridad del MTCVC y del OSIPTEL, como concedente y organismo regulador, respectivamente. Esto es así, no sólo porque

<sup>8</sup> DROMI, Roberto. "Derecho Administrativo", 7ª edición, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1998, p. 178.  
<sup>9</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. "Curso de Derecho Administrativo", Tomo I, 10ª edición, Madrid, Civitas Ediciones, S.L., 2001, p. 52.

así lo establecía la legislación vigente al momento de la celebración de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, sino, porque además, diversas cláusulas de esos Contratos (entre ellas, por ejemplo, las cláusulas 8.05, 8.08, 8.13 y 8.14) reconocen que TELEFÓNICA está obligada a cumplir con las órdenes, requerimientos, mandatos y, en general, con la normativa expedida por ambos organismos estatales.

Sin embargo, el reconocimiento de que la fijación de las tarifas tope en el ámbito de las telecomunicaciones es una potestad de *ius imperium* de OSIPTEL en el ejercicio de su función reguladora en tanto autoridad estatal supervisora de las actividades de las telecomunicaciones, no implica que los CONTRATOS DE CONCESIÓN carezcan de relevancia alguna. En efecto, la facultad de fijar las tarifas tope aplicables a los servicios de telecomunicaciones es irrenunciable e indelegable y ha sido atribuida por las leyes de manera exclusiva al OSIPTEL, pero esta entidad debe ejercer dicha potestad en estricto cumplimiento de los parámetros fijados por los CONTRATOS DE CONCESIÓN (contratos-ley), que deberán analizarse conjuntamente con la legislación aplicable y otorgárseles preeminencia en aquellos aspectos en que resultaran contrarios a legislación o regulación aprobadas posteriormente, de conformidad con lo dispuesto expresamente en el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución vigente.

Ahora bien, el sólo hecho de que las decisiones que deba expedir el OSIPTEL para determinar el factor de productividad o para aprobar los ajustes trimestrales que presente TELEFÓNICA deban sujetarse a los términos y condiciones establecidos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, no cambia la naturaleza de las cosas, ya que las decisiones de OSIPTEL siguen teniendo la calidad de actos administrativos, pues para que exista un acto administrativo es suficiente, como reconoce Morón Urbina, que los actos administrativos sean emitidos en el ejercicio de función administrativa<sup>10</sup>, lo que se condice con lo expresado por Gordillo, para quien el acto administrativo constituye la

<sup>10</sup> MORÓN URBINA, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 63.

declaración unilateral realizada "en ejercicio de la función administrativa" y que produce efectos jurídicos individuales en forma directa<sup>11</sup>.

En conclusión, aún dentro del marco de los CONTRATOS DE CONCESIÓN que tienen la calidad de contratos-ley, las decisiones tarifarias son actos administrativos. Sin embargo, ello no excluye que en la ejecución de dichos Contratos, las consecuencias de las decisiones que adopte OSIPTEL vayan a ser juzgadas (como en efecto lo serán más adelante) no sólo considerando el texto expreso de los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN, sino además, las reglas de la buena fe y la interpretación contractual contenidas en el Código Civil. Ello tiene que ser así, en la medida que la Ley No. 26285 dispone que los CONTRATOS DE CONCESIÓN que celebre el Estado para la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones tienen el carácter de contrato-ley y, por lo tanto, resultan inmodificables para las partes, a lo que se suma el artículo 39° del Decreto Legislativo 757 que establece que los convenios de estabilidad jurídica (el más representativo entre los denominados contratos-ley en el Perú) son contratos que tienen carácter civil y no administrativo.

En ese sentido, cabe resaltar, como lo hace Gordillo, que la doctrina admite la coexistencia de reglas del derecho público para la competencia, voluntad y forma del acto que emite la autoridad y reglas del derecho privado para su ejecución. Así, expresa lo siguiente:

"No negamos totalmente la posibilidad de que el derecho privado sea en ciertos casos aplicable a la actuación de los órganos administrativos, pero sostenemos que ello no justifica que se diga que en tales casos los actos de los órganos administrativos sean actos jurídicos de derecho privado y estén excluidos del concepto de acto administrativo (...) A lo sumo podría señalarse que ciertos actos serán mixtos, regidos en parte

<sup>11</sup> GORDILLO, Agustín. "Tratado de Derecho Administrativo", 7ma. Edición, Ara Editores, Lima, 2003, T. 1, p. X-8.

por el derecho público (competencia, voluntad, forma) y en parte por el derecho privado (objeto).”<sup>12</sup>

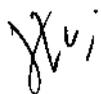
En definitiva, el hecho de que las decisiones tarifarias que adopte el OSIPTEL dentro del sistema de fórmulas de tarifas tope tengan que ser emitidas en el marco de los contratos-leyes cuya ejecución se encuentra sujeta al Código Civil y cuyas controversias pueden someterse a arbitraje, no altera el hecho de que esas decisiones sean actos administrativos. De todo esto se desprende, que tales actos tienen que ser emitidos respetando las normas y principios establecidos en el TUO, entre los cuales se encuentra, por un lado, el procedimiento administrativo previo con todas las garantías que le asisten al administrado; y, por otra parte, la motivación pertinente respecto de la razonabilidad y proporcionalidad de la decisión que tome la autoridad, que fija el punto de encuentro entre lo administrativo y la aplicación de las reglas de la buena fe contractual en el ámbito civil.

#### IV.1.3. La actuación de OSIPTEL está sujeta al principio de legalidad

Entre los requisitos de validez más importantes del acto de administrativo, tenemos el llamado “principio de legalidad” dispuesto en el artículo III del Título Preliminar del TUO, que la LPAG consagra en su numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la siguiente manera: “las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas.”

En lo que se refiere al tema de este arbitraje; es decir, las decisiones tarifarias que deben adoptarse para la aplicación de las fórmulas de tarifas tope, este Tribunal Arbitral aprecia que la sujeción a la legalidad por parte del OSIPTEL consiste en que sus decisiones se encuentran sometidas a lo establecido en las normas que se refieren a la facultad reguladora y, en particular, a lo dispuesto en el artículo 67° de la Ley de Telecomunicaciones que, como ya hemos destacado, determina que si los

 <sup>12</sup> GORDILLO. Ob. cit., p. II-27



CONTRATOS DE CONCESIÓN establecen criterios tarifarios (como en efecto ocurre en este caso arbitral) dichos criterios serán los aplicables, lo que significa que éstos priman sobre cualquier otro criterio definido por la legislación vigente. Así las cosas, son las estipulaciones contractuales en primer lugar y las normas legales o las regulaciones aprobadas por el propio OSIPTEL para desarrollar las reglas generales contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN en segundo término, las que delimitan las responsabilidades de actuación del ente regulador, en base a la premisa de que toda actuación del poder debe encontrarse sustentada en una ley previa.

Ahora bien, el hecho de que los CONTRATOS DE CONCESIÓN hayan previsto los criterios tarifarios aplicables a TELEFÓNICA después de concluido el período de concurrencia tarifaria (a partir del 1 de septiembre de 2001, de conformidad con la modificación aprobada mediante Decreto Supremo No. 021-98-MTC) no impide en modo alguno a OSIPTEL para que en cumplimiento a su potestad normativa (ver artículo 23° de su Reglamento General<sup>13</sup>) desarrolle dichos criterios, como en efecto lo ha hecho al aprobar el Primero y el Segundo Instructivos mediante Resoluciones Nos. 102-2001-GG/OSIPTEL y N° 058-2001-CD/OSIPTEL, respectivamente. Sin embargo, como ya hemos identificado, estas regulaciones serán válidas, siempre y cuando no contradigan o pretendan modificar las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, de conformidad a lo que dispone el citado artículo 62° de la Constitución.

Así pues, son los CONTRATOS DE CONCESIÓN, pero también las normas legales y regulatorias que los complementan y desarrollan válidamente, los que establecen los estrictos límites de actuación a los que debe sujetarse OSIPTEL bajo el principio de legalidad.

<sup>13</sup> "Artículo 23.- La función normativa permite al OSIPTEL dictar de manera exclusiva y dentro del ámbito de su competencia, reglamentos y normas de carácter general, aplicables a todos los administrados que se encuentren en las mismas condiciones. Estos reglamentos podrán definir los derechos y obligaciones entre las empresas operadoras y de éstas con los usuarios (...)"

Como bien señala Dromi: "La actividad pública está regulada jurídicamente. En su quehacer rigen ciertos principios jurídicos de ponderación política sustantiva, como el principio de legalidad, de raíz constitucional, que asegura al individuo, imponiéndole al Estado el respeto de la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad jurídica, control y responsabilidad jurídica, consecuencias todas del Estado de derecho como modelo adoptado para la organización pública."<sup>14</sup>

El principio de legalidad se encuentra consagrado por el artículo 45° de la Constitución Política del Perú, en cuanto prevé que "(...) el poder del Estado emana del pueblo. **Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen**". (las negritas son nuestras)

En ese sentido, Marcial Rubio al comentar el mencionado artículo constitucional, señala lo siguiente: "**Se exige que quienes ejerzan el poder lo hagan con las limitaciones y responsabilidades normadas**. Esta disposición es muy importante porque contribuye a configurar el Estado de Derecho en el sentido de que el poder que se ejercita dentro de la democracia no es ilimitado, ni queda a criterio exclusivo del gobernante. Por el contrario, existirán normas que lo regulen y limiten y deberá obedecerlas para no caer en la ilegitimidad"<sup>15</sup>. (las negritas son nuestras)

Todo lo anterior implica, para el presente caso, que la actuación de OSIPTEL no se sustenta en un poder soberano o ilimitado, sino que OSIPTEL cuenta tan sólo con un poder derivado que proviene de la ley y que se encuentra a su vez limitado por ésta y por lo establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN (contratos-ley). Así pues, la actuación de OSIPTEL sólo será legítima, mientras no transgreda este marco, que es además el marco que corresponde a este Tribunal Arbitral aplicar al momento de analizar las pretensiones materia de este laudo arbitral.

<sup>14</sup> DROMI. Ob. cit., p. 113.

<sup>15</sup> RUBIO, Marcial. "Estudio de la Constitución Política", Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1999, Tomo 3, p. 65.

**IV.1.4. En la interpretación y ejecución de los CONTRATOS DE CONCESIÓN ambas partes están sujetas a las reglas de la buena fe contractual**

Para este Tribunal Arbitral, ambas partes, es decir, OSIPTEL y TELEFÓNICA, en la interpretación y la ejecución de las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, se encuentran sujetas a las reglas del Código Civil y, en particular, a lo dispuesto por el artículo 1362º que dispone que los "contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes."

En efecto, la remisión a estas estipulaciones del Código Civil aplicables a la ejecución de los CONTRATOS DE CONCESIÓN (contratos-ley), las efectúan el artículo 62º de la Constitución, el artículo 1357º del Código Civil y las normas que los complementan y desarrollan (entre ellas, los ya mencionados Decretos Legislativos Nos. 662 y 757), lo que implica que, para el caso de la determinación del factor de productividad así como para la aprobación de las solicitudes de ajuste trimestral que presente TELEFÓNICA, OSIPTEL debe ejercer sus potestades (reconocidas como actos administrativos) de manera compatible con las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

A su vez, el artículo 1362º del Código Civil, como es plenamente admitido en nuestra doctrina, debe concordarse con el artículo 168º del mismo cuerpo normativo, que postula que el acto jurídico "debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe."

Comentando estos dispositivos del Código Civil, Manuel de la Puente ha escrito en relación a la buena fe objetiva que equipara a la buena fe lealtad:

"La buena fe aplicable a la etapa de ejecución de la relación obligatoria nacida del contrato tiene como contenido cumplir con lealtad las obligaciones impuestas por dicha relación. En consecuencia la

responsabilidad aplicable a quien no actúa de buena fe es la correspondiente a la inejecución de las obligaciones.”<sup>16</sup>

El propio de la Puente expresa que “la buena fe es la base de toda contratación, sin ella el vínculo jurídico no puede construirse sino aparentemente, ya que la ley fulmina la ineficacia de todo contrato donde interviene dolo o fraude. Debe presidir también la ejecución del contrato o sea la ejecución de las obligaciones por él generadas. La buena fe consiste aquí en que cada interesado tenga en cuenta no sólo su propio interés, sino el de la contraparte, pues ambos han servido como motivo determinante para el ajuste del convenio”.<sup>17</sup>

Una norma que está ligada al tema de la buena fe es el artículo 170° del Código Civil, que consagra la regla de la interpretación finalista, disponiendo que las “expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto”

Comentando el citado artículo 170°, Vidal Ramírez señala lo siguiente en la Exposición de Motivos del Código Civil:

“La norma, que se inspira en el artículo 1286 del Código Español, ratifica la posición objetivista asumida por el Código y es consecuente con el criterio interdependiente o sistemático esta vez orientado al sentido de las expresiones. Se trata de resolver dudas resultantes de la confusión de ideas y se orienta a la corrección de los defectos de redacción y del empleo impropio del lenguaje.

Pero debe advertirse que la locución “objeto” que se utiliza con el numeral es equívoca, ya que corresponde al concepto de “finalidad” o sea “fin lícito” al que se refiere el inciso 3 del artículo 140.”<sup>18</sup>

<sup>16</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE. Ob. cit., p. 383

<sup>17</sup> Ibidem, p. 381.

<sup>18</sup> VIDAL, Fernando. “Código Civil: Exposición de motivos y comentarios”, Lima, 1985, p. 298.

JL:

Lohmann aclara este último tema, precisando que “[e]n lo que atañe a la naturaleza del acto entendemos que se refiere a la especie negocial a la que se puede adscribir. De este modo, ciertas disposiciones (da, entrega, etc) tendrán distinto significado según pueda colegirse del conjunto de la declaración o del comportamiento que se trata de vender, alquilar, donar, etc”<sup>19</sup>.

Desarrollando este aspecto con mayor detalle, Morales explica lo siguiente:

“El significado de aquello que las partes han acordado no puede ser determinado de forma adecuada si no se tiene en cuenta la razón práctica del negocio, es decir, la causa concreta. La causa concreta justifica el negocio y su regulación y, por lo tanto, puede aclarar el significado de las declaraciones, de los comportamientos y los documentos, y superar eventuales incoherencias, ambigüedades o discordancias del texto y del contexto. (...)”

(...) La falta de claridad del significado de los comportamientos, declaraciones y documentos se soluciona con la averiguación de la finalidad concreta del negocio que expresa la totalidad de sentido del negocio jurídico singularmente considerado. Es decir, será necesario averiguar la causa entendida como elemento del negocio y síntesis unitaria del concreto equilibrio de intereses.

(...) En efecto, la multiplicidad de significados de los comportamientos, declaraciones y documentos se explican concretamente mediante el conocimiento de la causa del negocio.

(...) Este criterio de interpretación debe ser evaluado objetivamente según la particular economía del negocio. Para ello será importante tener certeza

de la causa concreta para luego poder atribuir significados unívocos a los comportamientos, declaraciones y documentos.

(...) Entonces, la expresión "naturaleza y objeto del negocio" hay que entenderla como aquella causa concreta en la economía de la operación contractual."<sup>20</sup>

Una interpretación literal del artículo 170° del Código Civil sobre la base de lo señalado por la doctrina, lleva a este Tribunal Arbitral a la conclusión de que la norma en cuestión está referida al supuesto en que las expresiones contenidas en un contrato, o en determinadas cláusulas de éste, tengan varios sentidos; es decir, que opera sólo en el caso de que nos encontremos frente expresiones con significados divergentes, contrapuestos o ambiguos. Ni la buena fe, ni el criterio de interpretación finalista de los negocios jurídicos pueden ser usados para encontrar en los CONTRATOS DE CONCESIÓN estipulaciones que las partes no previeron o para generar un contrato distinto del convenido. La buena fe constituye criterio de interpretación y de ejecución de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, pero en modo alguno autoriza su modificación implícita por el Tribunal Arbitral, toda vez que este modo de actuación podría dejar sin sentido la facultad normativa que nuestro ordenamiento ha conferido a OSIPTEL. Esto último no significa que el Tribunal Arbitral se encuentre obligado a realizar una simple lectura literal de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, sino que le corresponde que juzgue, sobre la base de lo expresado en dichos Contratos, si es que las actuaciones de OSIPTEL se desarrollaron bajo una interpretación admisible (y de buena fe) del texto contractual.

Y es justo en esta tarea que habrá que tener en cuenta, como señala Torres Vásquez, que "[l]a buena fe preside no solamente la interpretación del acto jurídico, sino también su negociación, celebración y ejecución, o sea que gobierna la conducta de las partes desde antes de que nazca el acto jurídico hasta su extensión y **abarca no solamente**

<sup>19</sup> LOHMANN, Juan Guillermo. "El Negocio Jurídico", 2ª. Reimpresión de la 2ª. Edición, Lima, Grijley, 1997, p. 275.

<sup>20</sup> MORALES HERVIAS, Rómulo. "Interpretación Finalista". En: "Código Civil Comentado por los Mejores Especialistas", Tomo I, Lima, Gaceta Jurídica, 2003, p. 752.

al acto jurídico privado, sino también al acto público o administrativo”<sup>21</sup>. (las negritas son nuestras)

En esa línea de análisis, no debe olvidarse que el principio de la buena fe es aplicable a todo proceso y por tanto al procedimiento administrativo, como por ejemplo lo reconoce el artículo IV, numeral 1.8, del Título Preliminar de la LPAG que consagra en el campo del procedimiento administrativo el principio de la buena fe, en los siguientes términos: “**La autoridad administrativa**, los administrados, sus representantes o abogados y, en general, todos los partícipes del procedimiento, **realizan sus respectivos actos procedimentales guiados por el respeto mutuo, la colaboración y la buena fe**. Ninguna regulación del procedimiento administrativo puede interpretarse de modo tal que ampare alguna conducta contra la buena fe procesal”. (las negritas y el subrayado son nuestros)

De conformidad con este marco, el Tribunal Arbitral hace suyas las expresiones de TELEFÓNICA contenidas en su escrito de demanda, acerca de que “el contrato debe ser interpretado de forma tal que sus vacíos no sean llenados arbitrariamente, por lo que cualquier deficiencia debe ser solucionada con interpretaciones que resulten compatibles con su texto expreso y que, de esa suerte, reflejen fielmente la voluntad de las partes expresada en el acto”<sup>22</sup>.

En este orden de ideas, las reglas de interpretación finalista (contenida en el artículo 170° del Código Civil antes mencionado), pero también la sistemática (a que se refiere el artículo 169°<sup>23</sup>) tienen singular relevancia en la ejecución de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. Ello obliga a la recíproca lealtad de las partes para alcanzar la finalidad de los CONTRATOS DE CONCESIÓN en relación a los servicios de telecomunicaciones en el Perú y a la determinación del factor de productividad, como instrumento de la potestad reguladora de OSIPTEL.

<sup>21</sup> TORRES VASQUEZ, Anibal. “Código Civil”, Lima, IDEMSA, Bogotá, Temis, 2002, p. 172.

<sup>22</sup> Páginas 20-21 del escrito de demanda de TELEFÓNICA.

<sup>23</sup> “Artículo 169°.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas”.

Sin embargo, respecto de aquellos temas que no se encuentren regulados directa o indirectamente en los CONTRATOS DE CONCESIÓN y sus addendas, OSIPTEL conserva la más plena facultad normativa<sup>24</sup>, siempre y cuando se ejercite dentro de los límites de la razonabilidad, ante lo cual TELEFÓNICA simplemente no puede cuestionar.

En ese sentido, corresponde que se haga mención una vez más de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 67° del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, el cual es claro al reconocer que compete al organismo regulador el diseñar y aprobar el sistema de tarifas tope aplicables, salvo que el CONTRATO DE CONCESIÓN establezca un criterio tarifario determinado. Para este Tribunal Arbitral, lo establecido en esta disposición significa que sólo en tanto y en cuanto los CONTRATOS DE CONCESIÓN dispongan un criterio o mecanismo tarifario convenido mutuamente por las partes, será éste el aplicable. Caso contrario, es decir, en caso de ausencia de dicho mecanismo o de un procedimiento pactado contractualmente por las partes, quedará a cargo de OSIPTEL el diseñar y aprobar el correspondiente sistema de tarifas tope aplicable.

Además, consideramos pertinente aclarar que es innegable que aquellos aspectos relativos al mecanismo, procedimiento y criterio a seguirse para fijar las tarifas tope y sus factores componentes que no se encuentren regulados directa o indirectamente por los CONTRATOS DE CONCESIÓN, forman parte de la esfera de potestades de *ius imperium* discrecionales de OSIPTEL, en razón de lo cual el único límite se encuentra en el criterio de razonabilidad (derivado del principio de legalidad) que desarrollamos más adelante.

En conclusión, la actuación razonable de OSIPTEL respecto a temas no regulados en los CONTRATOS DE CONCESIÓN no constituye una violación del deber de buena fe o

<sup>24</sup> Así se deriva de lo establecido en el artículo 8° de la Ley No. 26285, según el cual OSIPTEL puede dictar resoluciones regulatorias "dentro de los marcos establecidos por las normas del sector y los respectivos contratos de concesión". (las negritas son nuestras)

una interpretación de los mismos en contravención de la regla de interpretación en base a la común intención de las partes, sino el legítimo ejercicio de las facultades discrecionales que las leyes atribuyen expresamente a favor del organismo regulador.

#### **IV.1.5. El procedimiento para la determinación del factor de productividad es un procedimiento administrativo**

La sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN prevé un procedimiento que tiene como objetivo final la determinación por parte de OSIPTEL del factor de productividad aplicable a TELEFÓNICA en periodos de tres años, empezando el primer periodo a regir de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Supremo No. 021-98-MTC, a partir del 1 de septiembre de 2001.

Sobre este particular, este Tribunal Arbitral considera que la decisión final que emita el OSIPTEL para determinar el factor de productividad constituye, como se explica en el numeral siguiente, un acto administrativo reglado en lo relativo a la forma en que debe expedirse tal decisión y discrecional en su contenido.

Ahora bien, en relación al procedimiento administrativo que debe seguirse para la determinación del factor de productividad que, como hemos indicado se encuentra reglado, resulta de aplicación el TUO en especial, los artículos 1º y 4º, aunque en razón de su claridad conceptual, consideramos pertinente citar la definición dispuesta en el artículo 29º de la LPAG, según la cual:

“Se entiende por procedimiento administrativo al conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.”

Como consecuencia de esta definición, el procedimiento bajo análisis debe realizarse obligatoriamente por periodos de tres años en los estrictos términos y condiciones

establecidos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, no sólo porque así está estipulado en los referidos contratos-ley, sino porque además ello constituye un requisito de validez del acto administrativo a ser emitido. En ese sentido, justamente porque se trata de un procedimiento administrativo, éste se debe conducir de acuerdo con las garantías del debido procedimiento y los principios establecidos en las normas que rigen el procedimiento administrativo, cuidándose de interpretar las reglas contractuales de conformidad con el principio de buena fe contractual reconocido por los artículos 1362° y 168° del Código Civil.

Este Tribunal Arbitral ha formado convicción de que nada hay de extraño en que las reglas básicas de este procedimiento administrativo hayan sido fijadas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN. Si se objetara que por virtud de lo establecido en el artículo 18° del Decreto Legislativo N° 757<sup>25</sup> y el artículo 38° del TUO <sup>26</sup> es necesario que todo procedimiento administrativo sea establecido por una norma, bastaría con señalar que los CONTRATOS DE CONCESIÓN fueron aprobados por medio del Decreto Supremo No. 011-94-TCC. Pero, además, en el caso concreto de la fijación tarifaria que nos convoca, debemos recordar que tal posibilidad se reconoce explícitamente en el artículo 67° de la Ley de Telecomunicaciones, norma que autoriza que los criterios tarifarios (que comprende en nuestra opinión las reglas que se establezcan para la fijación de tarifas a través de un procedimiento administrativo) sean regulados en CONTRATOS DE CONCESIÓN, afirmación contra la cual no cabe argumento sólido en contrario alguno, ya que si el ordenamiento jurídico admite que la Administración imponga a los administrados cargas y obligaciones a través de actos unilaterales (como un reglamento), forzosamente hay que reconocer que esto mismo es posible cuando deriva de un negocio jurídico bilateral o plurilateral.

  
<sup>25</sup> "Artículo 18°.- Con la finalidad de aliviar las cargas y obligaciones que se imponen a las empresas e inversionistas en su relación con la Administración Pública e iniciar un efectivo proceso de desburocratización en el país, solamente podrán establecerse trámites o requisitos administrativos mediante Decreto Supremo, Decreto Ejecutivo Regional u Ordenanza Municipal, según se trate del Gobierno Central, los Gobiernos Regionales o los Gobiernos Locales".

<sup>26</sup> "Artículo 38°.- Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante los procedimientos que estuvieren establecidos. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos".



En ese sentido, este Tribunal Arbitral entiende que en la medida en que el consentimiento del administrado, antes que una limitación para el establecimiento de un procedimiento administrativo por vía contractual, constituye garantía del más amplio respeto a las reglas de la seguridad jurídica y del debido proceso, por lo que el establecimiento de un procedimiento administrativo de fuente contractual es no sólo permisible, sino que además contribuye a reducir el nivel de discrepancias entre la Administración y los administrados.

También debe tenerse en cuenta que, el procedimiento para la determinación del factor de productividad está sujeto al principio del debido procedimiento que comprende, entre otros derechos, el derecho que tiene el administrado a exponer sus argumentos o razones para sus pretensiones y defensas antes de la emisión del acto administrativo que se refiere a sus intereses y derechos.

El principio del debido procedimiento, que se deriva del principio constitucional del debido proceso en sede judicial y que es reconocido por la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional peruano, supone seguir el procedimiento legalmente pre-establecido, respetando en cada una de sus etapas, trámites y actuaciones.

En otras palabras, antes de su emisión el acto administrativo debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento previsto para su generación. Este principio del debido procedimiento se encuentra consagrado en términos generales en los artículos 38° y 43° inc. C) del TUO y, explícitamente, en el inciso 1.1.2 del artículo IV del Título Preliminar e inciso 5) del artículo 3° de la LPAG.

#### **IV.1.6. La determinación del factor de productividad es una facultad discrecional de OSIPTEL.**

Sobre este particular, este Tribunal Arbitral conceptúa que si bien el procedimiento establecido para la determinación del factor de productividad aparece estrictamente regulado por la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, contractualmente no se ha establecido (como lo reconoce expresamente TELEFÓNICA en su

JHv;



demanda<sup>27</sup>) el modo en que OSIPTEL deba conducir su revisión, ni los elementos que el organismo regulador debe analizar en tal proceso. Lo único que los CONTRATOS DE CONCESIÓN le aseguran a la empresa concesionaria, es que OSIPTEL otorgará debida consideración a sus comentarios escritos u objeciones antes de emitir su Mandato Final.

De esta manera, el Tribunal Arbitral estima que la determinación del factor de productividad constituye en cuanto a su contenido (mas no en cuanto al procedimiento) una facultad discrecional del regulador, lo que no importa que no pueda ser objeto de revisión en este procedimiento.

En efecto, conforme lo explica García de Enterría, "(...) la Ley puede determinar agotadoramente todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo y una potestad aplicable al mismo también definida en todos sus términos y consecuencias. (...) o bien, por el contrario, definiendo la Ley, porque no puede dejar de hacerlo, en virtud de las exigencias de explicitud y especificidad de la potestad que atribuye a la Administración, algunas de las condiciones de ejercicio de dicha potestad, **remite a la estimación subjetiva de la Administración el resto de dichas condiciones**, bien en cuanto a la integración última del supuesto de hecho (por ejemplo: construcción de una obra pública, ascensos o designaciones electivas de funcionarios o de cargos), bien en cuanto al contenido concreto, dentro de los límites legales, de la decisión aplicable (por ejemplo: fijación del quantum de una subvención, determinación del contenido de la norma reglamentaria, del Plan urbanístico, etc.), bien de ambos elementos"<sup>28</sup>. (las negritas y el subrayado son nuestros)

En definición de Dromi, las facultades regladas de la Administración Pública son aquellas en las cuales "[l]a ley sustituye por anticipado el criterio del órgano administrativo, predeterminando qué es lo conveniente al interés público; señala un

<sup>27</sup> Escrito de demanda de TELEFÓNICA, página 28: "Lo que los Contratos de Concesión no indican, sin embargo, es cómo debe determinarse el factor de productividad".

<sup>28</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. cit., pp. 452-453.

camino inevitable al administrador, que en tales casos prescinde de su apreciación personal sobre el mérito del acto, pues no tiene elección posible. (...) Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando la norma jurídica predetermina concretamente la conducta que la Administración debe seguir. Es decir, que la actividad administrativa es reglada cuando se determinan su contenido y forma. La norma jurídica especifica la conducta administrativa y limita su arbitrio o libertad; no deja margen alguno para la apreciación subjetiva del agente sobre la circunstancia del acto. El orden jurídico establece qué es lo que el órgano debe hacer específicamente en un caso concreto, ante tal o cual situación de hecho (...)”<sup>29</sup>.

Por el contrario, “[h]ay poder discrecional cuando en determinadas circunstancias de hecho, la autoridad administrativa tiene libertad de decidir y de tomar tal o cual medida. En otros términos, cuando el derecho no le ha impuesto por anticipado un comportamiento a seguir. (...) Las facultades del órgano son discrecionales cuando el orden jurídico le otorga cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa o hacerla de una u otra manera. El órgano puede decidir según su leal saber y entender, si debe actuar o no y, en su caso, qué medidas adoptar. **En este aspecto la discrecionalidad expresa la actividad de razón y buen juicio de la Administración.** (...) **La existencia de la actividad discrecional es una resultante de la imposibilidad práctica de que las leyes limiten la competencia en todos sus aspectos y puedan determinar de antemano todas las situaciones reales que se presenten.** Siempre se le escapan al legislador hipótesis no previsibles, hechos inesperados o complejos de hechos. (...) La discrecionalidad es una libertad, más o menos limitada, que el orden jurídico da a la Administración para que ella elija oportuna y eficazmente los medios y el momento de su actividad dentro de los fines indicados por la ley. (...)”<sup>30</sup> (las negritas y el subrayado son nuestros)

A diferencia de las facultades regladas, “(...) el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia

<sup>29</sup> DROMI. Ob. cit., p. 506.

Administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular. Ha de notarse, sin embargo, que esa estimación subjetiva no es una facultad extra-legal, que surja de un supuesto poder originario de la Administración, anterior o marginal al Derecho; es, por el contrario, una estimación cuya relevancia viene de haber sido llamada expresamente por la Ley que ha configurado la potestad y que se la ha atribuido a la Administración justamente con ese carácter.”<sup>31</sup>

En tal sentido, la existencia de facultades discrecionales a cargo de las entidades administrativas no es extraña al principio de legalidad que rige a la Administración Pública, sino que, por el contrario, se encuentra enmarcada dentro de dicho principio.

Sobre este particular, cabe precisar que “(...) Todas las actividades de la autoridad administrativa deben ceñirse a reglas preestablecidas. Los actos administrativos carecen de vida jurídica cuando les falta la fuente primaria permisiva: la ley. Ahora bien, toda ley crea siempre e inexorablemente un cuadro dotado de objetividad dentro del cual se mueven los sujetos del derecho. El grado de esa objetividad es el que varía. Es decir, cualquiera que sea la situación jurídica se puede reconocer una limitación que enmarca los confines de libertad de un sujeto. Tal libertad puede ser más o menos amplia en función de las pautas establecidas en las disposiciones que rigen la especie.”<sup>32</sup>

“Lo discrecional no es una manifestación de pura libertad; se encuentra, como toda actividad estatal, vinculada al orden jurídico. La diferencia que presenta con la actividad reglada es una cuestión de grado normativo; ésta es más regulada que aquélla”.<sup>33</sup>

Como ya hemos explicado al momento de analizar la aplicación del principio de legalidad a la actuación de OSIPTEL, no es admisible que una autoridad administrativa

<sup>30</sup> Ibidem, p. 509.

<sup>31</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. cit., p. 453.

<sup>32</sup> DROMI. Ob. cit., p. 507.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 516.

ejerza una determinada facultad o competencia si dicha facultad o competencia no está prevista o no se encuentra respaldada en una norma o, como ocurre en el caso concreto, en los CONTRATOS DE CONCESIÓN. La discrecionalidad, en concordancia con el principio de legalidad, debe tener una fuente que defina las condiciones básicas de la actuación administrativa y que remita el resto a la estimación de la autoridad.

Como ha destacado García de Enterría "(...) la remisión de la Ley al juicio subjetivo de la Administración no puede ser más que parcial y no total. (...) En efecto, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la Ley a la Administración, resulta que esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos de dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad. (...) En concreto, puede decirse que son cuatro por lo menos los elementos reglados por la Ley en toda potestad discrecional y que no pueden dejar de serlo: la existencia misma de la potestad, su extensión (que nunca podrá ser absoluta, como ya sabemos), la competencia para actuarla, que se referirá a un ente y –dentro de éste – a un órgano determinado y no a cualquiera, y, por último, el fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública. Además de estos cuatro elementos preceptivamente reglados puede haber en la potestad otros que lo sean eventualmente: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio fondo parcialmente reglado (...)".<sup>34</sup> (las negritas y el subrayado son nuestros)

Así pues, siguiendo nuevamente a García de Enterría, son cuatro los elementos reglados mínimos en la potestad discrecional: (i) la existencia misma de la potestad; (ii) su extensión; (iii) la competencia del órgano; y, (iv) el fin para el que es ejercida. Debe añadirse que la discrecionalidad implica siempre el poder de decidir respecto de múltiples opciones, todas indistintamente válidas.

<sup>34</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA. Ob. cit., pp. 454-455.

Este Tribunal Arbitral destaca que la potestad de OSIPTEL de determinar el factor de productividad que se deriva directamente de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, puede ser ejercida por OSIPTEL únicamente en las oportunidades, bajo el procedimiento y con los propósitos previstos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el Glosario anexo a los CONTRATOS DE CONCESIÓN, el factor de productividad que se determine debe medir los "aumentos en productividad" de la empresa concesionaria<sup>35</sup>, por lo que se encuentra vedado cualquier procedimiento que no sea susceptible de mensurar tal productividad, entendida ésta última, tal y como las partes lo han reconocido a lo largo del presente proceso arbitral, en su acepción económica; esto es, como la "relación entre lo producido y los medios empleados, tales como mano de obra, materiales, energía, etc."<sup>36</sup> Pero, una vez superados estos elementos reglados (dentro de los que debe comprenderse necesariamente el fin mismo para el que se ejerce la potestad reguladora<sup>37</sup>), el organismo regulador se encuentra absolutamente habilitado para elegir el mecanismo que mejor pueda, a su juicio, medir la productividad real de la empresa concesionaria en lo relativo a los servicios materia de regulación tarifaria.

Sin embargo, una vez más el Tribunal Arbitral considera necesario insistir que el hecho de que aun cuando el Mandato Final que contiene la determinación del factor de productividad constituya expresión de una potestad discrecional, ello no altera la circunstancia de que estemos ante un acto administrativo emitido por OSIPTEL y que,

<sup>35</sup> Al referirse al factor de productividad (o factor X), el Glosario establece que éste "es un elemento del factor de control de tarifas, que determina el máximo nivel de cambio permitido para la tarifa promedio ponderada de las Canastas de Servicios aplicables en base a los aumentos de productividad establecidos de acuerdo a lo que se indique en los Anexos y Cláusulas de tarifas de cada contrato".

<sup>36</sup> Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Voz "Productividad", tercera acepción.

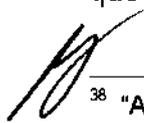
<sup>37</sup> Que no es otro, como se deriva del inciso (c) de la Sección 9.01 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN que el de "asegurar tarifas sostenibles y razonables en beneficio de los usuarios". La sustentabilidad, como resulta evidente, alude al hecho de que las tarifas que así se establezcan deben permitir a la empresa recuperar cuando menos los costos incurridos en la provisión del servicio más un margen de utilidad razonable. La razonabilidad alude al hecho de que, en situaciones de monopolio natural, el régimen tarifario debe procurar replicar las condiciones de comercialización que se observarían en un mercado competitivo.

como tal, se encuentre sometido a los requisitos de validez que establece el TUO<sup>38</sup>. Entre ellos, este colegiado destaca la motivación del acto administrativo. Dicho elemento cobra especial importancia, en atención al hecho de que al carecer los CONTRATOS DE CONCESIÓN de reglas precisas sobre el particular, los fundamentos que ofrezca OSIPTEL sobre las decisiones que adopte en cada caso constituyen la medida sobre la cual se evaluará la razonabilidad y, por lo tanto, la legitimidad de dichas decisiones.

La motivación del acto administrativo es el deber del órgano competente de examinar las circunstancias de hecho y de derecho que correspondan al caso. Cabe señalar que, tanto en el caso de actos administrativos emitidos con ocasión del ejercicio de potestades regladas como en aquellos que responden a potestades discrecionales, las circunstancias de hecho y de derecho que provocan la emisión de un acto administrativo, deben ser siempre expresadas. En ese sentido, el artículo 39° del TUO dispone "Todas las resoluciones serán motivadas, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho". La misma exigencia, aunque con mayor precisión técnica es recogida en el artículo 6.1 de la LPGA: "la motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado".

Como es obvio, el requisito de validez de la motivación no se verifica simplemente con cualquier expresión formal de razones. La motivación debe estar referida necesariamente a hechos evaluados y debidamente probados y a las normas pertinentes aplicables al caso.

En consecuencia, es ineludible que OSIPTEL tenga que explicitar las razones por las que adopta tal o cual decisión, y, en lo que se refiere al tema materia de este laudo

  
<sup>38</sup> "Artículo 38°.- Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante los procedimientos que estuvieren establecidos. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos".



arbitral, más precisamente a los comentarios escritos u objeciones de TELEFÓNICA acerca de la propuesta del factor de productividad, a OSIPTEL le cabe la obligación de explicitar las consideraciones por las que un comentario u objeción es dejado de lado.

Por otro lado, sin perjuicio de la calidad de facultad discrecional que la determinación del factor de productividad adopta en nuestro ordenamiento jurídico, lo cierto es que este Tribunal Arbitral entiende que al momento en que las partes suscribieron los CONTRATOS DE CONCESIÓN, pactaron expresamente el concepto de "factor de productividad" o "factor X", ya que sobre él existía y existe un marco de certeza a nivel internacional.

Justamente por ello y sin perjuicio de lo parco de las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, este Tribunal Arbitral destaca que las partes han mostrado su conformidad acerca de la base metodológica que empleó OSIPTEL para calcular los aumentos de productividad de TELEFÓNICA. En particular, este Tribunal Arbitral llama la atención acerca de que tanto TELEFÓNICA que contrató los servicios de NERA, como OSIPTEL que contó con la colaboración de Christensen, optaron por aplicar un mismo marco metodológico, por lo que las diferencias que se discuten en este procedimiento no se encuentran a nivel de dicho marco, sino en el de su aplicación concreta, como se puntualiza más adelante.

Este Tribunal Arbitral entiende que la razón por la que la discrepancia que existe entre las partes no se extiende al marco metodológico, se debe precisamente al modo en que han sido redactados los CONTRATOS DE CONCESIÓN, ya que si bien no existe una definición contractual expresa, el esquema de fórmulas de tarifas tope no constituye una invención de nuestro regulador. De tal suerte que, como ha indicado TELEFÓNICA, "aunque las partes no dijeron nada de modo expreso, era patente la voluntad común de someterse a los dictados de esa experiencia internacional y, en particular, a los postulados de la doctrina regulatoria correspondiente".<sup>39</sup>

<sup>39</sup> En ese mismo sentido se expresan los doctores Javier Tovar Gil y Liliana Tsuboyama Shiohama, en el informe ofrecido por TELEFÓNICA (ver anexo 1-AI de la demanda): "la interpretación de sus cláusulas [se refieren a las Cláusulas de los CONTRATOS DE CONCESIÓN] debe ser compatible

#### IV.1.7. La aprobación de los ajustes trimestrales es una facultad reglada de OSIPTEL

Este Tribunal Arbitral entiende que a diferencia de la determinación del factor de productividad que este colegiado ha calificado como una potestad discrecional, la facultad de aprobar los ajustes trimestrales presentados bajo fórmulas de tarifas tope, que los incisos (b) y (g) de la Sección 9.03 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN reconocen a OSIPTEL, constituye claramente una facultad reglada, toda vez que los Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN establecen el modo en que deberá calcularse el factor de control resultante de la combinación del Índice de Precios al Consumidor (IPC) y el factor de productividad, así como la forma en que deberá obtenerse la tarifa tope correspondiente a cada canasta de servicios sujeta a la fórmula de tarifas tope. Así, la intervención de OSIPTEL sólo se justifica, como resulta de la lectura del numeral (g) de la Sección 9.03, "con la finalidad de comprobar que las tarifas propuestas sean acordes con las fórmulas de tarifas tope aplicables".

En efecto, bajo un esquema de fórmulas de tarifas tope (también llamado de *price caps*), corresponde que la empresa sujeta a regulación tarifaria establezca libremente las tarifas aplicables a cada uno de los servicios que comercializa en el mercado. Sobre este particular, cabe destacar que el mismo OSIPTEL ha reconocido en diversas oportunidades,<sup>40</sup> que la esencia del sistema de tarifas tope consiste en su flexibilidad, la que resulta evidenciada cuando se tiene en cuenta que los topes tarifarios se

---

con la doctrina regulatoria del *price cap*", precisando luego que "no es posible interpretar las cláusulas del contrato de manera incompatible con este sistema tarifario".

<sup>40</sup> Así, por ejemplo, en la página 13 del Documento de Trabajo N° 62 (denominado "Determinación del factor de productividad en la prestación del servicio telefónico básico como parte del modelo de regulación tarifaria en el sector telecomunicaciones"), OSIPTEL destaca lo siguiente: "El esquema de precios tope otorga flexibilidad al operador establecido dentro de canasta de servicios (*sic*). Dado que el sistema regula en la práctica el valor de cada canasta la empresa operadora puede modificar las tarifas de los diferentes elementos tarifarios que conforman las mismas siempre que se cumpla con no exceder el valor tope establecido para cada una de ellas" (el énfasis es agregado). Más adelante, en la página 81 del mismo documento puede leerse: "Una de las ventajas más resaltantes del sistema "price cap", es la flexibilidad tarifaria que surge de la regulación aplicable a los ingresos asociados a cada una de las canastas reguladas con el régimen de tarifa tope. Esto le permitirá a la empresa la construcción de diversos planes tarifarios que le permitan atender la disposición a pagar de los distintos segmentos de demanda que tienen tanto el servicio de telefonía fija local como el

establecen por canastas y no para cada servicio en particular. Así, este sistema de flexibilidad permite a la empresa concesionaria la introducción de nuevos servicios, proponer nuevos esquemas tarifarios, reducir o incrementar precios y, en general, adoptar cualquier decisión de comercialización, siempre y cuando asegure que la tarifa promedio ponderada por canasta no resulte superior a la tarifa tope correspondiente al trimestre corriente.

Obviamente, este Tribunal Arbitral entiende que la facultad reglada de aprobar ajustes trimestrales de tarifas, no impide que OSIPTEL con el propósito de otorgar certidumbre a su accionar, explicita las reglas a que se sujetará su evaluación y el modo en que interpretará las reglas contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, como en efecto lo ha hecho al aprobar el Primero y el Segundo Instructivos. No debe olvidarse, que, incluso en la interpretación de facultades regladas, es posible que se susciten discrepancias entre las partes, como este proceso arbitral pone en evidencia y como resulta natural en contratos destinados a regir por un período tan largo de tiempo, en los que resulta imposible que las partes puedan prever todas las circunstancias que podrían presentarse en el futuro. De la misma manera, cabe recordar que en aquello no previsto por los CONTRATOS DE CONCESIÓN, OSIPTEL conserva un espacio de discrecionalidad que este Tribunal Arbitral observa que ha sido ejercido por OSIPTEL al emitir los dos Instructivos antes citados.

Sin embargo, al mismo tiempo este Tribunal Arbitral entiende que la facultad que tiene OSIPTEL de interpretar y desarrollar aquellos aspectos que no hubieran sido regulados o que no estuvieran del todo claros en los CONTRATOS DE CONCESIÓN (bajo el principio de la buena fe contractual), no significa que el organismo regulador tenga atribución para modificar el texto o espíritu de tales Contratos, ya que ello implicaría vulnerar la garantía dispuesta por el segundo párrafo del artículo 62° de la Constitución.

  
servicio portador de larga distancia nacional e internacional". (las negritas y el subrayado son nuestros)



#### IV.1.8. La razonabilidad como estándar de evaluación de los actos del regulador

La diferente caracterización de las facultades de OSIPTEL que son materia de este proceso arbitral (una, discrecional; otra, reglada) no impide que en lo no previsto por los CONTRATOS DE CONCESIÓN y sobre la base de la motivación debidamente manifestada por el regulador en la emisión de cada uno de los actos administrativos objeto de controversia, el Tribunal Arbitral efectúe, en lo sustancial, un mismo ejercicio de evaluación.

Y justamente sobre este particular, el Tribunal Arbitral no puede menos que coincidir con la postura expresada por ambas partes durante todo el proceso, según la cual las decisiones adoptadas por el regulador (y principalmente aquéllas de naturaleza discrecional) deben juzgarse a partir de un criterio de razonabilidad, lo que importa, por un lado, que OSIPTEL se encuentra impedido de elegir alternativas irracionales o que contravengan el texto y espíritu de los CONTRATOS DE CONCESIÓN; y, por otro lado, que cuando el organismo regulador haya adoptado una de las decisiones posibles dentro de un marco de razonabilidad, por principio general ni el Tribunal Arbitral ni ninguna otra autoridad administrativa o jurisdiccional podrán dejar sin efecto dicha decisión o pretender sustituir lo ordenado por aquél.

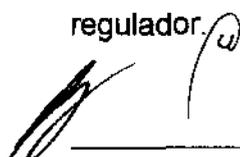
Es más, el propio Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. 141-2002-AA/TC, citado ya en este Laudo, da un marco que este colegiado comparte: "se debe considerar que dentro del ámbito de la discrecionalidad técnico-administrativa, existe una presunción de razonabilidad o certeza respecto del tratamiento imparcial y de la fundamentación técnica en la que se sustentan sus decisiones. En este sentido, la fundamentación de la decisión de la corporación demandada descansa en la finalidad de preservar el orden y la seguridad en la vía pública (..) En consecuencia, desde la perspectiva del fin que se persigue, no resulta irrazonable la medida adoptada".

Sobre este particular, Dromi expresa que "en todos los casos, la Administración debe actuar conforme a un **debido proceso de razonabilidad**, investigando, comprobando, verificando, apreciando y juzgando los motivos determinantes de su decisión. Por ello

es impropio e ilegítimo que la Administración invoque o alegue en sus decisiones principios superiores de utilidad pública, utilidad general, utilidad común, salud pública, orden público, moralidad pública, seguridad pública, salubridad pública, interés público, necesidad pública, satisfacción colectiva, disciplina administrativa, etc., sin la comprobación de su veracidad". (las negritas y el subrayado son nuestros)

El propio autor postula que "estas cláusulas standard, que incluye el legislador mediante fórmulas elásticas más o menos vagas, confieren al administrador un flexible arbitrio interpretativo, **pero en todos los casos las causas que determinan la creación del acto deben ser razonables.** (...) La actividad discrecional, como toda actividad administrativa, debe desarrollarse conforme a derecho. Si bien se desenvuelve en una esfera de libre predeterminación legal, no escapa al principio de juridicidad" (el énfasis es agregado); y concluye sosteniendo que "**La regla de legalidad de la Administración implica tanto la exigencia de legalidad en sentido estricto como la de razonabilidad.** La garantía de razonabilidad, pese a su vinculación sistemática con la de legalidad, tiene un cierto carácter autónomo. Lo razonable es lo justo, proporcionado, equitativo, por oposición a lo irrazonable, arbitrario, injusto. La razonabilidad consiste, desde este punto de vista, en una valoración jurídica de justicia. (...) **La razonabilidad limita la actividad administrativa discrecional por el mismo orden jurídico de una forma más o menos elástica, vaga o imprecisa, necesitada de una investigación de hecho en cada caso concreto; una decisión administrativa es irrazonable cuando falla en su fundamentación, o no guarda una proporción adecuada entre los medios empleados y el fin de las normas que se aplican** (PTN, 21/5/96, Dictamen, 80/96)".<sup>41</sup> (las negritas y el subrayado son nuestros)

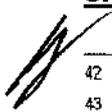
En este proceso arbitral, ambas partes se han referido en repetidas oportunidades al modo en que debe evaluarse la razonabilidad bajo la que debe actuar el organismo regulador.

  
<sup>41</sup> DROMI. Ob. cit., pp. 509-512.

Así, como anexo a su demanda, TELEFÓNICA presentó la sentencia emitida en 1984 por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el proceso seguido por Chevron USA Inc. contra *Natural Resources Defence Council Inc.*<sup>42</sup>. El texto de dicha resolución, sobre cuya aplicabilidad OSIPTEL ha manifestado su plena conformidad, destaca en su parte relevante que cuando la norma legal "guarda silencio o es ambigua en relación con el tema específico, la cuestión para la corte es si la respuesta de la agencia se halla basada en una interpretación permisible de la norma", precisándose luego que "[e]n ocasiones la delegación legislativa a una agencia sobre una particular cuestión es implícita antes que explícita. En tal caso, **una corte no puede sustituir su propia interpretación de una provisión legal por una interpretación razonable hecha por una agencia**".<sup>43</sup> (las negritas y el subrayado son nuestros)

En base a la denominada regla Chevron (llamada así gracias a este fallo judicial), se han emitido en los Estados Unidos una serie de decisiones judiciales que refuerzan el principio de que no corresponde a las cortes (y, por lógica extensión, tampoco a un Tribunal Arbitral) sustituir o modificar las decisiones razonables que expidan los órganos de la Administración. Para demostrarlo, OSIPTEL ofreció en su oportunidad transcripciones del texto de hasta doce sentencias expedidas por la Corte Suprema de los Estados Unidos o por Cortes Federales de dicho país.

A criterio de este Tribunal Arbitral, de particular interés resulta lo expresado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el proceso seguido por Heckler contra Chaney<sup>44</sup>, en el que se dijo: "Este reconocimiento a la existencia de discrecionalidad se debe en gran medida a la inconveniencia general de que en la revisión judicial de las decisiones de una agencia se niegue ejecutabilidad a éstas. Las razones para esta inconveniencia general son muchas. En primer lugar, la decisión de una agencia (...) normalmente comprende un complicado balance de un número de factores que se hallan particularmente comprendidos dentro de su *expertise*. (...) **La agencia se encuentra bastante mejor equipada que las cortes para analizar todas las**

 <sup>42</sup> 467 U.S. 837 (1984).

<sup>43</sup> Traducción libre del Tribunal Arbitral del texto en inglés que obra en autos.

<sup>44</sup> 470 U.S. 821 (1985)





**variables involucradas al establecer el orden adecuado de sus prioridades.**

Similares preocupaciones animan el principio del derecho administrativo de que las cortes otorgarán deferencia a la interpretación de una agencia sobre las normas cuya carga de implementar le ha sido asignada, y a los procedimientos que adopta para implementar dichas normas".<sup>45</sup> (las negritas y el subrayado son nuestros)<sup>46</sup>

La regla Chevron identifica la obligación que tienen las cortes en el ordenamiento administrativo estadounidense, de otorgar adecuada deferencia a las interpretaciones adoptadas por una agencia regulatoria, siempre y cuando dichas interpretaciones no resulten irracionales. Aun cuando, como es obvio, la regla en cuestión no resulta directamente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico, este Tribunal Arbitral considera que esta regla coincide, en lo sustancial, con el modo en que debe juzgarse en el sistema romano-germánico la actuación de potestades discrecionales por la Administración.

Sobre la base de esta consideración, este Tribunal Arbitral se halla impedido por regla general de sustituir las decisiones técnicas que hubiera adoptado OSIPTEL en ejercicio de sus funciones reguladoras y debe abstenerse, otorgando adecuada deferencia a las interpretaciones del regulador, de disponer que se sigan cursos de acción alternativos cuando el organismo regulador hubiera adoptado aquellos que, sobre la base del texto explícito y la interpretación de buena fe de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, resultaran razonables y ajustados a derecho.

En el sistema romano-germánico, Dromi formula una relación de cuáles son cada uno de los aspectos que toda decisión discrecional de una entidad administrativa deben cumplir para ser razonables, que el Tribunal Arbitral hace suyas y que empleará en la

<sup>45</sup> Traducción libre del Tribunal Arbitral del texto en inglés que obra en autos.

<sup>46</sup> En ese mismo sentido, Luciano Parejo Alfonso sostiene que la Administración es "la que está en mejor posición institucional, por su actuación constante y de oficio, mayor capacidad técnica y operativa y asimismo mayor impenetración con el medio económico-social, para reaccionar ante y resolver con prontitud y eficacia las cambiantes necesidades sociales. Por el contrario, la Justicia permanece estrechamente vinculada a la Ley y requiere, institucionalmente, ser preservada de los estímulos y las influencias coyunturales; circunstancias éstas íntimamente relacionadas con el principio capital de la independencia judicial garantizada constitucionalmente". PAREJO ALFONSO, Luciano y otros. "Manual de Derecho Administrativo", Vol. 1, p. 468.

evaluación que a continuación realizará respecto de las decisiones de OSIPTEL que TELEFÓNICA ha cuestionado. Dicho autor señala que “[l]a decisión discrecional será ilegítima, por transgredir el principio de razonabilidad, cuando:

- No guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que persigue la ley (CSJN, Fallos, 248:800), o entre los hechos acreditados y la decisión que sobre la base de ellos se adopta (falta de proporcionalidad). (...)
- Resuelva cosas que son antitéticas o disponga en la parte resolutive lo contrario de lo que expresaba en los considerandos (la contradicción del acto).
- Se trate de objeto absurdo.
- No dé los fundamentos de derecho que sustentan la decisión adoptada. Actos que prescinden de toda fundamentación normativa seria o que cometen un inexcusable error de derecho.
- No tome en cuenta los hechos acreditados en el expediente o los hechos públicos y notorios.
- Se funde en hechos o pruebas inexistentes.
- Actos ilógicamente motivados por razonamientos falsos, incorrectos, que aparentan ser correctos (falacias no formales), o razonamientos silogísticos inválidos, independientes de su contenido o de la verdad de las premisas de que parten (falacias formales).<sup>47</sup>

## IV.2. ORGANIZACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Tribunal considera que los puntos controvertidos han recogido las pretensiones de la demanda y que durante el proceso se han realizado diversas audiencias en las que las partes expresamente subdividieron los asuntos en disputa, considerando diversas categorías de temas. Esa misma clasificación desarrollada por las partes, aunque con

  
<sup>47</sup> DROMI. Ob. cit., p. 512.



algunas pequeñas diferencias, fue utilizada por este Tribunal Arbitral al programar las diversas Audiencias Especiales que se llevaron a cabo a partir del 5 de agosto de 2002, conforme consta en la parte ANTECEDENTES de este laudo arbitral. Tal distribución fue también la que se empleó, de acuerdo con lo propuesto por las partes mediante escrito conjunto del 3 de abril de 2003, en las Audiencias Especiales llevadas a cabo después de la suspensión del procedimiento arbitral, a partir del 8 de julio de 2003, conforme consta en la parte ANTECEDENTES de este laudo arbitral.

Teniendo presente estos antecedentes, este Tribunal Arbitral considera que a fin de evaluar cada uno de los puntos controvertidos y, por tanto, las pretensiones esgrimidas por TELEFÓNICA, resulta conveniente y necesario (por su estrecha vinculación) agrupar las pretensiones materia de disputa, conforme se indica a continuación:

- (i) **Discrepancias sobre la determinación del factor de productividad para el período 2001- 2004:** Primera y segunda pretensiones principales.
- (ii) **Discrepancias sobre el tratamiento de los planes y paquetes tarifarios:** Tercera, quinta y sexta pretensiones principales.
- (iii) **Discrepancias sobre el tratamiento de los adelantos tarifarios:** Cuarta y octava pretensiones principales.
- (iv) **Discrepancias sobre el tratamiento de las tarifas de partida:** Séptima pretensión principal.

Por su parte, cabe recordar que la novena pretensión principal de TELEFÓNICA no puede ser analizada, por cuanto ha sido materia de desistimiento en el curso del proceso arbitral, conforme se detalla en la parte ANTECEDENTES de este laudo arbitral.

El análisis de cada uno de estos grupos de pretensiones en disputa, se realiza inmediatamente, siguiendo el orden formulado.

### **IV.3. DISCREPANCIAS SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL FACTOR DE PRODUCTIVIDAD PARA EL PERIODO 2001-2004: PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES PRINCIPALES**

#### **IV.3.1. Las pretensiones**

Como ya se ha adelantado, las pretensiones de TELEFÓNICA son las siguientes:

**Primera pretensión principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que la Resolución del Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTTEL infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad total y, por tanto, no resulta oponible a TELEFÓNICA por los siguientes motivos: (a) por haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA información suficiente para que ésta pudiera replicar la metodología utilizada por el regulador para calcular el factor de productividad propuesto en la Resolución del Consejo Directivo No. 023-2001-CD/OSIPTTEL; (b) por haberse aprobado sin conferir a TELEFÓNICA plazo alguno para que ésta pudiera formular comentarios u objeciones respecto de aquellos criterios en base a los cuales el regulador procedió a recalcular el costo del patrimonio que inicialmente había utilizado en la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTTEL; (c) por haber utilizado el número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil que TELEFÓNICA prestaba hasta el año 2000, distorsionando de modo irracional y desproporcionado el cálculo del Factor de Productividad aplicable a los servicios de Categoría I; (d) por haber dispuesto la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular", así como a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I; y, (e) por haber utilizado una metodología para calcular el costo del patrimonio de TELEFÓNICA que no se ajusta a los estándares internacionalmente



establecidos sobre el particular y que, en esa medida, resulta un cálculo irrazonable de dicho costo".

**Segunda pretensión principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que, en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, el Factor de Productividad aplicable a los Servicios de Categoría I que presta TELEFÓNICA asciende a -3,38% anual – o su equivalente trimestral –, conforme se deriva del estudio denominado "Estimación de la TFP de Telefónica del Perú y del cambio en precios del régimen de precios tope" elaborado por la Consultora Internacional Nera".

**Pretensión subordinada a la segunda pretensión principal:** "En caso nuestra segunda pretensión principal sea desestimada, solicitamos al Tribunal Arbitral que, como pretensión subordinada a aquélla, fije el valor del factor de productividad de un modo que resulte consistente con los Contratos de Concesión, en concordancia con el peritaje que se ofrece en la sección de medios probatorios de la presente demanda arbitral".

#### **IV.3.2. Fundamentos expresados por TELEFÓNICA**

Como sustento de estas dos pretensiones principales, así como de la pretensión subordinada a esta última, TELEFÓNICA ha señalado básicamente lo siguiente:

- (i) Que la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN previó dos esquemas tarifarios: el primero, denominado de tarifas tope de rebalanceo y, el segundo, de fórmulas de tarifas tope, que debían aplicarse sucesivamente en el tiempo; precisando que bajo el segundo de dichos esquemas, el tope tarifario debía aplicarse no sobre cada una de las tarifas individualmente consideradas, sino sobre cada una de las canastas de servicios definidas en el inciso c) de la Sección 9.02 de los mencionados Contratos;

- (ii) Que de acuerdo con lo establecido en la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, para implementar el sistema de tarifas tope se requería que OSIPTEL determinara el valor del Factor de Productividad de TELEFÓNICA y precisara el mecanismo mediante el cual debía aplicarse dicho factor al calcular las tarifas tope por canasta;
- (iii) Que si bien la facultad de fijar tarifas ha sido concedida a OSIPTEL por el artículo 77° de la Ley de Telecomunicaciones y reconocida por la Ley de Desmonopolización (norma anterior a los CONTRATOS DE CONCESIÓN), el organismo regulador debe ejercerla de conformidad con los términos establecidos en el artículo 67° de la Ley de Telecomunicaciones, lo que supone: (i) que los regímenes tarifarios que establezca OSIPTEL deben sujetarse a la modalidad de tarifas tope, de suerte que siempre se reconozca el derecho de la empresa concesionaria a fijar las tarifas por debajo de los topes establecidos; (ii) que OSIPTEL se encuentra obligado a respetar los criterios tarifarios establecidos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN suscritos con cada operador de telecomunicaciones;
- (iv) Que si bien el literal c) del artículo 8° de la Ley de Desmonopolización reconoce la capacidad de OSIPTEL para dictar resoluciones regulatorias, dicha potestad debe ejercerse dentro de los marcos establecidos por las normas del sector y los respectivos CONTRATOS DE CONCESIÓN;
- (v) Que, de acuerdo con lo indicado precedentemente, OSIPTEL se encuentra obligado a respetar, al momento de aplicar los regímenes tarifarios, los pactos contenidos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, de tal manera que en la evaluación de sus acciones deben aplicarse preferentemente tales estipulaciones contractuales y, sólo en segundo término, las disposiciones normativas del sector telecomunicaciones;



- (vi) Que, el inciso a) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN señala que "la fórmula de tarifas tope que se aplicará después del período de concurrencia limitada será utilizada por el OSIPTEL para establecer el límite máximo para la tarifa promedio ponderada para cada una de las canastas de servicios definidas en el inciso c) [de esa Sección 9.02]", siendo que el inciso bajo comentario establece a continuación que el límite máximo permisible para las tarifas ponderadas promedio estará sujeto al factor de productividad a que se refiere el Anexo 4 ó 3, según sea el caso, de los CONTRATOS DE CONCESIÓN;
- (vii) Que, con arreglo a las reglas antes indicadas, se colige necesariamente lo siguiente: (a) que, la fórmula de tarifas tope se emplea para establecer el límite máximo de las tarifas; (b) que, para la determinación de tal límite máximo debe tomarse en consideración el factor de productividad; y, (c) que, el límite máximo obtenido por aplicación de la fórmula se debe aplicar sobre la tarifa promedio ponderada correspondiente a cada una de las canastas de servicios definidas para los servicios de Categoría I (es decir, sobre la tarifa compuesta de un conjunto de servicios) y no sobre cada uno de los servicios de manera independiente;
- (viii) Que, el inciso c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN que delimita los servicios que forman parte de cada una de las canastas de servicios de Categoría I sujetas a la fórmula de tarifas tope, contiene un listado cerrado compuesto del siguiente modo: (a) Canasta C: establecimiento de una conexión de servicio de telefonía fija local nueva, a ser cobrada sobre la base de un cargo único de instalación; (b) Canasta D: prestación de una conexión de servicio de telefonía fija local a ser cobrada en base a una renta mensual y llamadas telefónicas locales; y, (c) Canasta E: llamadas telefónicas de larga distancia nacional y llamadas telefónicas internacionales; agregando además que nada en el texto del inciso c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN permite inferir que la intención de las partes consistió en permitir la aplicación de

la fórmula de tarifas tope directamente a los servicios que forman parte de cada una de las canastas de servicios;

- (ix) Que, siendo el listado contenido en el inciso c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN uno cerrado, nada en el texto de los mismos puede habilitar a OSIPTEL para que añada servicios adicionales a las canastas previamente definidas, para generar canastas de servicios adicionales o para excluir ciertos servicios de una canasta en particular;
- (x) Que, la Sección 9.04(c) de los CONTRATOS DE CONCESIÓN establece los límites a los que debe sujetarse OSIPTEL en la fijación del factor de productividad, al disponer que una vez concluida su revisión del factor de productividad, dicho organismo regulador debe entregar por escrito a TELEFÓNICA los resultados de dicha revisión, "junto con (i) las propuestas de modificación, en su caso, preparadas por OSIPTEL y (ii) una notificación especificando el período dentro del cual los comentarios y objeciones podrán ser formulados por escrito por la EMPRESA CONCESIONARIA"; al señalar que tal período de comentarios y objeciones "no podrá ser menor a veinte (20) días hábiles después de la fecha de entrega de la notificación"; y al precisar que sólo "[d]espués de la debida consideración de los comentarios escritos u objeciones, el OSIPTEL adoptará y entregará a la EMPRESA CONCESIONARIA su mandato final";
- (xi) Que, según TELEFÓNICA, de la estipulación contractual indicada precedentemente, se deriva necesariamente: (a) que, OSIPTEL estaba obligado a poner a disposición de TELEFÓNICA toda la información que en relación con la determinación del factor de productividad pudiera ser necesaria para que dicha empresa pudiera reproducir con suficiencia el análisis efectuado por el organismo regulador; (b) que, OSIPTEL estaba impedido de conservar en su poder información necesaria para replicar el procedimiento seguido para el cálculo del factor; (c) que, cualquier limitación al absoluto acceso a la información por parte

de TELEFÓNICA constituye incumplimiento contractual o una interpretación incorrecta de los términos contractuales; (c) que, OSIPTEL estaba obligado además a otorgar debida consideración a los comentarios escritos y objeciones presentados por TELEFÓNICA, obligación que no se entiende cumplida simplemente refutando cada comentario formulado por la empresa concesionaria, ya que OSIPTEL debe motivar debida y razonadamente los elementos de juicio que motivan su decisión; (d) que, OSIPTEL estaba obligado a respetar escrupulosamente el plazo de veinte días concedido para la formulación de observaciones;

- (xii) Que, si bien los CONTRATOS DE CONCESIÓN no indican cómo debe determinarse el factor de productividad, al momento de la suscripción de los CONTRATOS DE CONCESIÓN existía ya un amplio consenso a nivel internacional sobre la forma en que debía determinarse la productividad de una empresa de telecomunicaciones para propósitos de una regulación tarifaria de *price caps*, de modo que sólo puede entenderse que la voluntad común de los contratantes era la de someterse a los dictados de esa experiencia internacional y, en particular, a los postulados de la doctrina regulatoria correspondiente;
- (xiii) Que, de acuerdo con la experiencia internacional y las estipulaciones contractuales, el sistema de fórmulas de tarifas tope exige que se otorgue suficiente flexibilidad a la empresa concesionaria para la fijación de tarifas hacia el interior de cada una de las canastas definidas;
- (xiv) Que, en los comentarios presentados mediante carta No. GGR-107-A-389-01 de 22 de junio de 2001 respecto a la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL por medio de la cual OSIPTEL propuso fijar el factor de productividad en  $-5,39\%$  anual, TELEFÓNICA afirma: (a) que, las decisiones adoptadas por OSIPTEL para la medición de la producción de los servicios móviles, con arreglo a las cuales se tomó como única medida el número de líneas habilitadas, conducirían a una sobreestimación del factor de productividad aplicable al régimen de tarifas tope y


produciría efectos irracionales en su aplicación; y, (b) que, la información proporcionada por OSIPTEL resultaba insuficiente para replicar los cálculos efectuados por el organismo regulador y para analizar el impacto de los distintos supuestos empleados;

- (xv) Que, TELEFÓNICA fue privada de cualquier posibilidad de crítica u observación al contenido del Estudio de ESAN, encargado por OSIPTEL después de la Audiencia Pública del 28 de junio de 2001; toda vez que dicho Estudio incorporado como insumo del Mandato Final expedido por el organismo regulador, fue notificado, a solicitud de TELEFÓNICA, recién el 27 de julio de 2001; es decir, cuatro días después de que TELEFÓNICA tomara conocimiento del Mandato Final contenido en la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL;
- (xvi) Que, OSIPTEL habría actuado de manera arbitraria en su Mandato Final, al incrementar a  $-6.00\%$  anual el factor de productividad originalmente propuesto que ascendía a  $-5.39\%$  anual, lo que además demostraría que el organismo regulador no habría otorgado adecuada consideración a los comentarios y objeciones de TELEFÓNICA.

#### **IV.3.3. Fundamentos expresados por OSIPTEL**

Como fundamentos que contradicen estas dos pretensiones principales, así como de la pretensión subordinada a esta última, OSIPTEL ha señalado básicamente lo siguiente:

- (i) Que, el 7 de septiembre de 2000, se realizó la Primera Reunión de Trabajo acerca del Factor de Productividad entre OSIPTEL y TELEFÓNICA, oportunidad en la que se acordó que la información que TELEFÓNICA entregaría para la determinación del factor de productividad debía ser información auditable;
- (ii) Que, en la Cuarta Reunión de Trabajo sobre el Factor de Productividad, llevada a cabo el 6 de febrero de 2001, la representante de TELEFÓNICA, señorita



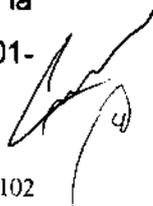
Verónica Mizushima "precisó que no se contaba con [la información del número de minutos de servicios móviles] para los años 1994 al 1997, pudiéndose sí conseguir un estimado para el año 1998; por lo que [propuso] utilizar otra medida de producción, por ejemplo número de aparatos";

- (iii) Que, en la Sexta Reunión de Trabajo sobre el Factor de Productividad, realizada el 28 de marzo de 2001, el señor Fernando Mariátegui, representante de TELEFÓNICA, señaló ante la indicación realizada por el Gerente General de OSIPTEL sobre el hecho de que se habían vencido todos los plazos para la entrega de información, que el lunes 2 de abril de 2001 TELEFÓNICA entregaría la información faltante con la que contara, ya que no se podía entregar información adicional en el corto plazo debido a la dificultad de su obtención;
- (iv) Que, mediante carta No. GGR-107-A-173-01 de fecha 2 de abril de 2001, TELEFÓNICA remitió cierta información, entre otras, sobre servicios móviles, señalando que la misma tenía "carácter de estimación al no corresponder a información auditable";
- (v) Que, mediante carta No. GGR-123-018-2001 de fecha 25 de mayo de 2001, TELEFÓNICA remitió un documento que contenía su posición sobre la inclusión de los servicios móviles en el cálculo del factor de productividad. En dicho documento TELEFÓNICA reconocía que "dado que no [existía], en [esos] momentos, información suficiente para separar los inputs de producción utilizados para el servicio móvil, éste tiene que ser incluido en el cálculo";
- (vi) Que, en la carta No. GGR-107-A-368-02 remitida por TELEFÓNICA a OSIPTEL el 15 de junio de 2001, TELEFÓNICA adjuntó nueva información sobre el tráfico de móviles, precisando que dicha información reemplazaba a la adjuntada mediante comunicación del 2 de abril de 2001, "la cual sólo correspondía a tráfico de salida";

*[Handwritten signatures]*

*[Handwritten signature]*

- (vii) Que, el 27 de julio de 2001, mediante carta No. C.331-SG/2001, OSIPTEL notificó a TELEFÓNICA el Primer Instructivo. Además, en esa misma fecha se remitió a TELEFÓNICA mediante carta No. C.332-SG/2001, el estudio de ESAN solicitado a dicha institución por OSIPTEL en el marco de la evaluación de los comentarios recibidos respecto del proyecto publicado el 2 de junio de 2001;
- (viii) Que, en relación con el primer motivo expresado por TELEFÓNICA para sustentar su Primera Pretensión Principal, OSIPTEL considera que debe tenerse en cuenta lo siguiente: (a) que, la propia TELEFÓNICA reconoce que no hubo divergencia alguna con OSIPTEL en la determinación de la metodología a utilizar para la estimación del factor de productividad, por lo que su afirmación en relación con la falta de información acerca de la metodología aplicada carece de sustento; y (b) que, TELEFÓNICA realizó sus propias estimaciones del factor de productividad y comentó el impacto que se produciría en el resultado del modelo al modificarse el valor de alguna de las variables que sirvieron de insumo para su elaboración, lo que sería imposible si no hubiera contado con suficiente información;
- (ix) Que, en relación con el segundo motivo expresado por TELEFÓNICA para sustentar su Primera Pretensión Principal, OSIPTEL considera que debe tener en cuenta: (a) que, OSIPTEL cumplió estrictamente con los plazos establecidos en el inciso c) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, otorgando a TELEFÓNICA más de veinte días para la formulación de objeciones y comentarios al proyecto publicado mediante Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL; (b) que, OSIPTEL promovió una campaña de información pública a fin de recoger los comentarios de los ciudadanos e instituciones interesadas, en el entendido de que la ciudadanía tiene el derecho de participar en la determinación del cambio de régimen de tarifas, que le son aplicables; (c) que, luego del debido análisis y evaluación de los comentarios de TELEFÓNICA y de las demás personas e instituciones que expusieron por escrito u oralmente en la Audiencia Pública sus opiniones, OSIPTEL emitió la Resolución No. 038-2001-

CD/OSIPTTEL, cuidando de expresar el detalle de la evaluación de cada uno de los comentarios recibidos en el denominado Documento de Trabajo N° 62, publicado conjuntamente con dicha Resolución; (d) que, los comentarios sobre el modo de cálculo del costo del patrimonio de TELEFÓNICA fueron formulados, en particular, por el Grupo de Análisis para el Desarrollo (GRADE) y por la Defensoría del Pueblo luego de que fuera publicado el Proyecto, tanto por escrito como en la Audiencia Pública, como quedó expresado en el numeral VI del Documento de Trabajo N° 62; (e) que, fueron dichos comentarios los que motivaron una revisión del costo del capital de TELEFÓNICA, razón por la cual se contrató los servicios de asesoría especializada de ESAN, una de las escuelas de negocios y finanzas de mayor prestigio en el país; (f) que, no puede aceptarse, como pretende TELEFÓNICA, que los únicos comentarios válidos o aceptables para OSIPTTEL sean los que dicha empresa emita, puesto que los comentarios de la ciudadanía y otras instituciones también deben ser considerados por el organismo regulador; (g) que, el espíritu del CONTRATO DE CONCESIÓN exige que OSIPTTEL proporcione a la empresa involucrada la información con la que cuente, siendo obvio que no se puede proporcionar información que no se posee;

- (x) Que, en relación con el tercer motivo expresado por TELEFÓNICA para sustentar su Primera Pretensión Principal, OSIPTTEL considera que es de extrañar la posición de la demandante, ya que fue ella misma la que propuso que se utilizara el número de líneas para la medición de los outputs de los servicios móviles. Además, en adición a esta circunstancia: (a) es contrario a la buena fe y a la doctrina de los actos propios que una parte proponga determinada actuación y luego, al haberse adoptado la actuación sugerida, se impugne la decisión adoptada; (b) en el Documento de Trabajo N° 62, OSIPTTEL sustentó debidamente por qué no utilizó la información de minutos remitida por TELEFÓNICA; (c) como consta en el referido Documento de Trabajo, "para evaluar la aplicación de las medidas de producción física propuestas por la empresa regulada, ésta debió entregar a OSIPTTEL información completa en la etapa correspondiente" e "[i]nclusive la empresa omitió entregar a OSIPTTEL

información sobre el número de líneas celulares contrato una de las tres medidas de producción física propuestas"; y, (d) la información entregada por TELEFÓNICA el 15 de junio difería sustancialmente de la previamente remitida a OSIPTEL, a lo que debe sumarse que el análisis realizado por Christensen mostraba que los datos presentados por TELEFÓNICA eran inconsistentes con las tendencias que se observan en un mercado en competencia;

(xi) Que, en relación con el cuarto motivo expresado por TELEFÓNICA para sustentar su Primera Pretensión Principal, OSIPTEL considera que debe meritarse: (a) que, es incorrecto afirmar que OSIPTEL en la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL hubiera dispuesto la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular" o a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I; y, (b) que, la Resolución en cuestión se limitaba a disponer en su artículo tercero, que el paquete de servicios denominado "Teléfono Popular" y los demás paquetes de servicios de similares características que incluyan servicios de categoría I, debían ser incluidos en las solicitudes de ajuste;

(xii) Que, en relación con el quinto motivo expresado por TELEFÓNICA para sustentar su Primera Pretensión Principal, OSIPTEL considera que debe meritarse: (a) que, el hecho de que la metodología empleada por ESAN para el cálculo del costo del patrimonio de TELEFÓNICA supuestamente no se ajusta a estándares internacionales no constituye una causal de nulidad; (b) que, además, la metodología utilizada por ESAN correspondiente al modelo denominado *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), es reconocida y utilizada internacionalmente justamente para el cálculo del costo de patrimonios; (c) que, la propia TELEFÓNICA ha reconocido en su demanda que los cálculos contenidos en el Estudio de ESAN se basan en la misma metodología (CAPM) que la usada por TELEFÓNICA en el estudio sobre el que esta empresa basa su evaluación del costo de capital; y, (d) que, adicionalmente, el costo del patrimonio calculado por ESAN (12.2%) es comparable con la tasa de descuento utilizada en la regulación


tarifaria establecida para el sector eléctrico por el artículo 79° de la Ley de Concesiones Eléctricas (12%); y,

- (xiii) Que, en relación con la Segunda Pretensión Principal de TELEFÓNICA y más allá del hecho de que en realidad esta pretensión es una accesoria a la primera, el Tribunal Arbitral es incompetente para sustituir las decisiones adoptadas por OSIPTEL en el ejercicio de sus facultades, por lo que aun cuando la Primera Pretensión Principal fuera declarada fundada, lo que correspondería en todo caso es que el Tribunal Arbitral remitiera los actuados a OSIPTEL para que emita nuevo pronunciamiento.

Los fundamentos de hecho y derecho expresados por las partes tanto en su demanda y contestación como a lo largo de este proceso arbitral y, en especial, en las Audiencias Especiales convocadas para el efecto, obligan a interpretar la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN y, en particular, su inciso (c), a fin de establecer cuáles eran las reglas procedimentales a las que debía sujetarse OSIPTEL en la aprobación del factor de productividad; y, una vez contestada esta pregunta, establecer si el organismo regulador ajustó su comportamiento a dichas reglas.

#### **IV.3.4. Evaluación de la actuación de OSIPTEL bajo la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN**

El texto de la parte pertinente de la Sección 9.04 de la cláusula 9 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, reza así:

##### **"Sección 9.04: Revisión del régimen tarifario**

(a) Revisión del FACTOR DE PRODUCTIVIDAD. Al término del PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA y en intervalos de tres (3) años a partir de esa fecha, OSIPTEL llevara a cabo una revisión del FACTOR DE PRODUCTIVIDAD.

(b) [...]

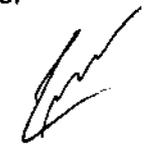
*JL*

(c) Procedimiento. El OSIPTEL entregará por escrito a la EMPRESA CONCESIONARIA los resultados de las revisiones mencionadas en los incisos (a) y (b) junto con (i) las propuestas de modificación en su caso, preparadas por OSIPTEL y (ii) una notificación especificando el periodo dentro del cual los comentarios u objeciones podrán ser formulados por escrito por la EMPRESA CONCESIONARIA. Dicho periodo no podrá ser menor a veinte (20) días a partir de la fecha de entrega de la notificación. Después de la debida consideración de los comentarios escritos u objeciones, pero en ningún caso después de veinte (20) días hábiles después de la fecha de recepción de comentarios u objeciones, el OSIPTEL adoptara y entregara a la EMPRESA CONCESIONARIA su mandato final. Dicho mandato será por escrito y establecerá las razones de su adopción. Será publicado en el diario oficial "El Peruano".

(d) Obligación de Informar. La EMPRESA CONCESIONARIA deberá satisfacer las solicitudes de información de parte de OSIPTEL. No obstante esta obligación de la EMPRESA CONCESIONARIA de cumplir con la solicitud de información, OSIPTEL y la EMPRESA CONCESIONARIA establecerán medidas de consulta apropiadas a fin de (i) diseñar formularios de reporte que satisfagan las necesidades de información de OSIPTEL; y (ii) minimizar los costos de la EMPRESA CONCESIONARIA relativos a la entrega de información. En todo caso OSIPTEL tendrá derecho a verificar la información que proporcione la EMPRESA CONCESIONARIA".

Como este Tribunal Arbitral ha sumillado al enumerar los principales fundamentos expresados por ambas partes, tanto TELEFÓNICA como OSIPTEL coinciden en que para determinar el factor de productividad, era necesario que el organismo regulador sujetara su actividad al procedimiento establecido en la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. Sin embargo, las partes discrepan en la interpretación de las reglas estipuladas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN y, eventualmente en el incumplimiento de OSIPTEL.



En efecto, de acuerdo con la opinión de TELEFÓNICA expresada en los tres primeros motivos de su Primera Pretensión Principal, OSIPTEL habría infringido el procedimiento establecido en la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN: (a) al no revelar información suficiente para que la empresa concesionaria pudiera replicar la metodología usada por OSIPTEL para calcular el factor de productividad; (b) al introducir nuevos elementos de juicio (fundamentalmente el Estudio de ESAN) después de haber notificado el resultado de su revisión, impidiendo así que dicho instrumento fuera materia de comentarios y objeciones por parte de TELEFÓNICA; y, (c) al no haber introducido la información sobre los servicios móviles que terminó de presentar TELEFÓNICA el 15 de junio de 2001.

En cambio, para OSIPTEL, el procedimiento fue seguido en todos sus extremos, toda vez que los CONTRATOS DE CONCESIÓN únicamente exigen que el resultado de la revisión del organismo regulador sea puesto en conocimiento de la empresa concesionaria y que ésta tenga veinte días para formular comentarios u objeciones, lo que en forma alguna impide a OSIPTEL la introducción de nueva información antes de la emisión de su Mandato Final. Además, el procedimiento requiere el establecimiento de plazos máximos para la entrega de información, que TELEFÓNICA no respetó al presentar tardíamente la data sobre los servicios móviles.

Este Tribunal Arbitral considera pertinente analizar los **dos primeros motivos** formulados por TELEFÓNICA y que están señalados precedentemente.

Sobre este particular, como este colegiado ha expresado en el numeral IV.1 de la parte Considerativa de este laudo arbitral, si bien OSIPTEL se encuentra facultado para desarrollar los CONTRATOS DE CONCESIÓN en aquellos aspectos que éstos no hubieran regulado, sólo cabe que el regulador interprete lo expresamente estipulado en los CONTRATOS DE CONCESIÓN siguiendo las reglas de interpretación admitidas por el Código Civil, en especial, en lo dispuesto en los artículos 168° y 1362° del Código Civil, que exigen que la actividad interpretativa se realice en base a las reglas de la buena fe y la común intención de las partes.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción, de que para dar cabal cumplimiento al derecho que los CONTRATOS DE CONCESIÓN reconocen a favor de TELEFÓNICA para formular comentarios y objeciones, es necesario, cuando menos: (a) que, OSIPTEL concluya su tarea de revisión como la denominan los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN, antes de la notificación de sus resultados (nos estamos refiriendo al proyecto de Mandato Final), lo que significa que una vez cumplida esa tarea, OSIPTEL no puede introducir nuevos elementos de juicio o evidencia cuya existencia no sea advertida oportunamente a TELEFÓNICA; (b) que, conjuntamente con la notificación del resultado de la revisión del factor de productividad, OSIPTEL debe cuidar de poner a disposición de TELEFÓNICA por escrito, toda la información necesaria para que ésta última pueda formular debidamente sus comentarios y objeciones; y, (c) que, OSIPTEL debe otorgar debida consideración a los comentarios y objeciones de TELEFÓNICA, lo que supone que el Mandato Final o la documentación anexa a éste deben de precisar las razones por las que los comentarios u objeciones merecen o no que el proyecto originalmente notificado sea modificado.

Justamente sobre esto último, cabe a este Tribunal Arbitral precisar que si bien OSIPTEL tiene la obligación de escuchar y tomar en cuenta los comentarios y objeciones que haga TELEFÓNICA, éstos sólo constituyen una recomendación; en otras palabras, se tratan de opiniones o sugerencias de carácter no vinculante, por lo que OSIPTEL, si bien debe tomarlos en consideración, no está obligado a aceptarlos. De esta manera, luego de estudiar y evaluar los comentarios y objeciones, será OSIPTEL quien al final adoptará su propia decisión y notificará su Mandato Final, lo cual obviamente tiene que producirse en base a criterios razonables, por lo que resultará inadmisibles, como se ha expresado en el numeral IV.1 de los Considerandos de este laudo arbitral, que las opiniones de TELEFÓNICA sean rechazadas sin adecuada motivación o apelando a fundamentos irrazonables o aparentes. Justamente esta es la razón por la cual el literal (c) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN ha previsto que la motivación del Mandato Final debe realizarse por

escrito, lo cual evidentemente asegura la posibilidad de que dicha motivación sea eventualmente cuestionada por el regulado.

Pero si el Mandato Final y sus justificaciones deben manifestarse plenamente en ese momento, también debe concluirse que, bajo las reglas de la buena fe, lo propio debe ocurrir al momento de la notificación de la propuesta del Factor de Productividad.

De esta manera, cuando en los CONTRATOS DE CONCESIÓN se indica que ambos documentos (la propuesta y el Mandato Final) deben ser notificados por escrito, lo que corresponde entender es que tal notificación debe comprender no sólo el resultado de la revisión (es decir, el recuento de la evaluación realizada por el regulador) y la propuesta de modificación (en otras palabras, el cálculo del factor de productividad para el período objeto de revisión), sino además, y especialmente, los sustentos o fundamentos de aquellos. No cabe para el Tribunal Arbitral otra interpretación, porque de lo contrario el derecho de TELEFÓNICA a formular comentarios y objeciones se vería seriamente limitado y el procedimiento establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN no cumpliría cabalmente su propósito.

A ese respecto consta expresamente de lo actuado en el expediente arbitral, que OSIPTEL en su oportunidad no puso a disposición de TELEFÓNICA toda la información necesaria para que dicha empresa pudiera replicar el cálculo del factor de productividad que había efectuado.

En efecto, corre en autos copia de la carta No. GGR-107-A-389-01, remitida por TELEFÓNICA a OSIPTEL el 22 de junio de 2001 como parte de los comentarios y objeciones efectuados a la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL, en la que la empresa concesionaria señala que en su opinión, la información proporcionada por OSIPTEL resultaba insuficiente para replicar los cálculos efectuados por el organismo regulador y para analizar el impacto de los distintos supuestos empleados.

También corre en autos el Documento N° 62, en el que el organismo regulador expresó su posición sobre todos los comentarios y objeciones formulados durante el proceso de consulta pública que llevó a cabo después de publicar la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTTEL. El documento en cuestión hace referencia a comentarios de TELEFÓNICA hasta en dos oportunidades: (a) entre las páginas 68 y 70, para discutir las objeciones presentadas a las medidas de producción física sobre los servicios móviles; y, (b) entre las páginas 75 y 76, para analizar un comentario sobre la fórmula de tarifas tope de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. Sin embargo, nada se dice en dicho documento, acerca de una eventual omisión en que se habría incurrido al no proporcionar información completa a TELEFÓNICA.

Sobre este particular, en su contestación a la demanda, OSIPTTEL ha indicado que el hecho de que TELEFÓNICA haya podido realizar sus propias evaluaciones sobre el factor de productividad y haya estimado así como comentado el impacto que se tendría en el resultado del modelo al modificarse el valor de alguna de las variables que sirven de insumo al mismo, demuestran que TELEFÓNICA sí contó con información necesaria para replicar la metodología utilizada para calcular el factor de productividad.

Independientemente de que la afirmación de una y otra sea cierta, debemos recordar que los CONTRATOS DE CONCESIÓN obligan expresamente a OSIPTTEL a brindar debida consideración a los comentarios y objeciones presentados por TELEFÓNICA, por lo que, tal obligación queda incumplida, cuando un comentario sobre la supuesta entrega de información parcial es simplemente ignorado o no merece atención alguna por parte del organismo regulador.

Ahora bien, para refutar tal conclusión OSIPTTEL ha manifestado que el primer motivo de la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA está referido a que no se tuvo información suficiente para replicar la metodología y no el cálculo, toda vez que la fundamentación que TELEFÓNICA ha realizado en torno a dicho motivo está referido a la carta No. GGR-107-A-389-01 y, además, TELEFÓNICA ha admitido que la

metodología usada por NERA (el consultor contratado por esta empresa) para estimar el factor de productividad coincide sustancialmente con la metodología empleada por Christensen (el consultor contratado por OSIPTEL).

En base a las consideraciones expuestas y apreciando los términos en que TELEFÓNICA plantea este primer motivo (".. sin conferir... información suficiente para .... replicar la metodología utilizada..."), este Tribunal Arbitral comparte la posición de OSIPTEL que obliga a declarar sin lugar el primer motivo propuesto por TELEFÓNICA, advirtiendo, sin embargo, que OSIPTEL debió pronunciarse expresamente acerca de lo alegado por TELEFÓNICA.

Ahora bien, pasando a analizar el **segundo motivo** propuesto por TELEFÓNICA, este Tribunal Arbitral llama la atención acerca del hecho reconocido por el propio OSIPTEL a lo largo de este proceso arbitral, que el Estudio de ESAN fue encargado luego de que se publicara la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL e, inclusive, tiempo después de que se realizara la Audiencia Pública del 28 de junio de 2001, cuando, asimismo, OSIPTEL también ha alegado en este expediente arbitral que la fecha máxima para la entrega de información por parte de TELEFÓNICA venció el 2 de abril de 2001.

La tardía entrega del Estudio de ESAN preocupa aún más cuando consta de autos que dicho Estudio ni siquiera fue notificado conjuntamente con el Mandato Final de OSIPTEL, sino que fue entregado a TELEFÓNICA mediante carta notarial No. 332-SG/2001) días después de que fuera puesto en su conocimiento la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL, y, cuando además, consta la opinión de OSIPTEL en el sentido de que no era necesario que dicho documento hubiera sido notificado previamente a TELEFÓNICA, pues los comentarios de esta empresa ya "habían sido expresados, como correspondía, el 23 de julio de 2001, respecto de la propuesta de OSIPTEL para el Factor de Productividad anunciado públicamente en El Peruano el 02 de junio del año en curso".

Sobre este particular, este Tribunal Arbitral ha llegado a la convicción de que OSIPTEL actuó extemporáneamente y, por lo tanto, incumplió lo estipulado en los CONTRATOS DE CONCESIÓN al incluir las conclusiones del Estudio de ESAN en el Mandato Final<sup>48</sup>. El Tribunal Arbitral no tiene duda alguna, de que el Estudio de ESAN versaba sobre un asunto de indudable importancia (el costo del patrimonio de TELEFÓNICA) para el cálculo del factor de productividad. Tal situación resulta indiscutible cuando uno revisa el contenido del Acta de Reunión del 14 de junio de 2002 que obra en autos, en el que las partes dejaron constancia, sobre la base del Informe Final de Christensen (de junio de 2001), que la modificación del costo del patrimonio realizada sobre la base del Estudio de ESAN producía un impacto significativo en el factor de productividad, lo que debe leerse en su conjunto con el Apéndice G del Informe Final Revisado de Christensen de agosto de 2001, en el que esa Consultora señala expresamente que "[e]l efecto de estos cambios [es decir, la incorporación del cálculo realizado por ESAN] es incrementar el diferencial de la TFP de 2.2.% a 2.7% y reducir el diferencial de precios de los insumos de 3.2% a 3.1%. Esto incrementa el factor X de 5.4% a 5.8%". Así las cosas, para este Tribunal Arbitral está claro, además porque ha sido reconocido por OSIPTEL y porque así lo ha señalado Christensen tanto en su Informe Final revisado (de agosto de 2001) como en la Audiencia realizada para sustentar la pericia respectiva, que la modificación de los datos sobre el costo del patrimonio de TELEFÓNICA alteró el cálculo del factor en 0.4%. Y esto último queda corroborado, de otro lado, por las discusiones suscitadas en esta misma causa y por las discrepancias evidenciadas sobre la base de los peritajes y las Audiencias Especiales que se han realizado para estos efectos.

Este Tribunal Arbitral teniendo en cuenta la importancia del costo del patrimonio de TELEFÓNICA, debe concluir necesariamente que la omisión en que incurrió OSIPTEL no sólo importó una vulneración del procedimiento establecido por los CONTRATOS DE CONCESIÓN, sino además, al tratarse de un procedimiento administrativo (ver

<sup>48</sup> Como consta en la página 54 del Documento de Trabajo N° 62, OSIPTEL también modificó el valor del factor de productividad originalmente propuesto por efecto de la revisión de las estimaciones sobre el costo de la mano de obra. Toda vez que este extremo no ha sido impugnado por TELEFÓNICA en su demanda, el Tribunal Arbitral se encuentra impedido de emitir pronunciamiento sobre el particular.

numeral IV.1.3 de la parte Considerativa de este laudo arbitral), una vulneración de la legalidad y del debido procedimiento administrativo, cuyo derecho le corresponde a TELEFÓNICA en su calidad de administrado. Y esta omisión resulta insubsanable, no sólo por el tiempo transcurrido y por el hecho de que el factor ha venido aplicándose durante el tiempo corrido hasta la fecha, sino porque, además, una vez notificado el proyecto de mandato mediante Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL si es que OSIPTEL estimaba que omitió incluir en dicho proyecto información o evidencia relevante, en opinión de este colegiado sólo le quedaba optar por alguna de estas alternativas: (a) conceder a TELEFÓNICA el mismo plazo que se garantizaba a sí mismo para entregar información que no hubiera podido poner a disposición de TELEFÓNICA en forma y tiempo oportunos, procediendo sobre la base de dicha nueva información (la propia y la ajena) a notificar un nuevo proyecto de resolución y concediendo a TELEFÓNICA cuando menos los veinte días contractuales para la formulación de comentarios u objeciones antes de la emisión de su Mandato Final; o, (b) abstenerse de incorporar nueva evidencia. Sin embargo, las circunstancias del caso obligan a considerar que la primera alternativa (elaborar un nuevo proyecto y notificarlo nuevamente a TELEFÓNICA) hubiera sido de imposible realización, dado que, como OSIPTEL ha indicado en la página 15 de su contestación a la demanda, si se hubiera procedido de tal modo "necesariamente la emisión del mandato final de OSIPTEL no hubiera podido producirse respetando los plazos de los contratos de concesión", lo que hubiera supuesto un nuevo incumplimiento contractual.

En esta línea de pensamiento, debe advertirse con carácter general que si bien en principio es posible que OSIPTEL reforme su proyecto original y notifique un nuevo proyecto de Mandato Final a TELEFÓNICA, ello sólo sería factible en la medida que pudieran observarse estrictamente los plazos establecidos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, de lo que se colige que si éstos ya hubieran vencido, OSIPTEL se encontraría impedido de realizar una modificación y tendría que sujetarse a lo indicado en el proyecto original.

Esto último es tanto más claro cuando se trata acerca del costo del patrimonio de TELEFÓNICA, donde ni la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTTEL, la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTTEL, las Exposiciones de Motivos o los documentos anexos a ellas indican que el costo del patrimonio propuesto por TELEFÓNICA no haya sido suficientemente sustentado<sup>49</sup> como se ha alegado luego en este procedimiento, sino que se limitan a precisar<sup>50</sup> que fueron los comentarios de GRADE y de la Defensoría del Pueblo los que "motivaron una revisión del costo de capital de Telefónica del Perú S.A.A, por ser ésta una de las variables que intervienen en el cálculo del factor de productividad que regirá por un periodo de tres años".

A lo anterior se suma el hecho de que, cuando menos desde un punto de vista procedimental, resulta contrario al texto y espíritu de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que OSIPTTEL realice consultas públicas (como en efecto las hizo) durante el plazo final de veinte días que tiene TELEFÓNICA para formular comentarios y objeciones, toda vez que ello supondría que el proyecto de Mandato Final podría ser modificado no sólo en atención a las consideraciones formuladas por TELEFÓNICA, sino también sobre la base de opiniones expresadas por terceros, respecto de las cuales TELEFÓNICA no habría ejercido su derecho de comentar y objetar reconocido expresamente en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Por cierto, nada de lo dicho implica que este Tribunal Arbitral desconozca la importancia de la participación ciudadana en el proceso de fijación de las tarifas, sino todo lo contrario<sup>51</sup>. En efecto, porque dicha participación es relevante y porque los CONTRATOS DE CONCESIÓN no impiden en modo alguno que las instituciones interesadas, así como los consumidores y usuarios puedan expresar su opinión, es

<sup>49</sup> En las páginas 54 y 55 del Documento de Trabajo N° 62 corre el detalle de los supuestos en los que según OSIPTTEL, se habría basado TELEFÓNICA para proponer un costo de patrimonio de 19.56% como tasa promedio para el período 1995-2000. Esta es, en opinión del Tribunal Arbitral, evidencia suficiente para descartar cualquier aseveración acerca de la falta de sustento de dicho costo.

<sup>50</sup> Ver página 54 del Documento de Trabajo N° 62.

*J.V.*

necesario que OSIPTEL cuide que los procesos de consulta pública se lleven a cabo de modo tal que se asegure que los comentarios y objeciones de terceros distintos a TELEFÓNICA puedan recibir adecuada consideración y, de ser el caso, sean incorporados en el proyecto de Mandato Final que se proponga emitir para consideración de TELEFÓNICA de conformidad a lo dispuesto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN. Esto significa, para el caso que nos convoca, que es perfectamente lícito que OSIPTEL reciba y meritúe la opinión de terceros antes de notificar a la empresa regulada el resultado de su revisión y su propuesta de modificación. Sin embargo, una vez notificado el proyecto de Mandato Final, corresponderá que TELEFÓNICA (y sólo ella) formule comentarios y objeciones. Esta es la única forma en que se puede asegurar que, como exigen los CONTRATOS DE CONCESIÓN, TELEFÓNICA cuente con toda la información utilizada como insumo por OSIPTEL para la emisión de su mandato.

Así las cosas, una vez que TELEFÓNICA haya formulado sus comentarios y objeciones, este Tribunal Arbitral entiende, como ya se ha dicho, que OSIPTEL debe tomarlos como una propuesta de parte, sin carácter vinculante para el organismo regulador. Sin embargo, en lo único que OSIPTEL sí estaba (y está) obligado a hacer, es otorgar adecuada consideración a los comentarios y objeciones de la empresa regulada, lo que exige que sea capaz de motivar, suficientemente y por escrito, las razones por las que las opiniones de TELEFÓNICA merecen o no ser tomadas en cuenta. A su vez, en lo que se refiere a la motivación y al control de dichas razones, el Tribunal Arbitral reconoce que la determinación del factor de productividad constituye una facultad discrecional en cuanto al fondo, por lo que el único límite impuesto al regulador una vez que éste ha motivado su decisión es el de la razonabilidad, en los términos en que este concepto ha sido desarrollado en el numeral IV.1 de la parte Considerativa de este laudo arbitral.

<sup>51</sup> En tal sentido. GUSMAN, Alfredo Silverio. "La reestructuración tarifaria telefónica. Los procedimientos de audiencia e información pública". En: Revista Jurídica La Ley, Tomo 1997-C, pp. 1390 – 1397.

En definitiva, este Tribunal Arbitral considera que el plazo de veinte días para formular comentarios y objeciones dispuesto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, se cuenta a partir de que se cumplió con comunicar a la empresa concesionaria el proyecto de Mandato Final, acompañado de todos los estudios y documentos sustentatorios. En ese sentido, no resulta admisible que el organismo regulador vaya entregando documentos sustentatorios a lo largo del transcurso del plazo ni mucho menos después de vencido éste, porque ello atentaría contra el derecho de la empresa concesionaria de expresar sus comentarios y objeciones y, como ha quedado dicho ya, violentaría el debido procedimiento administrativo, con arreglo al cual TELEFÓNICA tiene derecho a ser oída y en general a plantear su posición. En todo caso, en el eventual supuesto de que se entregase algún documento adicional durante el transcurso del plazo establecido para comentarios y objeciones, este Tribunal Arbitral entiende que lo que correspondería bajo las reglas de la buena fe, es que el referido plazo para la formulación de comentarios y objeciones se extienda proporcionalmente. Y esto último sólo será posible a su vez, si es que tal extensión permite que OSIPTEL cumpla con expedir su Mandato Final dentro de los términos establecidos por los CONTRATOS DE CONCESIÓN para la entrada en vigencia del factor de productividad, lo que, como ya se ha indicado, no era factible en el caso materia de este proceso arbitral.

Atendiendo a lo expuesto in extenso en este punto, en el sentido de que OSIPTEL aprobó el Mandato Final sin haber conferido a TELEFÓNICA plazo alguno para que ésta última pudiera formular comentarios u objeciones respecto de aquellos criterios en base a los cuales el regulador procedió a recalcular el costo del patrimonio que inicialmente había utilizado en la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL, este Tribunal Arbitral concluye que OSIPTEL infringió lo dispuesto en el literal (c) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, por lo que el segundo motivo que da sustento a la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA, debe ampararse.

#### IV.3.5. El uso de las líneas móviles como medida de productividad

Como ha sido ya indicado al inicio del numeral IV.2 de estos Considerandos, TELEFÓNICA sostiene como **tercer motivo** de su Primera Pretensión Principal, que OSIPTEL debió haber utilizado la información sobre el número de líneas que TELEFÓNICA entregó al regulador el 15 de junio de 2001 como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil que TELEFÓNICA prestaba hasta el año 2000, toda vez que si ello no se hacía, se estaría distorsionando de modo irracional y desproporcionado el cálculo del factor de productividad.

Los argumentos principales con los cuales TELEFÓNICA sustenta el tercer motivo de su Primera Pretensión Principal, son los siguientes:

"(...) si bien lo ideal hubiera sido calcular un factor de productividad correspondiente a cada una de las tres canastas de servicios, el que tales servicios compartieran costos y que por tanto no fuera posible su desagregación determinó que se llegara al consenso de que lo más razonable era calcular un solo factor de productividad. Así razonaron NERA y Christensen, al proponer en sus respectivos modelos el uso de una única tasa de crecimiento correspondiente a todos los outputs de TELEFÓNICA comprendidos en la Categoría I.

(...) en el caso de servicios que no compartieran un mismo proceso productivo, la tasa de crecimiento de tales servicios debería ser medida por separado o excluida totalmente del cálculo en el supuesto que no fueran a ser objeto de regulación. Esto último es lo que debería haber ocurrido respecto de los servicios móviles en el cálculo del factor de productividad aplicable a TELEFÓNICA: las características de las redes de telefonía fija y telefonía móvil determinan que los servicios que cada una de ellas produce sean totalmente separables. De esta forma, los servicios móviles debían haber sido excluidos del cálculo."<sup>52</sup>

<sup>52</sup> Ver página 58 de la demanda Arbitral de TELEFÓNICA.

Sin embargo, la propia TELEFÓNICA luego reconoce que “como quiera que a la fecha de elaboración de los estudios que condujeron a la determinación del factor de productividad no existía información suficiente para separar los inputs (costos) de producción utilizados por los servicios móviles, Christensen – en su informe – y OSIPTEL – en la Resolución 023-2001-CD/OSIPTEL y en la Resolución del Consejo Directivo – se vieron forzados a incluir los servicios móviles como una de las categorías de servicios cuya tasa de crecimiento sería tomada en cuenta para calcular la referida tasa de crecimiento de outputs.” (Ver p. 58 de la demanda arbitral de TELEFÓNICA).

De otro lado, TELEFÓNICA señala que “[d]ado que los ingresos correspondientes a los servicios móviles provienen de distintas fuentes, nuestra empresa siempre sostuvo que para construir el índice del output correspondiente a tales servicios lo más razonable era emplear distintos indicadores de producción física como fuesen necesarios (...), precisando a continuación que “(...) lo que TELEFÓNICA proponía era emplear distintos indicadores físicos de producción para poder medir con precisión los ingresos correspondientes a los servicios móviles. A pesar de su razonabilidad, este modelo nunca fue aceptado por OSIPTEL” y argumentando seguidamente que “(...) la Resolución 023-CD-2001/OSIPTEL (sic) optó por emplear el número de líneas móviles como único índice físico de producción, lo que sí es susceptible de generar enormes distorsiones en el cálculo del factor de productividad (...)” (ps. 60, 61 y 64 de la demanda).

Considerando lo afirmado por OSIPTEL en su escrito de Contestación a la demanda arbitral<sup>53</sup> y en base a lo establecido en las Actas de la Cuarta y Sexta Reunión de Trabajo sobre el Factor de Productividad, este Tribunal Arbitral hace notar el hecho de que fue la propia TELEFÓNICA, una empresa especializada en servicios de telecomunicaciones perteneciente a un Grupo internacional con experiencia en asuntos regulatorios, la que le propuso a OSIPTEL que utilice el indicador de producción de servicios móviles para la determinación del factor de productividad.

<sup>53</sup> Ver páginas 16-23 de la contestación a la demanda presentada por OSIPTEL.

En efecto, conforme se aprecia de las pruebas que corren en autos, en el Acta de la Cuarta Reunión de Trabajo sobre el Factor de Productividad llevada a cabo el 06 de febrero del 2001, consta textualmente lo siguiente:

"(...) la representante de Telefónica, señorita Mizushima precisó que no se contaba con dicha información para los años 1994 al 1997, pudiéndose sí conseguir un estimado para el año 1998; por lo que proponía utilizar otra medida de producción, por ejemplo número de aparatos."

Estando a la claridad del texto antes transcrito, este Tribunal Arbitral no puede menos que concluir, al amparo de la doctrina de los actos propios según la cual nadie puede hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, que TELEFÓNICA se encontraba impedida de retroceder sobre sus propios pasos para pretender que el organismo regulador modifique un entendimiento previamente alcanzado con la empresa regulada, cuando además el inciso (d) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN permite que OSIPTEL y TELEFÓNICA establezcan mecanismos de consulta apropiados para la entrega de información, lo que supone necesariamente que, una vez concluido un acuerdo, ambas partes asumiendo un comportamiento de buena fe de la contraria, están autorizadas para organizar su actuación futura sobre la base de la confianza generada por el acuerdo concluido. En esta línea de pensamiento, no puede dejar de mencionarse que el proceso de determinación del factor de productividad es un proceso complejo y comprende un número muy grande de variables, por lo que OSIPTEL estaba perfectamente autorizado para dedicar su atención a aspectos distintos de los índices de producción de servicios móviles una vez que la propia TELEFÓNICA manifestó su anuencia para emplear el número de aparatos como medida de producción. Este parecer, por lo demás, puede brindar los incentivos necesarios para que, en el futuro, la empresa regulada realice indagaciones y consultas previas antes de efectuar una propuesta o comprometerse en un determinado sentido, lo que a juicio del Tribunal Arbitral redundará en una reducción de los costos de determinación del factor de productividad.

Además, a este Tribunal Arbitral no le queda duda alguna de que el comportamiento de TELEFÓNICA en este extremo contradice las reglas de la buena fe que dan sustento a la doctrina de los actos propios. Tal doctrina, si bien no se encuentra recogida expresamente en dispositivo legal alguno del ordenamiento peruano, resulta perfectamente admisible en nuestro sistema jurídico, toda vez que los expertos que han escrito sobre la materia consideran casi de forma unánime, que esta doctrina se deriva estrictamente de un principio general del derecho.

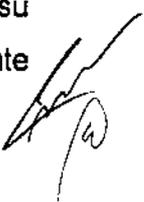
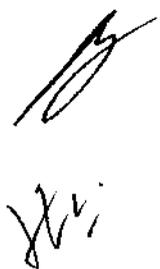
La doctrina en cuestión, reflejada en el aforismo "*venire contra factum proprium nos valet*", importa que nadie puede invocar un derecho si ello implica una contradicción con una conducta anteriormente desarrollada.

Sobre este particular, la Enciclopedia Jurídica Omeba menciona lo siguiente respecto de la institución bajo comentario:

"En el Derecho Civil español se ha desarrollado una doctrina por obra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que aunque no ha concretado un principio general para todos los casos tratados, se puede sintetizar provisoriamente en lo siguiente: A nadie es lícito ir contra sus propios actos cuando éstos son expresión del consentimiento de quien los ejecuta y obedecen al designio de crear, modificar, extinguir relaciones de Derecho. Es decir cuando se trata de actos jurídicos que causan estado, definiendo en una forma inalterable la posición jurídica de su autor."<sup>54</sup>

En la referida Enciclopedia se cita a Enneccerus en un intento de definir con mayor profundidad el concepto, quien comenta lo siguiente:

"A nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente

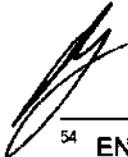


según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer un derecho, o cuando posteriormente choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe".<sup>55</sup>

Sin embargo, este colegiado considera que es necesario deslindar este concepto de otros que podrían resultar parecidos. En efecto, sobre el particular, Puig Brutau precisa que la figura bajo comentario se distingue de la renuncia de derechos, estableciendo lo siguiente:

"En contraposición con los casos de verdadera renuncia, la doctrina de los actos propios ofrece la particularidad de que paraliza la actuación de una persona sin que por parte de ésta se haya manifestado la voluntad de renunciar derechos subjetivos o posiciones jurídicas ventajosas (...) el fundamento de este principio está muy estrechamente relacionado con la doctrina que exige dar protección jurídica a la buena fe manifestada en la confianza depositada en la apariencia."<sup>56</sup>

Por su parte, Ortiz Caballero distingue este concepto del de la renuncia de derechos por dos razones, al comentar que "[u]sualmente se interpreta que la doctrina de los actos propios reposa en la manifestación de voluntad por la que se renuncia ciertos derechos; sin embargo, esto no es exacto por que, en primer lugar la renuncia de derechos supone una declaración de voluntad en tal sentido, lo cual no se da en el "venir contra un acto propio" pues no sólo prescinde de la declaración de voluntad sino que puede producirse contra la voluntad de quien esta prohibido de contradecir su conducta. En segundo lugar, la renuncia de derechos importa la extinción total del poder jurídico que emana del derecho subjetivo, mientras que el *factum proprium* sólo

 <sup>54</sup> ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Primera edición, Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1968, p. 440.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 440.

<sup>56</sup> PUIG BRUTAU. José. "Estudios de derecho comparado", Primera edición, Barcelona, Ariel, 1951, pp. 95-112.

*JVC*

declara inadmisibile el ejercicio del derecho en determinadas circunstancias por que comportan un resultado inesperado en términos de buena fe.<sup>57</sup>

Puig Brutau facilita la comprensión de la doctrina de los actos propios al enunciar los elementos constitutivos de la misma, siendo estos los siguientes:

- "a) Una conducta determinada de un sujeto;
- b) Que haya engendrado una situación contraria a la realidad, esto es, aparente y, mediante tal apariencia, susceptible de influir en la conducta de los demás; y,
- c) Que sea base de la confianza de otra parte que haya procedido de buena fe y que, por ello, haya obrado de una manera que le causaría un perjuicio si su confianza quedara defraudada."<sup>58</sup>

Por su parte, Borda enuncia una serie de requisitos que considera necesarios para que se configure la figura de los actos propios:

- "a) Una conducta anterior relevante y eficaz.
- b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción – atentatoria de la buena fe – existente entre ambas conductas.
- c) La identidad de sujetos (tanto activo como pasivo) que se vinculan en ambas conductas."<sup>59</sup>

Respecto del primer requisito, debe de entenderse según Borda, que "la expresión "conducta vinculante" refleja la existencia de una relación jurídica aunque no se trate necesariamente de un negocio jurídico. Además, esta conducta debe tener la

<sup>57</sup> ORTIZ, René. "La doctrina de los actos propios en el derecho civil peruano", Derecho Nº 45, 1991, pp. 271-279.

<sup>58</sup> PUIG BRUTAU, Ob. cit., p. 112.

<sup>59</sup> BORDA, Alejandro. "La teoría de los Actos Propios", Primera edición, Buenos Aires, Habeldo-Perot, 1986, pp. 67-85.

*Jhi*

característica de que puede ser tomada en cuenta por quien la recepta y que actúa en consecuencia confiando en ella”<sup>60</sup>.

La conducta vinculante debe ser además eficaz. Borda afirma que, “si (...) la conducta vinculante llevada a cabo fuere inválida o ineficaz en sí misma, puede ser atacada o impugnada sin que ello importe una violación de la teoría de los propios actos.”<sup>61</sup>

Sobre el ejercicio de aquella conducta que resulta contradictoria con la primera, Borda precisa que “(...) es necesario el ejercicio de un derecho subjetivo (una pretensión que en otro contexto resultaría lícita) para poder aplicar (...) la teoría de los actos propios, porque si tal derecho no existiera la pretensión debería ser rechazada pero con base en la inexistencia de fundamento real”.<sup>62</sup>

Luego de realizar el análisis correspondiente, el Tribunal Arbitral estima que todos y cada uno de los elementos descritos por la doctrina para que se configure un supuesto de actos propios (es decir, de la regla de acuerdo a la cual nadie puede invocar un derecho en contradicción con una conducta anteriormente desarrollada), se encuentran presentes en el caso concreto de TELEFÓNICA respecto a la utilización del número de líneas como medida de productividad de los servicios de telefonía móvil.

Esto es, tanto más claro si apreciamos que no sólo fue la propia TELEFÓNICA la que propuso a OSIPTEL que utilice el número de aparatos como indicador de producción de servicios móviles para la determinación del factor de productividad, sino que dicha empresa no cumplió con presentar información respecto a un índice distinto dentro de los plazos concedidos, por lo que el tercer motivo de la Primera Pretensión Principal no puede ampararse. Es más, también carece de objeto que el Tribunal Arbitral se ocupe acerca de la discusión sobre la razonabilidad de la utilización del número de aparatos como medida de producción de los servicios móviles, cuando ésta estaba

---

<sup>60</sup> Ibidem, pp. 67-85.

<sup>61</sup> Ibidem, pp. 67-85.

<sup>62</sup> Ibidem, pp. 67-85.

*JH*



perfectamente justificada como única alternativa disponible debido a los incumplimientos en que incurrió TELEFÓNICA.

En cuanto toca a dichos incumplimientos, el Tribunal Arbitral quiere dejar expresa constancia de que la realización de Reuniones de Trabajo de forma previa a la determinación del factor de productividad es perfectamente consistente con lo estipulado en el literal (d) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que como ya se ha destacado, permiten que con el objeto de que la empresa concesionaria cumpla oportunamente con las solicitudes de información que realice el organismo regulador, OSIPTEL y TELEFÓNICA establezcan medidas de consulta apropiadas. Tal previsión quedaría por completo vaciada de contenido si es que el organismo regulador se viera obligado a conceder plazos mayores para la entrega de información que aquellos a los que la empresa concesionaria se hubiera comprometido. Siendo esto así, el Tribunal Arbitral no puede dejar de llamar la atención de que, no obstante que todos los plazos para la entrega de información se habían vencido, el organismo regulador y TELEFÓNICA acordaron en la Sexta Reunión de Trabajo otorgar una última extensión que vencía indefectiblemente el 2 de abril de 2001.

Dada esta última extensión del plazo, sorprende que TELEFÓNICA sostenga en su demanda que OSIPTEL debió incorporar en su modelo datos presentados el 15 de junio de 2001, más de dos meses después de concluido el término final otorgado para la presentación de información. Es evidente para el Tribunal Arbitral que si para dicha fecha OSIPTEL ya había publicado la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL (cumpliendo estrechamente con los plazos previstos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN) y si además, el organismo regulador se encontraba impedido de introducir nueva evidencia en su modelo una vez notificado éste, como se ha explicado en el numeral precedente de esta parte considerativa, por lógica extensión se sigue que la empresa regulada tampoco podría adjuntar información que no hubiera sido puesta previamente en conocimiento de OSIPTEL, no sólo porque de esta forma se alteraría el procedimiento establecido contractualmente, sino porque además, una vez notificado su proyecto, la tarea del organismo regulador debía concentrarse única y

exclusivamente en otorgar adecuada consideración a los comentarios y objeciones que TELEFÓNICA le hubiere formulado respecto al proyecto notificado. Esto último, por cierto, es sin perjuicio de que la empresa regulada puede, con ocasión de la formulación de sus comentarios y objeciones, alcanzar la información de soporte que juzgue necesaria, siempre que ello no suponga alterar los datos entregados al organismo regulador durante la etapa de entrega de información.

Por estas consideraciones el Tribunal Arbitral concluye que el tercer motivo de la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA debe desestimarse.

#### **IV.3.6. La mención del caso del "Teléfono Popular" en la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTTEL**

En el cuarto motivo de su Primera Pretensión Principal, TELEFÓNICA alega que OSIPTTEL incumplió con los CONTRATOS DE CONCESIÓN al haber dispuesto la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular", así como a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I.

Tanto en su contestación a la demanda como a lo largo del presente proceso arbitral, OSIPTTEL ha aseverado que la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTTEL no dispone que se aplique de manera directa la fórmula de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular" o a los demás planes tarifarios que incluyan servicios de Categoría I; sino que lo que dice el artículo tercero de dicha Resolución es que las solicitudes de ajuste que presente TELEFÓNICA deberán incluir los conceptos antes referidos, lo cual es distinto.

Sobre este particular, el Tribunal Arbitral reconoce, como destaca OSIPTTEL, que el artículo tercero de la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTTEL no indica explícitamente que el factor de productividad se aplicará directamente al paquete de servicios "Teléfono Popular", aunque parezca bastante claro, a la luz de la prueba en el expediente y de las alegaciones habidas en las audiencias que eso es precisamente lo

que quiso decir el regulador al aprobar el texto en cuestión. En efecto, el artículo tercero señala lo siguiente:

“La empresa concesionaria Telefónica del Perú S.A.A. presentará trimestralmente sus solicitudes de ajuste de tarifas para los servicios de categoría I (...).

Las solicitudes de ajuste a que se refiere el presente Artículo, incluirán al paquete de servicios denominado “Teléfono Popular” que fue establecido en el numeral 2.0 de los anexos N° 1 de las addendas a los contratos de concesión aprobadas mediante Decreto Supremo N° 021-98-MTC, así como a los demás paquetes de servicios de similares características que incluyan servicios de categoría I y que sean aplicados actualmente o que aplique en el futuro la empresa concesionaria. (...). (el subrayado es nuestro)

La ambigüedad del artículo tercero citado es manifiesta, en la medida que admite al menos dos interpretaciones: (a) una según la cual la fórmula de tarifas tope debería aplicarse directamente al “Teléfono Popular” y a los demás paquetes de servicios que incluyan servicios de categoría I; y (b) otra de conformidad con la que, para que ello sea posible, debería procederse a “desempaquetar”<sup>63</sup> los elementos que componen cada paquete, de modo que sólo aquellos que correspondan a servicios de Categoría I sean afectados por la fórmula de tarifas tope. Y si bien dicha ambigüedad se mantenía con el texto de la norma en cuestión, al punto que permitió que OSIPTEL acogiera la primera interpretación en el Primer Instructivo y luego, variando su posición, acogiera la segunda en el Segundo Instructivo; no es menos cierto que lo actuado en el expediente, especialmente en las audiencias convocadas para dilucidar esta cuestión, lleva a concluir que al expedir la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL, el organismo regulador pretendía, como se detalla más adelante, otorgar al “Teléfono Popular” el tratamiento que corresponde a una canasta de servicios.

<sup>63</sup> El tema del desempaquetamiento será tratado más adelante.

Es más, sólo eso puede concluirse cuando se revisa la página 64 del Documento N° 62, anexo a la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL, en el que el regulador, al evaluar un comentario presentado por GRADE, afirma lo siguiente:

“De acuerdo a lo establecido en el anexo 1 numeral 2.0 inciso d) de la addenda a los contratos de concesión, al teléfono popular se le aplicará el ajuste correspondiente a los servicios de categoría I, **es decir, se le aplicará la fórmula de tarifa tope y el valor real del paquete se reducirá por aplicación del factor de productividad, sin que ello implique su inclusión en alguna de las canastas**, dado que los servicios que comprende corresponden a más de una canasta”. (las negritas y el subrayado son nuestros)

Y si, como se explica con mayor detalle al desarrollar las pretensiones formuladas por TELEFÓNICA en relación con los planes y paquetes tarifarios, OSIPTEL no puede bajo los CONTRATOS DE CONCESIÓN crear más canastas que las expresamente estipuladas en esos Contratos ni aplicar la fórmula de tarifas tope a servicios que no pertenezcan a la Categoría I, necesariamente hay que concluir que no podía el regulador pretender, al expedir la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL, que TELEFÓNICA ajustara todo el valor del paquete de servicios denominado “Teléfono Popular” por aplicación del factor de productividad, sino sólo respecto de aquellos componentes sujetos a dicho tipo de regulación tarifaria.<sup>64</sup>

<sup>64</sup> De acuerdo con el numeral 2.0 del Anexo al Primer Addendum a los CONTRATOS DE CONCESIÓN, la oferta especial denominada “Teléfono Popular” que debía estar vigente cuando menos durante los tres años siguientes al término del período de concurrencia limitada, incluía pagos: “(i) por renta mensual, incluidos sesenta (60) minutos en horario diurno, libres de pago; (ii) por trescientos (300) minutos libres de pago en horario nocturno o de día domingo; (iii) por financiamiento del cargo por establecimiento de una conexión y por el suministro del equipo terminal; (iv) por mantenimiento del equipo terminal; y, (v) por correo de voz”. Sólo los dos primeros conceptos constituyen servicios de Categoría I. Es más, el tercero y el cuarto no constituyen servicios de telecomunicaciones, por lo que OSIPTEL no sería el competente para regularlos.

No obstante lo anterior, es bastante claro para el Tribunal Arbitral que el cuarto motivo de la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA está dirigido contra lo dispuesto por el artículo tercero de la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTTEL y no contra los motivos que OSIPTTEL habría tenido al momento de expedir dicha norma; y, además, la ambigüedad del precepto ha permitido que el organismo regulador varíe su posición en relación con su interpretación (ver Primero y Segundo Instructivos); por lo que en concordancia por lo expresado por OSIPTTEL, la norma en cuestión no contiene orden alguna sobre el modo en que habrá de afectar la fórmula de tarifas tope a los paquetes tarifarios. Por ello, corresponde que el Tribunal Arbitral desestime el cuarto motivo en el que se funda la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA.

#### **IV.3.7. El cálculo del costo de patrimonio realizado por ESAN**

En el **quinto motivo** de su Primera Pretensión Principal, TELEFÓNICA alega que OSIPTTEL usó una metodología para calcular el costo del patrimonio de TELEFÓNICA que no se ajusta a los estándares internacionalmente establecidos sobre el particular y que, en esa medida, resulta un cálculo irrazonable de dicho costo.

De conformidad con su argumento, TELEFÓNICA manifiesta que "(...) si bien no existe una definición contractual expresa, el esquema de fórmulas de tarifas tope no constituye una invención de nuestro regulador: a la fecha de celebración de los Contratos de Concesión existía ya amplio consenso a nivel internacional sobre la forma en que debía determinarse la productividad de una empresa de telecomunicaciones para propósitos de una regulación de tarifas de price caps. De modo que aunque las partes no dijeron nada de modo expreso, era patente la voluntad común de someterse a los dictados de la doctrina regulatoria correspondiente. (...) ciertas decisiones en base a las cuales se determinó el factor de productividad aplicable a TELEFÓNICA, OSIPTTEL actuó contraviniendo postulados esenciales de un sistema de regulación de price caps y, por esa vía, incurrió en flagrante incumplimiento de lo dispuesto por los Contratos de Concesión (...)." Asimismo, señala en la página 71 de su demanda que "OSIPTTEL ha transgredido los Contratos de Concesión al emplear criterios no

razonables para calcular el costo de patrimonio (...) la aplicación del estudio de ESAN resulta (...) cuestionable (...) por el hecho de que dicho estudio incurre en una serie de errores conceptuales, que descalifican por completo su utilización para propósitos del cálculo del factor de productividad de nuestra empresa.<sup>65</sup> (el subrayado es nuestro)

Si bien es cierto que, como ha quedado destacado en el numeral IV.1 de estos Considerandos, de acuerdo a los artículos 168° y 1362° del Código Civil los contratos deben de interpretarse y ejecutarse de acuerdo a la común intención de las partes y las reglas de la buena fe, es no menos cierto que del texto de los CONTRATOS DE CONCESIÓN no se desprende que las partes hayan pactado (o que esa hubiese sido su voluntad) que el costo del patrimonio de TELEFÓNICA sea calculado por OSIPTEL utilizando una metodología que se ajuste a los estándares internacionales. Como la propia TELEFÓNICA lo reconoce, *"no existe una definición contractual expresa"* sobre este tema.

Siendo ésta una facultad discrecional, lo único que el organismo regulador debe demostrar en cada caso es que su cálculo es razonable. Para cumplir con este estándar, lo más probable es que OSIPTEL emplee en los hechos una metodología aplicada internacionalmente. De hecho, el propio OSIPTEL ha manifestado en la contestación a la demanda que *"la metodología utilizada por ESAN [para calcular el costo de patrimonio de Telefónica] corresponde al modelo denominado Capital Asset Pricing Model (CAPM), reconocido y utilizado internacionalmente para fines del cálculo del costo de patrimonio"*.<sup>66</sup>

Sin perjuicio de que, como se ha indicado precedentemente, OSIPTEL estaba impedido de introducir los resultados del Estudio de ESAN en su Mandato Final, debe tenerse en cuenta en lo que toca al cálculo en sí mismo realizado por ESAN, que la propia TELEFÓNICA ha reconocido que ESAN *"basa su valuación del costo del capital, utilizan el método de Capital Assets Pricing Model (CAPM)"* que es, precisamente, el

<sup>65</sup> Ver página 29 de la demanda arbitral de TELEFÓNICA.

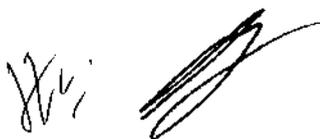
<sup>66</sup> Ver página 24 de la contestación a la demanda presentada por OSIPTEL.

mismo empleado por TELEFÓNICA en el estudio de elaboración propia que presentó como anexo a su demanda.

En los ANTECEDENTES de este laudo arbitral, este colegiado ha hecho referencia acerca de las pericias encargadas tanto por TELEFÓNICA como por OSIPTEL sobre el cálculo del costo del patrimonio realizado por ESAN. Dichas pericias han permitido identificar que entre ambas partes existen profundas discrepancias acerca de la incorporación del riesgo país en el cálculo (que ESAN no considera en su Estudio) y, en menor medida, acerca del modo de estimar la tasa libre de riesgo y el beta de la fórmula. A lo largo de las discusiones realizadas en las Audiencias Especiales, con participación de los peritos y del doctor Sergio Bravo, quien dirigió el equipo que elaboró el Estudio de ESAN, el Tribunal Arbitral ha podido comprobar la existencia de diversas posiciones sobre la materia. Sin embargo, por tratarse de un tema técnico librado a la discrecionalidad de OSIPTEL, y en la medida en que este Tribunal Arbitral ya se ha pronunciado acerca del incumplimiento a los procedimientos establecidos en los CONTRATOS DE CONCESIÓN que impedían que el resultado del Estudio de ESAN fuera incorporado en el Mandato Final de OSIPTEL, este colegiado considera que no es pertinente que realice un análisis sobre la razonabilidad de un Estudio que el organismo regulador no podía considerar.

Por los motivos ya explicados, este colegiado considera que corresponde desestimar el quinto motivo de la Primera Pretensión Principal formulada por TELEFÓNICA.

En conclusión, y resolviendo la Primera Pretensión Principal, este Tribunal Arbitral concluye que bajo el inciso (c) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, OSIPTEL estaba impedido de incorporar el cálculo del costo del patrimonio derivado del Estudio de ESAN una vez notificada la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL; por lo que esta Primera Pretensión Principal debe declararse FUNDADA EN PARTE, debido al segundo motivo formulado por TELEFÓNICA.



#### IV.3.8. Efectos del pronunciamiento del Tribunal Arbitral

A criterio de este colegiado, el OSIPTEL ha incurrido en un vicio al emitir la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL, debido a que en ésta se ha inobservado el procedimiento expresamente establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, toda vez que se ha incorporado el resultado del Estudio de ESAN.

No obstante ello, este Tribunal Arbitral considera que dicho vicio constituye una nulidad parcial y, en tal sentido, el acto nulo comprende únicamente la evaluación e incorporación del resultado del Estudio de ESAN, no alcanzando a las demás partes de la citada Resolución y, en consecuencia, no impide la producción de efectos para los cuales dicho pronunciamiento es idóneo, esto es, aplicar el sistema de fórmulas de tarifa tope.

En efecto, teniendo en consideración que la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL fue dictada durante la vigencia del TUO, corresponde revisar la validez de su contenido en virtud a lo dispuesto por dicha norma, de conformidad con las reglas de aplicación de la ley en el tiempo expresamente contempladas en el artículo III del Título Preliminar del Código Civil<sup>67</sup>.

En tal sentido, el literal c) del artículo 43° del TUO establecía que serían nulos de pleno derecho los actos administrativos que fuesen dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento y de la forma prescrita por la ley<sup>68</sup>. Es por ello que la inobservancia por parte de OSIPTEL del procedimiento previsto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN determinaría, en principio, la nulidad de pleno derecho de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL.

<sup>67</sup> "Artículo III.- La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

<sup>68</sup> "Artículo 43.- Son nulos de pleno derecho los actos administrativos:

(...)

c) Dictados prescindiendo de las normas esenciales del procedimiento, y de la forma prescrita por la ley".

Sin embargo, a criterio de este Tribunal el incumplimiento en que ha incurrido OSIPTEL al evaluar e incorporar el resultado del Estudio de ESAN, no puede conllevar la nulidad absoluta de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL, debido a que dicha entidad cumplió, en lo demás, con el procedimiento previsto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, lo que significa que todas las actuaciones y trámites realizados por OSIPTEL para la determinación del factor de productividad hubieran permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio de incorporar el resultado del Estudio de ESAN.

Si bien la nulidad de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL se sustenta en la norma del TUO ya citada y, además en el artículo 38° del mismo TUO,<sup>69</sup> es pertinente tener en cuenta que la LPAG ha desarrollado con mayor precisión los principios en los que se asienta. El numeral 5) del artículo 3° de la LPAG, señala como uno de los requisitos de validez del acto administrativo el Procedimiento Regular, lo cual implica que antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación<sup>70</sup>.

Sobre la importancia de este requisito de validez del acto administrativo, Morón señala que *"... la existencia del procedimiento no sólo busca proteger la certeza de la administración, sino que sirve de garantía a los derechos de los administrados y a los intereses públicos (orden, legalidad, etc.)"*<sup>71</sup>.

Cabe señalar que la inobservancia del procedimiento predeterminado en la Ley para la emisión de un acto administrativo, acarrea una vulneración de los principios de legalidad y del debido procedimiento administrativo, recogidos en el Artículo III del

---

<sup>69</sup> "Artículo 38.- Los actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante los procedimientos que estuvieren establecidos. El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquéllos".

<sup>70</sup> "Artículo 3°.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

5. Procedimiento regular.- Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación".

<sup>71</sup> MORÓN, Juan Carlos. "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 73.

Título Preliminar del TUO<sup>72</sup> y en el artículo 38 ya citado, principios que a su vez son desarrollados en el Título Preliminar de la LPAG<sup>73y74</sup>.

Sobre el principio de legalidad, Ochoa sostiene que: "... constituye uno de los principios capitales del Estado de Derecho. (...) El artículo IV.1.1 de la LPAG consagra el principio de legalidad con la siguiente definición: "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que le fueron conferidas". En el procedimiento administrativo se derivan dos consecuencias fundamentales previstas en los incisos 1) y 5) del artículo 3º de la LPAG: el acto administrativo será producido por el órgano competente y que antes de su emisión el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento previsto para su generación"<sup>75</sup>.

Asimismo, el citado autor se refiere al principio del debido procedimiento administrativo, considerándolo "... [c]omo principio derivado del principio constitucional del debido proceso en sede judicial, previsto en el artículo 139.3º de la Constitución de 1993. Cabe anotar que esta norma se refiere en su segundo párrafo al principio del juez y del procedimiento determinado, la jurisprudencia constitucional ha interpretado que en sede administrativa supone seguir el procedimiento legalmente preestablecido, respetándolo en cada una de sus etapas, trámites y actuaciones"<sup>76</sup>.

<sup>72</sup> "Artículo III.- En todo acto o procedimiento debe observarse el ordenamiento legal vigente. Cuando una norma de Derecho Público condiciona el ejercicio de un derecho a hechos anteriores, sólo se tienen en cuenta los iniciados con posterioridad a la referida norma."

<sup>73</sup> "Artículo IV.1.1º.- Principio de Legalidad.- "Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas".

<sup>74</sup> "Artículo IV.1.2º.- Principio del Debido Procedimiento Administrativo.- "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

<sup>75</sup> OCHOA, César. "Los principios generales del procedimiento administrativo". En: "Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General", ARA Editores, Lima, 2003, p. 52-53.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 49.

Finalmente, en torno a la importancia del procedimiento regular como requisito de validez del acto administrativo, el propio Ochoa precisa algunos alcances jurisprudenciales. En efecto, el citado autor sostiene que *"El Tribunal Constitucional considera que la inobservancia de las normas esenciales del procedimiento por la Administración vulnera el derecho constitucional al debido proceso en sede administrativa. Esta situación jurídica que es una causal de nulidad del acto administrativo es considerada por el TC como vulneración al debido proceso"*<sup>77</sup>.

Luego, como lo hace el literal c) del artículo 43º el TUO ya citado, el numeral 2 del artículo 10º de la LPAG establece que uno de los vicios del acto administrativo que causa su nulidad es el defecto u omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto contemplados en el artículo 14º del mismo cuerpo legal<sup>78</sup>.

En relación a dicha causal de nulidad del acto administrativo, Danós comenta que: *"Los vicios o defectos que puedan afectar esencialmente a los elementos estructurales de los actos administrativos establecidos en el artículo 3º de la LPAG y desarrollados por los artículos 4º, 5º y 6º de la misma, constituyen causal de nulidad de los citados actos salvo que sean de aplicación los supuestos de conservación del acto administrativo previstos por el artículo 14º de la LPAG"*<sup>79</sup>.

Ahora bien, atendiendo a que el TUO no contempla la figura de la nulidad parcial, pero siendo necesario dictar un pronunciamiento ajustado a ley, este Tribunal Arbitral considera necesario invocar el Principio de Integración Jurídica, expresamente previsto en el artículo II del Título Preliminar del propio TUO, según el cual no debe dejarse de

<sup>77</sup> *Ibíd.*, p. 71.

<sup>78</sup> *"Artículo 10º.-Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:*

(...)

2. *El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14º.*

(...)"

<sup>79</sup> DANÓS, Jorge. *"Régimen de la nulidad de los actos administrativos en la nueva Ley N° 27444"*. En: *"Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General"*, ARA Editores, Lima, 2003, p. 234.

resolver una controversia por deficiencia del ordenamiento jurídico, para lo cual hay que acudir a los principios generales de dicho Título Preliminar.

Sin embargo, el Título Preliminar del TUO no contempla figura legal alguna que permita resolver la controversia en cuestión, esto es, que no contiene una disposición que supla el vacío o deficiencia normativa detectada por este colegiado.

En consecuencia, en observancia del Principio de Jerarquía Normativa previsto en el artículo 51° de la Constitución Política de 1993<sup>80</sup>, este Tribunal Arbitral debe acudir a la Carta Magna, la cual consagra en el numeral 8 de su artículo 139° el mismo Principio de Integración Jurídica, con una amplitud en su aplicación que permite a este colegiado identificar la norma jurídica que llene el vacío o deficiencia del TUO. Así, la Carta Magna establece que no debe dejarse de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, debiendo aplicarse, en tal caso, los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario (los cuales no se limitan únicamente a aquellos principios o disposiciones contempladas en el Título Preliminar del TUO)<sup>81</sup>. Esta obligación se encuentra también recogida en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil<sup>82</sup>.

Dado que en el presente caso, el Tribunal Arbitral advierte que existe un vacío o deficiencia en el TUO, el mismo que no contempla la institución jurídica de la nulidad parcial, ni sus alcances y consecuencias, resulta entonces necesario determinar si en el presente caso el vacío o deficiencia de la ley puede ser llenado mediante la aplicación supletoria de una norma o mediante analogía en cualquiera de sus dos modalidades de analogía *legis* o analogía *iuris*.

<sup>80</sup> "Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

<sup>81</sup> "Artículo 139°.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley.

En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.

(...)"

<sup>82</sup> "Artículo VIII.- Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano"

*JLV*

Para que proceda la aplicación supletoria se requeriría que la nulidad parcial sólo fuese considerada como una particularidad de la institución jurídica de la nulidad, caso en el cual, corresponde buscar en el ordenamiento jurídico la norma supletoria que regule esta materia de manera no contradictoria con el resto del sentido del TUO. De esta manera, teniendo en cuenta que la primera disposición complementaria y final del Código Procesal Civil declara que las normas de éste son supletorias para todo ordenamiento procesal<sup>83</sup>, y que la materia regulada en el TUO es de naturaleza procedimental, debe aplicarse supletoriamente para el caso concreto las normas referidas a nulidades, en específico aquella recogida en el artículo 173<sup>84</sup> referida a la extensión de las nulidades, según la cual la declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél.

De otra parte, si se considerase que la falta de regulación sobre la nulidad parcial es un vacío sobre una institución jurídica, entonces correspondería llenar este vacío mediante integración jurídica, para lo cual se requiere acudir a la analogía. La analogía *legis* consiste en la búsqueda de una norma jurídica que regule el mismo supuesto de hecho que el que se presenta en el caso concreto, para que luego de identificada ésta en base al argumento de igual razón igual derecho, se concluya que la regulación que la norma establece para aquél caso también es la regulación que corresponde aplicar al caso concreto.

En este sentido, la analogía *legis* se realizaría con el mencionado artículo 173° del Código Procesal Civil, puesto que en el caso concreto se presenta sólo un acto (la inclusión y valoración del informe de ESAN) que está viciado y los demás no están afectados por este vicio que resulta idéntico al supuesto de la norma, razón por la cual, también mediante la analogía llegamos a la misma conclusión.

---

<sup>83</sup> "PRIMERA.- Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza".

<sup>84</sup> Artículo 173.- "Extensión de la nulidad.- La declaración de nulidad de un acto procesal no alcanza a los anteriores ni a los posteriores que sean independientes de aquél. La invalidación de una parte del

*JH*

Por último, si existiese algún cuestionamiento a la utilización de la aplicación supletoria o de la analogía *legis*, y se considerase que el método indicado fuera el de la analogía *iuris*, el resultado no se alteraría, pues también según este método de integración resultaría aplicable al caso concreto la figura de la nulidad parcial.

En efecto, la analogía *iuris* consiste en identificar, desde casos particulares, un principio jurídico de vigencia general que en consecuencia corresponda ser aplicado también para el caso concreto respecto del cual existe un vacío legal. Si se toma en cuenta que tanto en el ordenamiento procesal civil, como en el ordenamiento civil (*artículo 224° del Código Civil*),<sup>85</sup> ambos designados como supletorios para los demás ordenamientos, se recoge la figura de la nulidad parcial cuando el vicio no afecta a todos los actos sino únicamente a alguno o algunos de ellos, puede inferirse que esta regulación corresponde a un principio general del derecho, según el cual sólo corresponde anular los actos a los que el vicio alcanza, pues lo demás sería atribuir una sanción a hechos respecto de los cuales no ha existido ninguna infracción.

Sin perjuicio de lo expuesto, ilustra tener en cuenta que el numeral 13.2 del artículo 13° de la LPAG, el cual regula los alcances de la nulidad, contempla ya expresamente de manera normativa la institución jurídica de la nulidad parcial del acto administrativo, estableciendo que en este supuesto, dicha nulidad no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario<sup>86</sup>.

---

acto procesal no afecta a las otras que resulten independientes de ella ni impide la producción de efectos para los cuales el acto es idóneo, salvo disposición expresa en contrario".

<sup>85</sup> Artículo 224.- "Nulidad de estipulaciones.- La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables. La nulidad de disposiciones singulares no importa la nulidad del acto cuando éstas sean sustituidas por normas imperativas. La nulidad de la obligación principal conlleva la de las obligaciones accesorias, pero la nulidad de éstas no origina la de la obligación principal".

<sup>86</sup> "Artículo 13°.- Alcances de la nulidad.

(...)

13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos para los cuales no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario.

(...)"

*Handwritten signature*

Ahora bien, sobre la figura de la nulidad parcial, Morón explica que "... permite anular una parte del acto y dejar intacta la otra, separando según la independencia que las mismas puedan brindar respecto de la otra parte. De igual manera permite reconocer otros efectos distintos al acto nulo.

No será posible aplicar esta técnica de conservación cuando la parte que se pretenda conservar sea consecuencia de la anterior<sup>87</sup>.

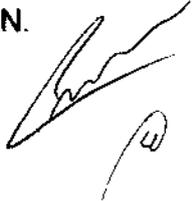
Por su parte, sobre los presupuestos para la posibilidad de la existencia de nulidad parcial, Danós señala que "para que opere la no transmisibilidad de la invalidez de una parte del acto administrativo a otra parte no viciada de dicho acto, Beladiez señala que se requiere de dos requisitos: en primer lugar debe tratarse de un acto susceptible de ser dividido en partes, ya sea porque contiene pronunciamientos diferentes, o bien porque aun teniendo un único pronunciamiento, el objeto material a que éste alude puede ser dividido. En segundo lugar, para que pueda conservarse la parte no afectada por la invalidez esta no debe depender de los requisitos que posea la parte viciada, porque debe contar con los elementos requeridos por la ley para producir efectos autónomamente y ser considerado un acto administrativo válido, que en virtud de los principios de conservación y economía merezca protección<sup>88</sup>".

De este modo, tal como se ha señalado precedentemente, a criterio de este Tribunal Arbitral la omisión en que ha incurrido OSIPTEL al evaluar e incorporar el resultado del Estudio de ESAN, no puede determinar la nulidad absoluta de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTEL, debido a que dicha entidad cumplió con los otros requisitos y condiciones establecidos en el procedimiento contenido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, lo que significa que todas las actuaciones y trámites realizados por OSIPTEL para la determinación del factor de productividad hubieran permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio de incorporar el resultado del Estudio de ESAN.

  
<sup>87</sup> MORÓN. Ob. cit., p. 98.

<sup>88</sup> DANÓS. Ob. cit., p. 245.





Es por ello que este colegiado concluye que se ha producido una nulidad parcial que alcanza exclusivamente al acto de evaluación e incorporación del Estudio de ESAN, pero no afecta la validez de la integridad de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTTEL.

Es preciso ahora, analizar los efectos de la declaración de nulidad parcial. Respecto a los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo, Danós sostiene, comentando la LPAG, que: *"En cuanto a los efectos, el artículo 12.1 de la LPAG dispone que la declaración de nulidad de un acto administrativo basada en una constatación objetiva de los graves vicios que aquejan al acto, retrotrae sus efectos hacia el momento mismo en que el acto nació o sufrió del vicio que lo afecta. Esta regla es ratificada por el artículo 17.2 de la LPAG que establece que la declaratoria de nulidad de un acto administrativo no sólo supone la extinción del mismo, sino que surte efectos desde su nacimiento, con carácter declarativo y efectos ex tunc"*<sup>89</sup>.

No obstante, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad parcial de la Resolución N° 038-2001-CD/OSIPTTEL, este Tribunal considera que, la mencionada nulidad parcial debe dictarse sin efectos retroactivos, puesto que resulta necesario reconocer los derechos adquiridos de buena fe por terceros<sup>90</sup>, como es el caso de los abonados y usuarios de los servicios públicos de telecomunicaciones que presta TELEFÓNICA, materializándose dichos derechos adquiridos en el acceso a menores tarifas.

---

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 241.

<sup>90</sup> "La excepción a la regla de la retroactividad de los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo está constituida por los derechos adquiridos de buena fe por terceros, situación en la cual la parte final del citado artículo 12.1 establece de manera expresa que respecto de dichos terceros la proclamación de la invalidez del acto sólo producirá efectos a futuro. Tal sería el caso de personas que no participaron del procedimiento administrativo que dio lugar a la formación del acto viciado pero que podrían ser afectados en sus derechos por las consecuencias derivadas de la declaración de invalidez del acto. En este punto es necesario deslindar entre los denominados derechos adquiridos, es decir, los derechos individuales consolidados en el patrimonio de un sujeto con respecto de las simples expectativas que sólo constituyen situaciones provisionales en las que los derechos se encuentran en proceso de formación y que, por tanto, no suponen situaciones merecedoras de protección. En este supuesto el legislador ha determinado que la seguridad jurídica prime sobre el principio de legalidad de la actuación administrativa impidiendo que los efectos de la declaración de nulidad de un acto administrativo, que ha servido de base para la adquisición de derechos por terceros de buena fe, pueda afectarles retroactivamente restringiendo sus efectos respecto de dichos terceros únicamente para el futuro. DANÓS. Ob. cit., p. 242.



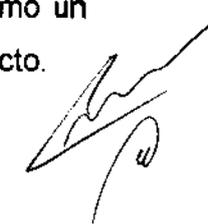
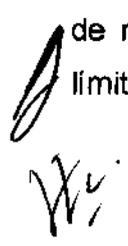
Al respecto, resulta pertinente señalar que si bien en principio los efectos de la nulidad de un acto administrativo son *ex tunc*, esto es, se retrotraen al momento en que se produce la causal que motiva la nulidad, también es cierto que dichos efectos deben dejar a salvo los derechos legítimamente adquiridos por los terceros de buena fe que, sobre la base del acto anulado, han celebrado y ejecutado diversos actos jurídicos.

Dicha limitación establecida por el Tribunal a los efectos de la nulidad parcial de la Resolución No. N° 038-2001-CD/OSIPTEL, se fundamenta en el respeto al principio de buena fe, como principio general del derecho que inspira a todo el ordenamiento jurídico, y que resulta merecedor de tutela por el Derecho, en especial por el Derecho Administrativo.

Al respecto, el profesor GONZALEZ PEREZ señala que *"el principio general de la buena fe no sólo tiene aplicación en el Derecho Administrativo, sino que en éste ámbito adquiere especial relevancia. Como dice GUASP, todos los campos del derecho estatal son clima propio como cualquier otro, al desarrollo de esta verdadera patología de lo jurídico. Y es más, ella se da en el seno de los dos principales elementos que conjugan la relación jurídica estatal: la autoridad y el súbdito."*<sup>91</sup>

Es precisamente en este campo, donde la tutela de la buena fe adquiere una relevancia fundamental, en la medida que permite proteger y preservar los efectos de los derechos que han sido adquiridos por los administrados, sobre la base de la actuación realizada por los órganos de la Administración Pública como es el OSIPTEL, actuación que además goza de una presunción de legitimidad, que refuerza la confianza de los administrados en que ésta es adecuada con el ordenamiento jurídico vigente.

En tal sentido, y específicamente respecto de los efectos originados por la extinción de las relaciones jurídicas de derecho público, producidas por ejemplo, por la declaración de nulidad de un acto administrativo, el principio de la buena fe operaría como un límite, que protege a los terceros de los efectos producidos por la anulación del acto.



Así, por ejemplo, en opinión del mismo GONZALEZ PEREZ, aún cuando se tratase de actos administrativos que no constituyen ni otorgan derechos subjetivos, el principio de la buena fe exigiría respetar los legítimos intereses de los terceros afectados, incluso manteniendo el acto. De este modo, señala que *"si el principio general de la buena fe juega un papel relevante en el nacimiento y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, con mayor rigor desplazará su eficacia a la hora de su extinción (...) Cabría pensar en aquellos supuestos en que, no derivando derechos subjetivos, existen personas afectadas en sus intereses legítimos. En tal caso, al no operar el límite de los derechos subjetivos, podría operar el de las exigencias de la buena fe: la revocación no será procedente, aún no derivando derechos subjetivos, si las personas afectadas en sus intereses legítimos podrían esperar de un comportamiento leal de la administración su mantenimiento"*<sup>82</sup>

En este punto, la protección del principio de la buena fe se encuentra íntimamente ligada además al principio de seguridad jurídica, entendido como *"la susceptibilidad de previsión objetiva por los particulares, de sus propias situaciones jurídicas, de modo tal que puedan tener una precisa expectativa de sus derechos y deberes, de los beneficios que les serán otorgados, o de las cargas que deberán soportar"*. En tal sentido, y siguiendo lo afirmado por VILLEGAS, la seguridad jurídica *"se expresa prácticamente en la previsibilidad de la actuación estatal"*.<sup>83</sup>

Cabe señalar que éste último principio resulta inseparable de la idea de un Estado Constitucional de Derecho, lo que ha sido reconocido expresamente por nuestro Tribunal Constitucional<sup>84</sup>, señalando que nuestra Carta Fundamental lo recoge a través

---

<sup>81</sup> GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. "El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo", Madrid, Civitas, 1999, p. 44.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 175.

<sup>83</sup> VILLEGAS B., Héctor. "El contenido de la seguridad jurídica". En: Revista del Instituto Peruano del Derecho Tributario, Vol. 22, junio 1992, pp. 3 y ss.

<sup>84</sup> "El principio de seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, la de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico (...) La seguridad jurídica es un principio que preside todo el ordenamiento incluyendo, desde luego, a la

de diversos preceptos constitucionales. Ese sería el caso, por ejemplo, de la norma que prohíbe la aplicación retroactiva de las normas, pues tal situación evidentemente implicaría desconocer derechos legítimamente adquiridos sobre la base de un sistema legal determinado, lo que en definitiva genera inseguridad y desconfianza respecto de la conducta del Estado.

Pues bien, una situación sustancialmente similar, de inseguridad y desconfianza, se presentaría si nuestro ordenamiento jurídico atribuyese efectos retroactivos a aquellas nulidades que afectan a terceros, pues ello implicaría afectar los derechos de millones de peruanos a acceder a aquellas tarifas establecidas sobre la base del acto jurídico anulado, lo que vulneraría gravemente el principio de seguridad jurídica que informa nuestro ordenamiento constitucional, y cuya vigencia debe ser tutelada por este Tribunal.

En esta línea, debe mencionarse que estos criterios están ya reconocidos explícitamente en el numeral 12.1 del artículo 12° de la LPAG.<sup>96</sup>

Por último, el Tribunal Arbitral no admite la posibilidad de que la declaración de nulidad parcial pueda suponer que la empresa demandante quede autorizada a inaplicar el sistema de fórmulas de tarifas tope aunque sea por breve plazo, en razón de lo que considera pertinente dejar sentado que, no obstante la declaración de nulidad parcial, la Resolución No. 038-2001-CD/OSIPTEL debe continuar vigente para todo efecto distinto del producido por la incorporación del resultado del Estudio de ESAN como costo de patrimonio de TELEFÓNICA.

---

*Norma Fundamental que lo preside (...).* (Sentencia de inconstitucionalidad de fecha 30 de abril de 2003, recaída en el expediente No. 0016-2002-A/TC. En: "El Peruano", 15 de mayo de 2003).

<sup>96</sup> "Artículo 12°.- Efectos de la declaración de nulidad.

12.1 La declaración de nulidad tendrá efecto declarativo y retroactivo a la fecha del acto, salvo derechos adquiridos de buena fe por terceros, en cuyo caso operara a futuro".

#### **IV.3.9 Análisis de la Segunda Pretensión Principal y su Subordinada de TELEFÓNICA**

En lo que se refiere a la Segunda Pretensión Principal de TELEFÓNICA, conforme el Tribunal Arbitral ha identificado en el numeral IV.1 de estos Considerandos, la fijación de tarifas tope y sus factores componentes (entre ellos el Factor de Productividad), es una *potestad de ius imperium* que le corresponde ser ejercida de manera exclusiva al OSIPTEL, toda vez que éste es el organismo regulador en el ámbito de las telecomunicaciones, al cual, por mandato expreso de la ley, le han sido atribuidas dichas facultades de fijación.

En tal sentido, la fijación de las tarifas tope y de los factores que las componen, no puede ser determinada por la empresa concesionaria y operadora de los servicios regulados.

Existe una clara separación entre las funciones que le corresponden a los órganos reguladores de aquéllas que son desempeñadas por las empresas operadoras, encargadas de prestar los servicios que son objeto de regulación.

Sobre este particular, nos adscribimos a la doctrina citada por OSIPTEL en su escrito de Alegatos, la cual nos permitimos transcribir a continuación:<sup>96</sup>

"En un marco de competencia, es necesaria una nítida separación entre las funciones normativas, de ordenación de la actividad, y la prestación directa del servicio, tradicionalmente confundidas en la mayor parte de los Estados."<sup>97</sup>

"En el ámbito de los países de la Unión Europea ha venido admitiéndose que la imposición de nuevas estructuras administrativas ha estado determinada por el Derecho Comunitario que en definitiva ha tratado de propiciar un marco uniformizado

<sup>96</sup> Ver página 43 de los Alegatos de OSIPTEL fechada el 12 de noviembre del 2003.

<sup>97</sup> LAGUNA DE PAZ, José Carlos. "Liberalización y neorregulación de las telecomunicaciones en el Derecho Comunitario". En: REDA, diciembre 1995, p. 504.

para la administración de las telecomunicaciones con separación absoluta entre la regulación o reglamentación y la explotación de las telecomunicaciones".<sup>98</sup>

"Los Entes Reguladores, en general, suponen la separación de las funciones reglamentarias y de control de aquellas funciones operativas o de prestación de los servicios específicos del área respectiva".<sup>99</sup>

"Una de las premisas básicas que planteaba la UE, ya en el Libro verde sobre las telecomunicaciones de 1987, para quebrar los monopolios nacionales y transitar hacia un régimen de libre competencia es la separación, lo más radical posible, entre la instancia que asume la regulación del mercado y la prestadora de los servicios; ello, como hemos tenido ocasión de advertir, es una realidad en Estados Unidos ya desde los primeros balbucesos del mercado".<sup>100</sup>

"En todos los sectores liberalizados se está implantando una regla general de organización que exige que la función de regulación, ejercida en los servicios públicos tradicionales por la propia Administración titular del servicio, se separe de la función de gestión del servicio, empresa o actividad".<sup>101</sup>

"El proceso de liberalización de la economía tuvo como uno de sus primeros objetivos conseguir establecer una clara delimitación entre las funciones de regulación y actuación. La apertura de sectores económicos a la libre competencia no comportaría una verdadera competencia si una de las partes que podía seguir actuando en el sector liberalizado mantenía el poder de establecer las reglas del juego".<sup>102</sup>

<sup>98</sup> CHILLON MEDINA, José Ma. "Estado regulador y administración de telecomunicaciones". En: "Curso de Derecho de las Telecomunicaciones", Merino Merchán, José y Pérez-Ugena, María (coordinadores), Dykinson, Madrid, 1999, p. 198.

<sup>99</sup> BARBARA, Jorge Edmundo. "El Estado post privatizador. Los Entes Reguladores". En: Revista Jurídica Argentina La Ley, Tomo 1994-B, p. 1184.

<sup>100</sup> TEROL GÓMEZ, Ramón. "El control público de las telecomunicaciones", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 47.

<sup>101</sup> MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Servicio Público y Mercado. Los fundamentos", Civitas, Madrid, 1998, p. 254.

<sup>102</sup> TORNO MÁS, Joaquín. "Las autoridades de regulación de lo audiovisual", Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 54.

"(...) es esencial a la idea de los órganos independientes la separación entre reguladores y regulados, lo que permitirá desarrollar con éxito la actuación reguladora. La apoyatura de estos razonamientos es de orden lógico desde el momento que no se puede ser juez y parte en un mismo escenario económico".<sup>103</sup>

En consecuencia, la fijación del Factor de Productividad no puede ser determinada por la propia TELEFÓNICA.

Ahora bien, como quiera que TELEFÓNICA ha propuesto que declarada la nulidad, el Tribunal Arbitral se sustituya en el papel del organismo regulador y establezca el valor del factor de productividad aplicable para el período 2001–2004, corresponde definir si es que dicha posibilidad se encuentra comprendida en el ámbito de la competencia del Tribunal Arbitral.

Como se ha expresado en el numeral IV.1 de estos Considerandos, el papel de la judicatura (y, por lógica extensión, de un Tribunal Arbitral) no puede ser el de sustituir a los organismos reguladores en las decisiones que éstos adopten en ejercicio de potestades que como la determinación del factor de productividad se encuentran en el ámbito de su competencia. En apoyo de tal regla caben esbozar múltiples razones, entre las que destacan: (a) el hecho de que los organismos reguladores cuentan con una mayor capacidad técnica y un mayor conocimiento del negocio que los árbitros; (b) la circunstancia de que siendo éste un arbitraje de derecho los árbitros se encuentran constreñidos a fallar única y exclusivamente sobre materia jurídica, quedando impedidos de discutir *in extenso* las razones técnicas esbozadas por el regulador, salvo cuando se requiera sopesar su debida motivación y razonabilidad; y, (c) la imposibilidad de que el juzgador establezca, ante la existencia de un conjunto de decisiones posibles (todas ellas razonables) cuál de todas debió haber sido tomada por el regulador en sustitución de aquella que se declara inadmisibile. De todo ello se desprende necesariamente que allí donde se encontrara una decisión irrazonable, lo que

<sup>103</sup> RODRIGUEZ CHIRILLO, Eduardo J. "Privatización de la empresa pública y post-privatización", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 474.

corresponderá es que ésta sea devuelta a la Administración, de modo que pueda corregirse en dicho nivel la decisión originalmente adoptada sin afectarse en modo alguno la discrecionalidad de la potestad.

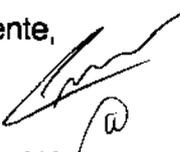
Lo anterior supone, puestos en el caso concreto, que no corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto a cuál es el factor de productividad aplicable a TELEFÓNICA, ya que la fijación de tal variable es potestad de OSIPTEL, que es indelegable, irrenunciable y que no puede ser irrogada por ninguna autoridad.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral sólo está facultado a dilucidar si los actos de OSIPTEL impugnados en la demanda arbitral de TELEFÓNICA son nulos o inoponibles en algún extremo, determinando cuáles fueron las infracciones cometidas, en cuyo caso compete al propio OSIPTEL dictar las resoluciones correctivas correspondientes con arreglo a los CONTRATOS DE CONCESIÓN y a las normas legales aplicables.

En tal virtud, corresponde que el Tribunal Arbitral se declare en este acto incompetente para determinar sea como Pretensión Principal, sea como Pretensión Subordinada, el factor de productividad y, consecuentemente esta Segunda Pretensión Principal y su Pretensión Subordinada, deben ser declaradas IMPROCEDENTES ya que -como está dicho- corresponde al propio OSIPTEL dictar la resolución pertinente con arreglo al derecho y a lo dispuesto en este laudo arbitral.

Sin embargo, antes de terminar este apartado, resulta conveniente aclarar que esta decisión del Tribunal Arbitral de declararse INCOMPETENTE para conocer y resolver esta Segunda Pretensión Principal y su Subordinada, en nada perjudica la resolución emitida respecto a la impugnación a su competencia que fuere deducida por OSIPTEL y resuelta por este Tribunal Arbitral mediante Resolución No. 15 de fecha 13 de marzo de 2002, declarándola INFUNDADA. Mientras en este apartado el Tribunal Arbitral, luego de analizar a fondo la materia controvertida contenida en esta Pretensión, ha llegado a la conclusión que no puede sustituir en esta materia específica al regulador, en el caso de la impugnación de la competencia formulada por OSIPTEL inicialmente,

*Yc:* 

  
146

esta entidad impugnó de manera general la competencia del Tribunal Arbitral, en base a argumentos legales que no se condicen con el marco legal que autoriza expresamente el sometimiento a arbitraje de contratos-ley y, en especial, de los contratos-ley materia del presente arbitraje.

De otro lado, el Tribunal Arbitral recuerda que de conformidad a lo dispuesto en el artículo 39° de la Ley General de Arbitraje, los árbitros pueden considerar su competencia de oficio, como en efecto lo ha hecho al analizar esta Pretensión Principal y su Subordinada.

#### **IV. 4 DISCREPANCIAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS PLANES Y PAQUETES TARIFARIOS: PRETENSIONES PRINCIPALES TERCERA, QUINTA Y SEXTA**

##### **IV.4.1.Las pretensiones**

En lo relativo a los planes y paquetes tarifarios, las pretensiones de TELEFÓNICA son las siguientes:

**Tercera pretensión principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que la Resolución N° 045-2001-CD/OSIPTEL, que aprobó el ajuste de tarifas de los servicios que presta TELEFÓNICA, infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y, por tanto, no resulta oponible a TELEFÓNICA en los siguientes extremos: (a) en cuanto aplica la fórmula de tarifas tope directamente a los planes tarifarios (líneas con límite de consumo) que comercializa TELEFÓNICA; y (b) en cuanto aplica la fórmula de tarifas tope directamente al paquete de servicios denominado comercialmente "teléfono popular".

**Quinta pretensión principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que, en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes o paquetes tarifarios deben



147

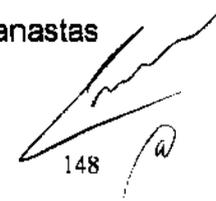
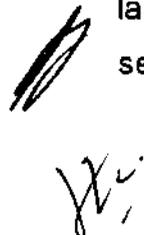
desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondiente”.

**Sexta pretensión principal:** “Que el Tribunal Arbitral declare que, en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, no es posible aplicar el factor de control directamente al paquete tarifario denominado “teléfono popular” o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro”.

#### **IV.4.2. Fundamentos expresados por TELEFÓNICA**

Como sustento de la tercera, quinta y sexta pretensiones principales, TELEFÓNICA ha señalado básicamente lo siguiente:

- (i) Que, la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN previó dos esquemas tarifarios: el primero, denominado de tarifas tope de rebalanceo, y el segundo, de fórmulas de tarifas tope, que debían aplicarse sucesivamente en el tiempo; precisando que bajo el segundo de dichos esquemas el tope tarifario debe aplicarse no sobre cada una de las tarifas individualmente consideradas, sino sobre cada una de las canastas de servicios definidas en el inciso c) de la Sección 9.02 de dichos Contratos;
- (ii) Que, nada en el texto del inciso c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN permite inferir que la intención de las partes consistió en aplicar la fórmula de tarifas tope directamente sobre los servicios que forman parte de cada una de las canastas de servicios;
- (iii) Que, ninguna estipulación contractual puede sustentar, directa o indirectamente, la tesis con arreglo a la cual OSIPTEL se encontraría habilitado para añadir servicios adicionales a las canastas previamente definidas, para generar canastas



148

de servicios adicionales o para excluir ciertos servicios de una canasta en particular;

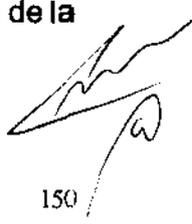
- (iv) Que, el principal objeto de agrupar los servicios en canastas es fijar tarifas tope para cada una de ellas que permitan al operador flexibilidad respecto de los niveles de precios a los que puede ofertar los servicios individuales;
- (v) Que, tal flexibilidad se perdería cuando se intenta aplicar, como habría ocurrido en el caso de autos, la fórmula de tarifas tope directamente sobre servicios individuales o se pretende construir nuevas canastas con servicios que incluyen en realidad elementos pertenecientes a diferentes categorías de servicios;
- (vi) Que, el Primer Instructivo violaba los CONTRATOS DE CONCESIÓN al disponer que TELEFÓNICA debía aplicar la fórmula de tarifas tope de un modo que contradecía el propósito que orienta la regulación de *price caps* en que el sistema de fórmulas de tarifas tope se basa;
- (vii) Que, el error incurrido no fue corregido al establecerse en la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL que la fórmula de tarifas tope debía aplicarse directamente a los planes tarifarios y al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular" bajo el cuestionable argumento de que "tal procedimiento se sustenta en que en las modificaciones de los contratos de concesión de Telefónica del Perú S.A.A., se ha establecido una categoría singular de servicio de Categoría I";
- (viii) Que, una lectura detallada del Decreto Supremo No. 021-98-MTC que aprobó las addendas a los CONTRATOS DE CONCESIÓN, no puede llevar a concluir que el teléfono popular constituye una categoría singular de servicio de Categoría I, sino más bien una oferta especial que se ofrece como un paquete de prestaciones que incluyen servicios regulados y no regulados; y,

- (ix) Que, si bien el Segundo Instructivo soluciona algunos de los problemas del Primer Instructivo, mantiene todavía ciertos criterios que constituyen violaciones a las estipulaciones contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

#### **IV.4.3. Fundamentos expresados por OSIPTEL.**

OSIPTEL sostiene sobre este particular, básicamente lo siguiente:

- (i) Que, el Segundo Instructivo varió el contenido del Primer Instructivo en lo relacionado al tratamiento de los planes y paquetes tarifarios, precisando en el literal d) de su numeral 3.5.3., que “[s]obre la base de las tarifas establecidas para los planes tarifarios la empresa concesionaria deberá identificar y deducir del valor correspondiente a cada plan tarifario la parte asignada para la cobertura de los servicios que no corresponden a los de Categoría I y que no forman parte de la aplicación del régimen de fórmulas de tarifa tope”;
- (ii) Que, en la actualidad la aplicación del régimen de fórmulas de tarifas tope a los planes tarifarios se realiza respecto de los componentes desempaquetados, considerados dentro de la canasta de servicios correspondiente;
- (iii) Que, el organismo regulador reconoce que en una situación normal debe descomponer los elementos de cada paquete (excepto el “Teléfono Popular”) y aplicar el ajuste a los componentes de Categoría I;
- (iv) Que, siendo ello así, la incertidumbre denunciada por TELEFÓNICA en su demanda; esto es, si las fórmulas de tarifas tope podían o no aplicarse directamente a los planes tarifarios, dejó de ser tal;
- (v) Que, sin embargo, sí es legalmente posible aplicar el ajuste directamente al paquete cuando ocurren situaciones anómalas derivadas del incumplimiento de la



empresa en la entrega de información o porque la misma no presenta la solicitud de ajuste respectiva, entre otros; y,

- (vi) Que, el ajuste sí puede ser aplicado directamente al valor total del paquete denominado "Teléfono Popular", debido a la regulación específica para este paquete incluida en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, especialmente la referida a la aplicación de ajustes tarifarios.

#### **IV.4.4. La Interpretación de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN**

Como bien ha indicado OSIPTEL en sus alegatos<sup>104</sup>, la cuestión a discutir en cuanto toca a las pretensiones tercera, quinta y sexta es si el organismo regulador puede aplicar el ajuste derivado de la aplicación del factor de productividad directamente: (a) a los planes tarifarios establecidos por TELEFÓNICA; y, (b) al paquete denominado "Teléfono Popular" creado y regulado por las addendas a los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Como se aprecia, la materia en debate se relaciona directamente con la interpretación de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN y, en particular, con la del literal (c) de dicha Sección, cuya redacción es la siguiente:

#### **"Sección 9.02: Regulación de Tarifas.**

- (a) TARIFAS TOPE. Las TARIFAS para los SERVICIOS DE CATEGORÍA I estarán sujetas a TARIFAS TOPE DE REBALANCEO y FÓRMULAS DE TARIFAS TOPE establecidas en el Anexo 4 de la Parte I y a las TARIFAS MAYORES establecidas en el Anexo 5 de la Parte I. Las TARIFAS TOPE DE REBALANCEO durante el PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA serán usadas por el OSIPTEL a fin de establecer la TARIFA promedio ponderada para cada uno de los servicios individuales de la canasta A definida en el inciso (b) siguiente. La FÓRMULA DE TARIFAS TOPE que se aplicará después del PERIODO DE CONCURRENCIA

<sup>104</sup> Ver página 47 del escrito No. 36 presentado por OSIPTEL.

LIMITADA será usada por el OSIPTEL para establecer el límite máximo para la TARIFA promedio ponderada para cada una de las canastas de servicios definidos en el inciso (c) siguiente. El límite máximo permisible para las TARIFAS ponderadas promedio estará sujeto al FACTOR DE PRODUCTIVIDAD a que se refiere el Anexo 4 de la Parte I.

(b) Canastas de Servicios durante el PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA. Durante el PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA las TARIFAS TOPE DE REBALANCEO serán aplicadas a los SERVICIOS DE CATEGORÍA I individualmente listados en la Canasta A y a las TARIFAS MAYORES listadas en la Canasta B.

(i) La TARIFA TOPE DE REBALANCEO establecida en el Anexo 4 de la Parte I será aplicada a los siguientes SERVICIOS DE CATEGORIA I individualmente:

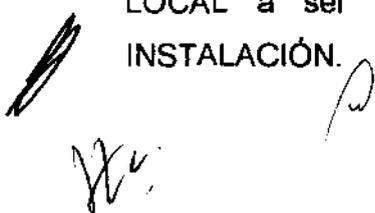
Canasta A:

- Prestación de una conexión de SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA LOCAL, a ser cobrada con base en una renta mensual;
- LLAMADAS TELEFONICAS LOCALES;
- LLAMADAS TELEFONICAS DE LARGA DISTANCIA NACIONAL; y,
- LLAMADAS TELEFONICAS INTERNACIONALES.

(ii) Las TARIFAS MAYORES establecidas en el Anexo 5 de la Parte serán aplicables al siguientes SERVICIOS DE CATEGORIA I.

Canasta B:

- Establecimiento de una nueva conexión de SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA LOCAL a ser cobrada sobre la base de un CARGO ÚNICO DE INSTALACIÓN.



(c) Canastas de Servicios después del PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA. A la terminación del PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA, la FÓRMULA DE TARIFAS TOPE será aplicada a las siguientes canastas de SERVICIOS DE CATEGORÍA I:

(i) Canasta C:

- Establecimiento de una conexión de SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA LOCAL nueva, a ser cobrada sobre la base de un CARGO ÚNICO DE INSTALACIÓN;

(ii) Canasta D:

- Prestación de una conexión de SERVICIO DE TELEFONÍA FIJA LOCAL, a ser cobrada en base a una renta mensual;
- LLAMADAS TELEFONICAS LOCALES;

(iii) Canasta E:

- LLAMADAS TELEFONICAS DE LARGA DISTANCIA NACIONAL;
- LLAMADAS TELEFONICAS INTERNACIONALES.

(d) TARIFAS TOPE DE REBALANCEO. Durante el PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA, los promedios ponderados de las TARIFAS actualmente cobradas a los USUARIOS o diferentes grupos de USUARIOS por cada uno de los servicios individuales incluidos en la Canasta A no serán mayores en mas de cinco por ciento (5%) ni inferiores en mas de quince por ciento (15%), a las TARIFAS TOPE DE REBALANCEO estipuladas en el Anexo 4 de la Parte I. Las TARIFAS TOPE DE REBALANCEO pueden ser revisadas de acuerdo a la Sección 9.04(b) siguiente".

Una revisión de conjunto de lo estipulado en la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que es lo que corresponde realizar de conformidad a lo dispuesto por los artículos 168° y 169° del Código Civil, le permite a este Tribunal Arbitral constatar las claras diferencias que existen entre los dos sistemas de regulación tarifaria estipulados en dichos CONTRATOS DE CONCESIÓN.

En efecto, el primero de dicho sistemas, denominado simplemente de "tarifas tope" o de "tarifas tope de rebalanceo", que se encontraba regulado por los literales (a) y (b) de la Sección citada, debía permanecer vigente hasta la terminación del período de concurrencia limitada<sup>105</sup> y tenía fundamentalmente las siguientes características: (i) las tarifas tope venían preestablecidas en Nuevos Soles constantes de febrero de 1994 en Anexos a los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN; (ii) dichas tarifas tope eran usadas por OSIPTEL a fin de establecer la tarifa promedio ponderada para cada uno de los servicios a que se refería el literal (b) de la Sección 9.02.

Por su parte, el segundo de dichos sistemas denominado "fórmulas de tarifas tope", que es el que se aplica en la actualidad y que se basa en un esquema de *price caps*, es regulado por los literales (a) y (c) de la Sección citada y tiene las siguientes características fundamentales: (a) las tarifas tope no vienen prefijadas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, sino que resultan de la aplicación de las fórmulas contenidas en los Anexos a dichos CONTRATOS DE CONCESIÓN; y (b) dichas fórmulas son usadas por OSIPTEL para establecer el límite máximo para la tarifa promedio ponderada para cada una de las canastas de servicios definidas en el inciso (c) de la Sección 9.02., el cual se encuentra sujeto al factor de productividad.

La comparación de los dos esquemas de regulación resulta fundamental para entender el verdadero sentido de lo declarado por las partes al momento en que se suscribieron los CONTRATOS DE CONCESIÓN. En ese sentido, el primer esquema previsto originalmente para regir durante el período de concurrencia limitada, tenía por objeto permitir el rebalanceo tarifario, acercando las tarifas a los costos reales como condición

<sup>105</sup> Recordemos que por efecto de las modificatorias aprobadas mediante Decreto Supremo No. 021-98-MTC, el Estado peruano y TELEFÓNICA convinieron en adelantar la terminación del período de concurrencia limitada, prevista originalmente para mayo de 1999, a agosto de 1998. Paralelamente, en el mismo Decreto Supremo, se convino en postergar la entrada en vigencia del sistema de fórmulas de tarifas tope hasta el 1 de septiembre de 2001. Entre el 1 de agosto de 2001 y el 31 de agosto de 2001, estuvo vigente el Régimen de Tarifas Tope descrito en un Anexo a las Addendas a los CONTRATOS DE CONCESIÓN. En opinión de este Tribunal Arbitral, la lógica de dicho sistema de Tarifas Tope fue sustancialmente la misma que la aplicable a las denominadas "tarifas tope de rebalanceo", en razón de lo cual este colegiado considera que no es necesario para los propósitos de este laudo arbitral efectuar distinciones entre uno y otro sistema.

para la apertura total del mercado a la competencia. Como se le ha explicado a este Tribunal Arbitral, bajo la administración estatal las tarifas de larga distancia habían sido fijadas muy por encima de los costos reales y financiaban, por lo menos en una parte, las tarifas locales cuyo valor no se encontraba en relación con sus costos. En ese escenario, el rebalanceo pretendió que aquellas tarifas mayores a los costos se redujeran, mientras que las tarifas que estaban por debajo de los costos aumentarían, de manera paulatina y servicio por servicio. Así, verifiquemos que para lograr el fin que se proponía con este esquema regulatorio, era necesario que las tarifas tope estuvieran directamente relacionadas con cada uno de los servicios, aunque así la empresa regulada perdiera flexibilidad para fijar las tarifas.

Sin embargo, concluido este periodo de rebalanceo tarifario, durante el cual este Tribunal Arbitral entiende que las tarifas por cada uno de los servicios se han aproximado a sus reales costos, el nuevo esquema regulatorio que ambas partes reconocen es el *price caps*, que lo que busca, sin descuidar el control de las tarifas donde exista menos competencia, es la de otorgar a la empresa regulada una razonable flexibilidad para que se comporte como lo haría una empresa en un mercado en competencia. Justamente para lograr este objetivo del sistema de *price caps*, es que las tarifas tope se establecen por canastas de servicios y no sobre cada uno de los servicios en particular.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera en base a una interpretación de los literales (a) y (c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que la fórmula de tarifas tope sólo puede aplicarse a los servicios de Categoría I que forman parte de las denominadas canastas "C", "D" o "E", lo que significa que si TELEFÓNICA decidiera poner en circulación un plan o paquete tarifario<sup>106</sup> que comprendiera servicios

<sup>106</sup> El concepto de planes tarifarios es definido por el artículo 21° del Reglamento General de Tarifas, aprobado mediante Resolución No. 060-2000-CD/OSIPTTEL y modificado mediante Resolución No. 048-2002-CD/OSIPTTEL, en los siguientes términos: "Planes tarifarios.- Son las diferentes opciones que pueden ofrecer las empresas, de manera temporal o permanente, para la utilización de los servicios que prestan, sujetos a contratos de plazo indeterminado". Por su parte, el artículo 22° del mencionado dispositivo legal, precisa que "[l]os planes tarifarios están sujetos a las mismas disposiciones aplicables establecidas para las tarifas, (...) en todo lo que resulte aplicable". Por su parte, en la página 14 del Primer Instructivo, OSIPTTEL indicó lo siguiente en relación a los planes: "[L]os Planes Tarifarios

de Categoría I y servicios no incluidos en dicha categoría o no regulados, no resultaría admisible que el conjunto de dichos servicios fuera afectado por la fórmula de tarifas tope, en la medida que ello supondría, aunque fuere por vía indirecta, que la regulación tarifaria prevista para un universo limitado de servicios se extendiera más allá de lo acordado en los CONTRATOS DE CONCESIÓN. En ese mismo sentido, este colegiado entiende que tampoco es admisible que allí donde los CONTRATOS DE CONCESIÓN han sido explícitos y no han dejado espacio alguno para la interpretación, se pueda postular que el organismo regulador se encuentra habilitado para crear nuevas canastas de servicios distintas de las previstas en el literal (c) de la Sección 9.04.

Sobre este punto en cuestión, al Tribunal Arbitral le queda claro que si las partes hubieran querido que OSIPTEL conservara discrecionalidad en esta materia lo hubieran previsto expresamente, como se hizo, a manera de ejemplo, en el literal (c) de la Sección 9.01 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN para permitir a OSIPTEL decidir cuándo es que corresponde la supresión de la regulación tarifaria ante la presencia de una adecuada competencia. Además, debe tenerse presente que la lógica del sistema es que éste tienda a reducirse (como ha sucedido con el paso del sistema de topes tarifarios por servicios a uno de topes tarifarios por canasta de servicios) y, eventualmente, a desaparecer, por lo que resultaría inconsistente que se admitiera la posibilidad de incrementar el alcance de la regulación tarifaria a servicios distintos a los previstos en el literal (c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. A mayor abundamiento, hay que recordar que los numerales 17.01 y 17.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN disponen que la modificación de esos Contratos debe realizarse por regla general mediante acuerdo entre las partes y, sólo en casos

---

presentan características especiales: (i) incluyen servicios empaquetados – renta básica, llamadas telefónicas y otros –; (ii) los servicios incluidos pueden ser de categoría I, de categoría II, y/o servicios no regulados; (iii) los servicios de categoría I incluidos en el Plan Tarifario pueden pertenecer a diferentes canastas; (iv) cada uno de los servicios incluidos en el Plan Tarifario no tiene necesariamente una valoración económica independiente y cierta; (v) los montos fijos mensuales cobrados por la empresa, generalmente pueden ser diferentes a los que resultarían de aplicar al consumo efectivo – p.e. renta básica, tráfico efectivamente cursado – las tarifas vigentes de los servicios respectivos”. Por otra parte, el empaquetamiento de servicios, supone el agrupamiento de un conjunto de servicios individuales y su comercialización bajo un único precio por todo sus componentes

excepcionales, se habilita la posibilidad de que lo haga unilateralmente en Estado peruano, pero sólo a través del MTCVC.

Es más, OSIPTEL en sus alegatos presentados el 13 de noviembre de 2003, ha reconocido que "en una situación normal debe descomponer los elementos de cada paquete (excepto el "Teléfono Popular") y aplicar el ajuste a los componentes de Categoría I". Esta sola declaración basta, con excepción de la problemática del denominado "Teléfono Popular" que se tratará más adelante, para que este Tribunal Arbitral concluya que la única interpretación admisible del literal (a) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, es la de que, salvo circunstancias excepcionales, la fórmula de tarifas tope debe aplicarse a las canastas de servicios y no a los servicios individualmente considerados. A esto debe agregarse, el hecho de que ya en la contestación a la demanda, OSIPTEL había adelantado que el criterio originalmente recogido en el Primer Instructivo que admitía implícitamente que la fórmula pudiera aplicarse directamente a los planes o paquetes tarifarios<sup>107</sup>, había sido variado en el Segundo Instructivo<sup>108</sup>, con lo que, a criterio del propio OSIPTEL, al momento de presentación de la demanda no existía incertidumbre ni conflicto en este extremo, por lo que la demanda debía declararse infundada o improcedente (ps. 26 y 29 de contestación de la demanda).

Sin embargo, sobre este particular, el Tribunal Arbitral llama la atención acerca de que TELEFÓNICA ha indicado en su demanda que no obstante la aparente corrección de

<sup>107</sup> Puede verificarse al respecto en la página 15 del Primer Instructivo, en la que se estableció lo siguiente: "[L]a regla general será que cuando se trate de planes tarifarios o paquetes de servicios, sus respectivas tarifas de cargo fijo mensual, serán ajustadas de acuerdo a la variación del IPC menos el Factor de Productividad, y no serán consideradas como elementos adicionales dentro de las canastas de servicios, por lo que la información de sus unidades de consumo e ingresos tampoco se incluirán en la ponderación de ingresos de las canastas". A criterio de este colegiado, como los planes o paquetes tarifarios suponen el pago de un cargo fijo por renta básica y otros servicios, es evidente que lo que esta regla disponía, era que el valor de cada paquete en su totalidad fuera afectado por la fórmula de tarifas tope, lo que suponía en los hechos la creación de nuevas canastas de servicios, lo que no era posible en base a los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

<sup>108</sup> En efecto, el literal d) del numeral 3.5.3. del Segundo Instructivo establece textualmente lo siguiente: "Sobre la base de las tarifas establecidas para los planes tarifarios la empresa concesionaria deberá identificar y deducir del valor correspondiente a cada plan tarifario la parte asignada para la cobertura de los servicios que no corresponden a los de Categoría I y que no forman parte de la aplicación del régimen de fórmulas de tarifas tope".

los criterios producida con la emisión del Segundo Instructivo, sus pretensiones principales tercera, quinta y sexta estaban y están dirigidas a eliminar cualquier incertidumbre jurídica que pudiera subsistir (como lo ha reconocido OSIPTEL)<sup>109</sup>, lo que significa que no sólo pretende reclamar contra algún supuesto incumplimiento de OSIPTEL de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, sino que, además, busca que se defina si en aplicación de los CONTRATOS DE CONCESIÓN es o no posible que OSIPTEL aplique la fórmula de tarifas tope directamente a los planes tarifarios o paquetes de servicios.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral entiende que al menos las Pretensiones Principales Quinta y Sexta de TELEFÓNICA pertenecen a la categoría de pretensiones que la doctrina denomina "meramente declarativas", como bien indica Enderle: "[P]odemos señalar que la sentencia declarativa puede despejar un estado de incertidumbre o duda actual sobre ciertos derechos subjetivos o relaciones jurídicas (sentencia declarativa 'lato sensu') o bien alejar la amenaza o peligro eventual, por daño potencial, sobre situaciones jurídicas conflictivas (sentencia meramente declarativa)"<sup>110</sup>.

En efecto, lo indicado por este Tribunal Arbitral en los párrafos precedentes se deriva no sólo de lo sostenido por TELEFÓNICA al momento de formular la *causa petendi* de sus pretensiones en su demanda y a lo largo de este proceso arbitral, sino que también de la formulación misma de tales pretensiones, en particular la quinta y la sexta que, como se ha transcrito líneas arriba, la primera busca obtener una declaración en el sentido de que necesariamente "para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes o paquetes tarifarios deben desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondiente"; y, la segunda, que se precise que "en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, no es posible aplicar el factor de control directamente al

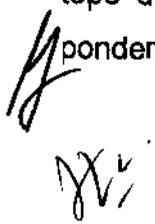
<sup>109</sup> Ver la página 81 de la demanda de TELEFÓNICA y las páginas 25-26 de la contestación de OSIPTEL.

<sup>110</sup> ENDERLE, Guillermo J. "La Pretensión meramente declarativa", La Plata, Librería Editora Platense, 1992, p. 44.

paquete tarifario denominado "teléfono popular" o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro". Pero, además, y esto es lo más significativo, el Tribunal Arbitral considera pertinente hacer mención acerca de los diversos debates acaecidos en las Audiencias Especiales convocadas para el efecto, como al hecho de que las partes no pudieron arribar a acuerdo alguno en las innumerables tentativas de conciliación realizadas durante el proceso arbitral, lo cual demuestra a este Tribunal Arbitral de que aun subsisten las discrepancias que dieron origen a este proceso arbitral y que la manera de poner fin a ellas, es mediante la emisión del presente fallo arbitral ajustado a ley, más aún cuando ambas partes han reconocido en la Audiencia del 14 de agosto del 2002 que es posible una declaración por el Tribunal Arbitral en este sentido.

Regresando pues a lo que es materia de análisis, este Tribunal Arbitral entiende que la cuestión sobre la que se debe pronunciar ha quedado bastante reducida, puesto que el propio OSIPTEL ha considerado en el Segundo Instructivo, que lo que corresponde en la generalidad de los casos es el "desempaquetamiento" y la aplicación del ajuste única y exclusivamente a los componentes de la Categoría I. Es más, este Tribunal Arbitral entiende en base a las alegaciones y pruebas producidas, que lo que OSIPTEL mantiene en esta causa no es que sea posible siempre aplicar la fórmula directamente al plan o paquete tarifario en su conjunto, sino que, como se indica en la página 47 de los alegatos de fecha 13 de noviembre de 2003, que esto último sólo es posible: (i) cuando ocurren situaciones anómalas derivadas del incumplimiento de TELEFÓNICA en la entrega de información o en la presentación de una solicitud de ajuste trimestral o situaciones anómalas similares; y, (ii) en el caso específico del paquete denominado "Teléfono Popular", debido a una regulación específica para ese paquete incluida en los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que bajo una interpretación de buena fe de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, corresponde declarar que la fórmula de tarifas tope debe aplicarse para establecer el límite máximo para la tarifa tope promedio ponderada por canasta de servicios y que dichas canastas son única y exclusivamente

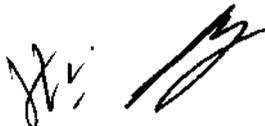


las canastas "C", "D" y "E" reguladas por el literal (c) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, ya que nada en el texto del inciso c) de la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN permite asumir que OSIPTEL, por principio general, se encuentre habilitado para aplicar la fórmula de tarifas tope directamente sobre los servicios que forman parte de cada una de las canastas de servicios. Además, nada permite asumir tampoco que OSIPTEL esté facultado para añadir servicios adicionales a las canastas previamente definidas o para generar canastas de servicios distintas de las estipuladas expresamente en el literal (c) de la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN. En definitiva, este colegiado entiende que los planes y paquetes tarifarios deben desempaquetarse en situaciones normales, asignándose cada uno de los componentes desempaquetados de la Categoría I a la canasta que corresponda bajo el literal antes mencionado, sin perjuicio de que, como los CONTRATOS DE CONCESIÓN no dicen nada al respecto, el regulador conserve potestades discrecionales para definir, como lo ha hecho en el Segundo Instructivo, el modo en que deba realizarse el desempaquetamiento y atribución de los componentes desempaquetados a cada canasta de servicios.

#### **IV.4.5. La aplicación directa del factor de control en situaciones anómalas**

OSIPTEL ha planteado a lo largo de este proceso arbitral y TELEFÓNICA no lo ha negado, que la aplicación directa de la fórmula de tarifas tope a los planes y paquetes podría ser necesaria en el caso en que se presenten situaciones anómalas.

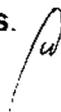
Sobre este punto, el Tribunal Arbitral no puede menos que acoger la posición asumida por OSIPTEL en la medida en que no habiendo estipulado nada de modo expreso los CONTRATOS DE CONCESIÓN, OSIPTEL tiene, como ha precisado este colegiado en el numeral IV.1 de estos Considerandos, un espacio de discrecionalidad que puede perfectamente utilizar para delinear situaciones que, bajo las reglas de la buena fe, no fueron contempladas específicamente en el texto contractual. Además, esta posibilidad se deriva de los propios CONTRATOS DE CONCESIÓN, ya que si OSIPTEL no puede excederse en sus potestades para crear nuevas canastas de servicios de Categoría I o



para añadir servicios adicionales a las canastas establecidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, al mismo tiempo TELEFÓNICA se halla impedida de tomar ventaja del sistema de fórmulas de tarifas tope, ya que resultaría muy fácil para la empresa regulada sustraerse a la regulación, por ejemplo, con el simple expediente de no presentar oportunamente sus solicitudes de ajuste trimestral o negarse a presentar la información requerido para que OSIPTEL desarrolle la tarea de evaluación de dichas solicitudes, por lo que resulta necesario reconocer que OSIPTEL tiene la facultad discrecional para subsanar la omisión incurrida bajo la regla de razonabilidad, disponiendo las medidas necesarias que considere pertinentes.

Si bien en este expediente arbitral no consta alegación o prueba ofrecida acerca de que se haya producido algún supuesto anómalo como los descritos en los párrafos precedentes, el Tribunal Arbitral considera que la postura de OSIPTEL debe ser amparada también, por lo que si bien los CONTRATOS DE CONCESIÓN delinean las reglas que por principio general, es decir, en circunstancias normales, habrá que aplicar al sistema de fórmulas de tarifas tope, no puede entenderse que dichas reglas sean absolutas. En ese sentido, las excepciones que sean del caso establecer, en particular las relacionadas con las situaciones anómalas derivadas del incumplimiento de TELEFÓNICA, corresponden al ámbito de discrecionalidad del organismo regulador, el que se encuentra perfectamente facultado, dentro de los márgenes de la razonabilidad, para proveer los remedios que sean necesarios en tales circunstancias.

En consecuencia, este Tribunal Arbitral estima que debe declarar parcialmente fundada la Quinta Pretensión Principal de TELEFÓNICA, pero al mismo tiempo debe precisar que para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes tarifarios deben desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondiente, conservando sin embargo el regulador plena discrecionalidad para definir el modo en que tal desempaquetamiento deba realizarse y las situaciones excepcionales en que proceda la aplicación directa del Factor de Control derivado de la fórmula de tarifas tope a dichos planes tarifarios.



#### **IV.4.6. El caso particular del "Teléfono Popular"**

OSIPTEL a lo largo de este proceso arbitral ha hecho saber su posición acerca de que la situación del denominado "Teléfono Popular" es particular. Es más, afirma el regulador que si bien el Segundo Instructivo ordena el desempaquetamiento también en lo relacionado con este paquete de servicios, podría disponer perfectamente que el factor de productividad se aplicara directamente a dicho paquete, porque entiende que así lo autoriza el texto de las addendas aprobadas por Decreto Supremo No. 021-98-MTC y, porque además, la propia TELEFÓNICA ha solicitado a OSIPTEL el ajuste del paquete sin descomponer sus elementos en los años 2000 y 2001, aprobando OSIPTEL dichos ajustes mediante Resoluciones Nos. 024-2000-CD/OSIPTEL y 026-2001-CD/OSIPTEL, respectivamente.

Sobre este particular, el Tribunal Arbitral considera que efectivamente el numeral 2.0 del Anexo 1 de las Addendas de los CONTRATOS DE CONCESIÓN otorgó un tratamiento especial al denominado "Teléfono Popular", ya que en primer lugar, a diferencia de las demás ofertas, promociones y descuentos que se derivan de una decisión unilateral de TELEFÓNICA<sup>111</sup>, la introducción del "Teléfono Popular" se produjo como consecuencia de un pacto contractual expreso entre el Estado peruano y TELEFÓNICA. Así se deriva indubitablemente de lo señalado expresamente por el antes mencionado numeral 2.0:

"2.0 Durante los tres años siguientes al término del PERÍODO DE CONCURRENCIA LIMITADA, la EMPRESA CONCESIONARIA formulará y mantendrá en el ÁREA DE

---

<sup>111</sup> Reglamento General de Tarifas. "Artículo 23°.- Aplicación de ofertas descuentos y promociones en general

A través de ofertas, descuentos y promociones en general, las empresas operadoras pueden realizar ofrecimientos de carácter temporal a los usuarios, relacionados con la contratación del acceso o la utilización de los servicios públicos de telecomunicaciones que prestan, en condiciones económicas más ventajosas a las normalmente aplicadas.

Las empresas operadoras podrán establecer condiciones para la aplicación efectiva de las ofertas, descuentos y promociones en general que ofrezcan".



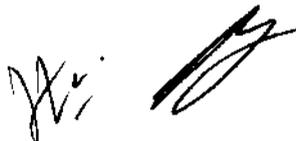
CONCESIÓN ofertas especiales de servicios por el valor de cincuenta y 00/100 (S/.50.00) nuevos soles, bajo las siguientes condiciones:

- a. La oferta incluye pagos (i) por renta mensual, incluidos sesenta (60) minutos en horario diurno, libres de pago, (ii) por trescientos (300) minutos libres de pago en horario nocturno o de día domingo, (iii) por financiamiento del cargo por establecimiento de una conexión y por el suministro del equipo terminal, (iv) por mantenimiento del equipo terminal, y (v) por correo de voz.
- b. Opcionalmente el usuario podrá efectuar compras de servicios (minutos de tráfico local o de larga distancia) mediante el sistema de prepago.
- c. Las condiciones señaladas en el acápite a., no podrán ser modificadas para los abonados que aceptaron la oferta durante el período de los tres años siguientes al término del PERÍODO DE CONCURRENCIA LIMITADA.
- d. El valor fijado en el numeral 2.0 del presente Anexo, no incluye impuestos de ley y puede ser ajustado con arreglo a lo previsto en las notas (iii) y (v) del numeral 1.0 de este Anexo.
- e. Las solicitudes de líneas comprendidas en el numeral 2.0 del presente Anexo, serán excluidas en el cálculo del requisito de expansión de la red "Tiempo Máximo de Espera para Conexión".
- f. En la atención de las solicitudes de instalación comprendidas en el numeral 2.0 del presente Anexo, la EMPRESA CONCESIONARIA no aplicará un tratamiento discriminatorio, en beneficio de cualesquiera otras".

En segundo lugar, ese mismo numeral 2.0 estableció expresamente que todo el valor fijado para el paquete de servicios podría ser ajustado bajo las reglas de las notas (iii) y (iv) del numeral 1.0 del Anexo<sup>112</sup> lo que supone que a diferencia de los demás planes y paquetes tarifarios en los que no existe regla expresa en los CONTRATOS DE

<sup>112</sup> Estas notas disponen lo siguiente:

"(iii) A solicitud de la EMPRESA CONCESIONARIA se podrá efectuar ajustes trimestrales, semestrales o anuales en función de la variación del Índice de precios al consumidor de Lima Metropolitana, de acuerdo con la fórmula establecida en el anexo 4 del Contrato, anualizando el índice desde el último ajuste. Si la inflación anualizada alcanza el valor de dos (2) dígitos, los ajustes se realizarán trimestralmente. La EMPRESA CONCESIONARIA podrá presentar una solicitud para que el ajuste se haga efectivo el 01 de enero de 1999.

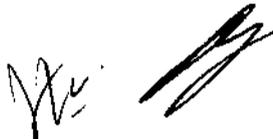


CONCESIÓN, en lo relativo al "Teléfono Popular" se admitió expresamente que el paquete en su conjunto y no sólo los servicios de telecomunicaciones que lo componían<sup>113</sup>, podían ser materia de control tarifario.

Sin embargo, este Tribunal Arbitral no comparte la tesis de OSIPTEL, en el sentido que las reglas establecidas en el numeral 2.0 del Anexo 1 de las Addendas por las que los ajustes tarifarios debían realizarse sobre el valor total del paquete denominado "Teléfono Popular" mantengan hoy su vigencia, ya que el literal (a) de la Tercera Cláusula Adicional de las Addendas dispuso expresamente que "todas las demás disposiciones contenidas en [los Contratos de Concesión] que no [fueron] expresamente modificadas en el presente PRIMER ADDENDUM, **se mantienen conforme a sus propios términos**" (las negritas son nuestras); lo que significa que el texto íntegro de las Secciones 9.02 y 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN cuya interpretación hemos realizado párrafos antes se mantuvieron en vigencia, salvo la modificación operada en el literal (a) de la Sección 9.04 para propósitos de establecer el régimen transitorio de Tarifas Tope vigente entre el 1 de agosto de 1998 y el 31 de agosto de 2001. Por tanto, es claro para este Tribunal Arbitral que la entrada en vigencia del sistema de fórmulas de tarifas tope que se produjo el 1 de septiembre de 2001 se efectuó de forma plena y en los términos que fueron establecidos cuando se suscribieron los CONTRATOS DE CONCESIÓN, por lo que no corresponde aceptar la alegación formulada por OSIPTEL en la Exposición de Motivos de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL, según la cual "en las modificaciones de los contratos de concesión de Telefónica del Perú S.A.A., se ha establecido una categoría singular de "servicio de Categoría I", pues esa modalidad de prestación ha surgido de un compromiso especial que ha adquirido la empresa y ha sido expresamente sujeto a determinadas condiciones específicas".

(iv) Las solicitudes de ajuste previstas en las notas (iii) y (iv) (sic) precedentes, se tramitarán aplicando los procedimientos establecidos en la Sección 9.03 del CONTRATO".

<sup>113</sup> El "Teléfono Popular" comprende, entre otros, una serie de elementos que no constituyen servicios de telecomunicaciones, como el financiamiento del cargo por establecimiento de una conexión o el suministro de un equipo terminal, por lo que, por regla general, se encuentran fuera de la competencia regulatoria de OSIPTEL.



Además, de ampararse la alegación de OSIPTEL, ello supondría prolongar la aplicación de unas reglas previstas para ser aplicadas entre el 1 de agosto de 1998 y el 31 de agosto de 2001 hasta después de la entrada en vigencia del sistema de fórmulas de tarifas tope, lo que daría pie para interpretar que podría seguirse el mismo razonamiento respecto de los demás servicios cuyas tarifas tope<sup>114</sup> fueron fijadas en el numeral 1.0 de los Anexos a las Addendas y, en consecuencia, no obstante lo previsto expresamente en la Sección 9.04 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, reconocer que OSIPTEL podría fijar directamente las tarifas de los servicios de Categoría I.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral entiende que el hecho de que las Addendas de los CONTRATOS DE CONCESIÓN hubieran admitido que las tarifas de los servicios individualmente considerados o el "Teléfono Popular" en su conjunto pudieran ser ajustados independientemente, no significa de forma alguna que tal mecanismo pudiera seguirse empleando después del 31 de agosto de 2001, puesto que ello resultaría inconsistente con el sistema de fórmulas de tarifas tope que, como se ha repetido ya tantas veces en este laudo arbitral, supone el establecimiento de límites máximos para la tarifa promedio ponderada de cada una de las Canastas de servicios de Categoría I sujetas a regulación.

Es más, nada en la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN permite, como sí ocurrió entre el 1 de agosto de 1998 y el 31 de agosto de 2001, que componentes que no constituyen servicios de telecomunicaciones o que no forman parte de los llamados servicios de Categoría I se vean afectados por la fórmula de tarifas tope. En consideración de este Tribunal Arbitral, pretender lo contrario, más allá de violentar dicha cláusula contractual, supondría una aplicación ultraactiva de las reglas contenidas en las Addendas que este colegiado no considera aceptable, por lo que

---

<sup>114</sup> En opinión del Tribunal Arbitral, la afirmación de que la regulación contenida en las notas (iii) y (iv) del Anexo 1 de las Addendas fue prevista con un límite temporal preciso se deriva explícitamente del numeral 1.0 del Anexo 1 del que ellas forman parte, según el cual "[d]urante los tres años siguientes al término del PERÍODO DE CONCURRENCIA LIMITADA, entre el 01 de agosto de 1998 y el 31 de agosto de 2001, la EMPRESA CONCESIONARIA fijará las tarifas al usuario de acuerdo con el régimen de tarifas tope y las tarifas mayores (...)". (el subrayado es nuestro)

*JL*

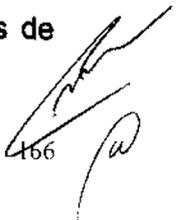
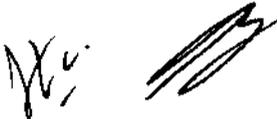
sólo cabe concluir que la interpretación realizada en los numerales precedentes resulta plenamente aplicable también al "Teléfono Popular".

En base a lo desarrollado en el numerales IV.4.5, IV.4.6 precedentes y en este apartado, este Tribunal Arbitral considera que debe declarar parcialmente fundada la Sexta Pretensión Principal de TELEFÓNICA, debiendo precisar al mismo tiempo que, por principio general, no es posible aplicar el Factor de Control directamente al paquete tarifario denominado "Teléfono Popular" o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro, sin perjuicio de lo cual el regulador conserva plena discrecionalidad para definir las situaciones excepcionales en que proceda la aplicación directa del Factor de Control derivado de la fórmula de tarifas tope a tales planes tarifarios.

#### **IV.4.7. Análisis adicional de la Tercera Pretensión Principal de TELEFÓNICA**

Si las Pretensiones Principales Quinta y Sexta de TELEFÓNICA tienen un carácter general y declarativo, la Tercera Pretensión Principal, en cambio, se concreta a requerir a este Tribunal Arbitral la declaración de nulidad de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTTEL que aprobó el primer ajuste trimestral de tarifas de los servicios que presta TELEFÓNICA, en la medida que a criterio de esa empresa, dicha Resolución habría infringido los CONTRATOS DE CONCESIÓN al aplicar la fórmula de tarifas tope directamente a líneas con límite de consumo (planes tarifarios comercializados por TELEFÓNICA) y al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular".

El Tribunal Arbitral observa, sobre la base de lo indicado por OSIPTTEL en sus alegatos, que es inexacto que la resolución citada y su rectificatoria, aprobada mediante Resolución No. 042-2001-PD-OSIPTTEL, hayan aplicado el ajuste a planes tarifarios distintos del "Teléfono Popular", sino que dichos actos administrativos se limitaron a recoger las tarifas que la propia TELEFÓNICA había fijado de manera previa al ajuste. Para concluir en tal sentido, este colegiado ha valorado especialmente el cuadro 07 contenido en el Documento de Trabajo N° 63 -Evaluación del ajuste de tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones de Categoría I a partir de septiembre de 2001- así como la copia de las publicaciones realizadas por TELEFÓNICA antes de



166

septiembre de 2001, documentos todos ofrecidos por OSIPTEL en su escrito N° 31, con los que se demuestra que las tarifas de los planes tarifarios distintos del "Teléfono Popular" siguieron siendo las mismas después de efectuado el ajuste tarifario correspondiente a septiembre de 2001. Siendo ello así, corresponde que se declare infundada la pretensión de nulidad de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL en el extremo relacionado con las denominadas "líneas con límite de consumo", contenida en el inciso (a) de la Tercera Pretensión Principal de Telefónica.

Ahora bien, en lo que se refiere al denominado "Teléfono Popular", este colegiado comprueba que el artículo 5° de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL que aprobó el primer ajuste trimestral de tarifas de los servicios que presta TELEFÓNICA, dispuso expresamente el "ajuste de la tarifa de cargo mensual" correspondiente a dicho paquete de servicios o, lo que es lo mismo, efectivamente aplicó la fórmula de tarifas tope directamente al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular"; lo que, como ya ha sido puntualizado en los numerales IV.4.5. y IV.4.6. de esta parte considerativa, supone una infracción a lo que dispone la Sección 9.02 de los CONTRATOS DE CONCESIÓN<sup>115</sup>.

En razón de ello, nos encontramos ante un acto administrativo nulo al contravenir lo establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, por efecto de la disposición contenida en el artículo 67° de la Ley de Telecomunicaciones, por lo que corresponde

<sup>115</sup> Cabe además puntualizar que no procede, a efectos de contradecir este argumento sostener, como ha alegado OSIPTEL, que fue la propia TELEFÓNICA la que mediante carta No. GGR-651-A-389-2001 presentó una solicitud de ajuste trimestral que incluía el ajuste de la tarifa aplicable al "Teléfono Popular". Dicha carta, como consta indubitablemente de la documentación que obra en el expediente, fue presentada por TELEFÓNICA por haberlo así requerido el OSIPTEL mediante carta No. C.876-GG.GPR/2001 de fecha 3 de agosto de 2001, en la que el Gerente General de OSIPTEL indicó a TELEFÓNICA que su solicitud original de ajuste de tarifas "no [había] incluido los paquetes de servicios -o planes tarifarios-" y le recordaba que "los valores de los referidos paquetes de servicios deben ser ajustados aplicando el Factor de Control, en tanto que sus respectivos indicadores no deben ser considerados dentro de la información requerida para efectos de la ponderación de los ingresos"; y, además, porque en la propia carta No. GGR-651-A-389-2001, TELEFÓNICA se cuidó de precisar que no estaba de acuerdo con el tratamiento contenido en el Primer Instructivo sobre planes tarifarios, siendo que éstos no podían considerarse "para efectos de la aplicación directa del Factor de Control, por estar debajo de la tarifa establecida".

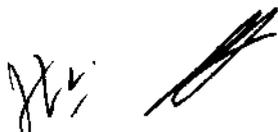
*Jc* *A*

que se declare la nulidad parcial de dicha Resolución en el extremo identificado, siendo de plena aplicación para estos efectos el análisis y sustento jurídico realizado por este colegiado en el numeral IV.3.8 de estos Considerandos.

Al declarar la nulidad parcial de la Resolución No. 045-2001-CD/OSIPTEL, el Tribunal Arbitral puntualiza que ésta ya cumplió sus efectos y quedó consumada mucho tiempo atrás, por lo que no es posible, en base además, a lo ya expresado por este colegiado en el numeral IV.3.8 de estos Considerandos, que el Tribunal Arbitral disponga la reversión de las consecuencias producidas por el acto administrativo en cuestión. Por último, el Tribunal Arbitral deja constancia que TELEFÓNICA se desistió de su pretensión indemnizatoria en esta causa.

En consecuencia, corresponde que se declare parcialmente fundado el inciso (b) de la Tercera Pretensión Principal de TELEFÓNICA y, en consecuencia, se declare que la Resolución del Consejo Directivo No. 045-2001-CD/OSIPTEL infringe los CONTRATOS DE CONCESIÓN y, por lo tanto, se declare su nulidad parcial en el extremo en que aplicó el Factor de Control derivado del sistema de fórmulas de tarifas tope al paquete de servicios denominado "Teléfono Popular"; e infundado el inciso (a) de la Tercera pretensión Principal de TELEFÓNICA.

Por último, este Tribunal Arbitral aclara que, de conformidad con los extremos de la pretensión sometida a su consideración, su fallo se reduce a afirmar que el factor de productividad sólo corresponde que se aplique a los componentes del denominado "Teléfono Popular" que formen parte de las Canastas identificadas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, por lo que este laudo arbitral en modo alguno se pronuncia acerca del tratamiento tarifario que pueda corresponder a otros productos o servicios de telecomunicaciones ajenos a lo que ha sido materia de este arbitraje.



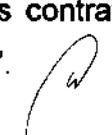
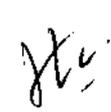
## **IV.5. DISCREPANCIAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LOS "ADELANTOS TARIFARIOS": CUARTA Y OCTAVA PRETENSIONES PRINCIPALES**

### **IV.5.1 Las pretensiones**

En lo relativo a los "adelantos tarifarios", las pretensiones de TELEFÓNICA son las siguientes:

**Cuarta pretensión principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que la Resolución N° 058-2001-CD/OSIPTEL, que modificó el Instructivo establecido originalmente mediante Resolución N° 102-2001-GG/OSIPTEL, infringe los Contratos de Concesión, está viciada de nulidad y, por tanto, no resulta oponible a TELEFÓNICA en los siguientes extremos:

- a. En cuanto establece que, en ningún caso, luego de aplicar reducciones tarifarias mayores a las exigidas por aplicación de la fórmula de tarifas tope (denominadas "adelantos tarifarios"), podrá la tarifa tope promedio ponderada para una canasta ser superior a la tarifa tope promedio ponderada que se habría obtenido para el trimestre de que se trate de haberse aplicado estrictamente el factor de control previsto en los Contratos de Concesión en todos los ajustes trimestrales.
- b. En cuanto determina que, en ningún caso, luego de considerar la aplicación de los adelantos tarifarios solicitados por la empresa concesionaria, el ajuste solicitado podrá ser igual o mayor a la inflación considerada en la fórmula establecida en los contratos de concesión para fines de estimación del factor de control".

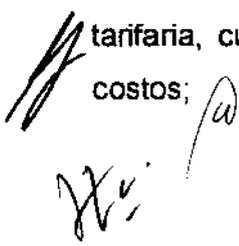
  
  


**Octava pretensión principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que, en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, TELEFÓNICA tiene derecho a que se reconozca en su favor, en los períodos trimestrales posteriores a aquél en que reduzca la tarifa promedio ponderada correspondiente a una canasta de servicios por debajo de los niveles requeridos por aplicación de la fórmula de tarifas tope, dicha mayor reducción a título de "adelanto tarifario", sin restricciones de ninguna especie".

#### **IV.5.2. Fundamentos expresados por TELEFÓNICA**

Como sustento de sus pretensiones principales cuarta y octava, TELEFÓNICA sostiene básicamente lo siguiente:

- (i) Que, el Segundo Instructivo, en su numeral 3.5.5, reconoce a diferencia de lo que ocurría con el Primer Instructivo, que TELEFÓNICA tiene la posibilidad de aplicar en cada trimestre y en cada canasta de servicios un Ratio Tope menor al Factor de Control establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN, de manera que la variación propuesta para la tarifa promedio ponderada de una canasta sea inferior a la variación prevista en dichos Contratos;
- (ii) Que, además, el Segundo Instructivo otorga la calidad de "ajustes por adelantado" a las mayores reducciones efectuadas, permitiendo aplicarlas como una suerte de crédito en períodos sucesivos;
- (iii) Que, el mecanismo de ajuste por adelantado no contradice los CONTRATOS DE CONCESIÓN, en la medida que permite una reducción real de las tarifas y otorga flexibilidad a la empresa para adelantar, pero nunca para retrasar, una reducción tarifaria, cumpliendo así con el objetivo de incentivar políticas de reducción de costos;



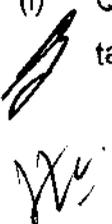


- (iv) Que, no obstante ello, el regulador ha establecido en el Segundo Instructivo condiciones adicionales que no se derivan en modo alguno del texto de los CONTRATOS DE CONCESIÓN y que constituyen interpretaciones irrazonables de los pactos contractuales y del sistema regulatorio de *price caps*;
- (v) Que, en particular, el Segundo Instructivo dispone que, en ningún caso luego de considerar la aplicación de los adelantos solicitados, la tarifa tope promedio ponderada podrá ser superior a la tarifa tope promedio ponderada que se habría obtenido para dicho trimestre de haberse aplicado estrictamente el factor de control previsto en los CONTRATOS DE CONCESIÓN en todos los ajustes trimestrales; lo que se funda en una preocupación de carácter político relacionada con el interés de que las tarifas no se incrementen nunca en términos nominales, que no resulta consistente con una aplicación técnica de los Contratos;
- (vi) Que, la misma limitación se observa en la disposición del Segundo Instructivo, por el cual "en ningún caso, luego de considerar la aplicación de los adelantos solicitados por la empresa concesionaria, el ajuste solicitado podrá ser igual o mayor a la inflación considerada para fines de la estimación del factor de control"; y,
- (vii) Que, en esa medida, el Segundo Instructivo integra e interpreta los CONTRATOS DE CONCESIÓN de forma totalmente ajena a su texto y espíritu, contradiciendo el propósito que orienta la regulación de *price caps* en la que se basa la fórmula de tarifas tope.

#### **IV.5.3. Fundamentos expresados por OSIPTEL**

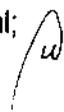
En defensa de su posición, OSIPTEL indica básicamente lo siguiente:

- (i) Que, fue con el objetivo de promover mayores reducciones en los niveles tarifarios así como el diseño e implementación de más planes tarifarios, que



OSIPTEL consideró pertinente reconocer en el Segundo Instructivo la aplicación de ajustes tarifarios por adelantado;

- (ii) Que, en cuanto toca al motivo (a) de TELEFÓNICA, es inexacto que la condición dispuesta por OSIPTEL constituya una restricción adicional a la establecida en las fórmulas de tarifas tope de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, por cuanto su finalidad es establecer un elemento de verificación de que la aplicación de ajustes tarifarios por adelantado no exceda en cada trimestre la aplicación del Factor de Control previsto en dichos Contratos;
- (iii) Que, son precisamente los CONTRATOS DE CONCESIÓN los que establecen que el ratio tope o la variación de la tarifa tope promedio ponderada por canasta en cada trimestre, debe ser menor o igual que el Factor de Control correspondiente a dicho trimestre;
- (iv) Que, en lo relativo al motivo (b) expresado por TELEFÓNICA, las fórmulas de tarifas tope descritas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN determinan que el ajuste de las tarifas tope por canastas a realizarse cada trimestre debe tener siempre como tope al nivel de inflación registrado en el último trimestre, asegurando la reducción gradual de las tarifas por la aplicación del Factor de Productividad;
- (v) Que, fue respetando los CONTRATOS DE CONCESIÓN, que se dispuso que en ningún caso, aún considerando la aplicación de los ajustes por adelantado, la variación nominal de las tarifas tope promedio ponderadas por canasta debía superar al valor de la inflación registrada en el último trimestre;
- (vi) Que, dicha restricción cumple con lo establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN para fines de asegurar la reducción real de las tarifas en cada ajuste trimestral;



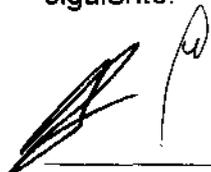
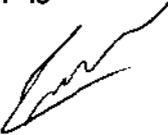


- (vii) Que, los CONTRATOS DE CONCESIÓN no otorgan directamente a la empresa el derecho de incrementar las tarifas reguladas si previamente ha efectuado una reducción de tarifas mayor a la obligada por el régimen tarifario;
- (viii) Que, no es sustancial al sistema de *price caps*, como sugiere TELEFÓNICA, el "reconocimiento de créditos", siendo que en varios estados de los Estados Unidos no se reconocen dichos créditos; y,
- (ix) Que, el reconocimiento de créditos puede ir en contra del sistema de *price caps*, al establecer un beneficio artificial para la empresa que no necesariamente refleja el comportamiento de un mercado en competencia.

#### IV.5.4. Interpretación de los Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN

Aun cuando TELEFÓNICA alegó en su demanda de un modo bastante general, que las restricciones establecidas al reconocimiento de los "adelantos tarifarios"<sup>118</sup> violaban per se los CONTRATOS DE CONCESIÓN, es bastante claro para este colegiado, considerando lo actuado en este proceso arbitral, que las pretensiones formuladas por TELEFÓNICA sólo tendrían como único sustento, de existir, los Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN; toda vez que en el cuerpo principal de éstos instrumentos no hay referencia directa o indirecta al tema de los llamados adelantos, como lo ha reconocido la propia TELEFÓNICA en este proceso arbitral.

En efecto, como ya ha sido precisado en otro lugar en este mismo laudo arbitral, los Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN contienen una serie de fórmulas destinadas a establecer la tarifa tope para cada canasta de servicios, según lo siguiente:

  
<sup>118</sup> Esto es, a la posibilidad de que un adelanto mayor al exigido por la aplicación de las fórmulas de tarifas tope en un período trimestral pueda ser aplicado en futuros ajustes trimestrales como si se tratara de un "crédito". 



REGIMEN TARIFARIO

- 2.0 LA FORMULA DE TARIFAS TOPE DESPUES DEL PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA
- 2.1 Durante el periodo después del PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA, la EMPRESA CONCESIONARIA aplicará la FORMULA DE TARIFAS TOPE para el cálculo de los tarifas tope nominales trimestrales para cada canasta de servicio definida en la Sección 9.02 (c).

FORMULA DE TARIFAS TOPE DESPUES DEL PERIODO DE CONCURRENCIA LIMITADA

$$TT_{jn} = \sum T_{ijn-1} (\text{alfa}_{ijn-1} * \frac{T_{ijn}}{T_{ijn-1}})$$

Sujeto A:

$$RT_{jn} = \sum [\text{alfa}_{ijn-1} * \frac{T_{ijn}}{T_{ijn-1}}] \leq F_n$$

Donde:

- $TT_{jn}$  - Tarifa Tope para canasta "j" de servicios durante el trimestre "n".
- $RT_{jn}$  - Ratio Tope para canasta "j" de servicios durante el trimestre "n".
- $\text{alfa}_{ijn-1}$  - Factor de ponderación del servicio "i" que pertenece a la canasta "j" durante el trimestre anterior, dado por la participación de los ingresos del servicio "i" dentro de los ingresos de la canasta "j".
- $T_{in}$  - TARIFA del servicio "i" que pertenece a la canasta "j" durante el trimestre actual.
- $T_{ijn-1}$  - TARIFA del servicio "i" que pertenece a la canasta "j" durante el trimestre anterior.
- $F_n$  - Factor de Control para el trimestre "n".

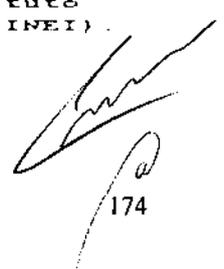
REGIMEN TARIFARIO

$$F_n = (1 + X) * \frac{IPC_{n-1}}{IPC_{n-2}}$$

Donde

- $IPC_n$  - Índice de Precios al Consumidor de Lima Metropolitana a inicio del trimestre "n-1" y "n-2" que publica mensualmente el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI).
- $X$  - Factor de Productividad Trimestral

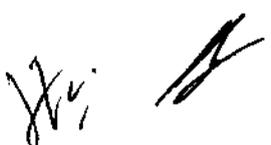
*Hc.* 

  
174

Como indica la doctora Shoschana Zusman en un Informe ofrecido por OSIPTEL en este proceso arbitral, "[e]l factor de productividad definido como X en la fórmula anterior, permite que Telefónica comparta con los usuarios las ganancias en productividad que hubiera podido obtener en el período anterior, de manera que, dependiendo del valor que se asigne a X, es posible que baje el valor real de las tarifas de los servicios sujetos al régimen de la Fórmula de Tarifa Tope. Como se señala en la fórmula, **el Factor de Productividad X debe ser aplicado de manera trimestral con ocasión de los reajustes tarifarios que debe solicitar Telefónica**". (las negritas y el subrayado son nuestros) Si bien como indica la propia doctora Zusman en su Informe, la posibilidad de que el regulador admita "créditos" es perfectamente consistente con los CONTRATOS DE CONCESIÓN, el Tribunal Arbitral observa que nada en las fórmulas obliga a que tales créditos se reconozcan, en contra de lo que ha sostenido TELEFÓNICA en este proceso arbitral.

En efecto, una interpretación estricta de las fórmulas lleva a considerar que lo que por regla general debería ocurrir es que los ajustes y también las reducciones en términos reales se realicen trimestralmente<sup>117</sup>, de modo que sería perfectamente consistente con el texto de los CONTRATOS DE CONCESIÓN que OSIPTEL dispusiera que, no obstante haber realizado la empresa concesionaria una reducción mayor a la requerida

<sup>117</sup> Cabe además puntualizar que no procede, a efectos de contradecir este argumento sostener, como ha alegado OSIPTEL, que fue la propia TELEFÓNICA la que mediante carta No. GGR-651-A-389-2001 presentó una solicitud de ajuste trimestral que incluía el ajuste de la tarifa aplicable al "Teléfono Popular". Dicha carta, como consta indubitablemente de la documentación que obra en el expediente, fue presentada por TELEFÓNICA por haberlo así requerido el OSIPTEL mediante carta No. C.876-GG.GPR/2001 de fecha 3 de agosto de 2001, en la que el Gerente General de OSIPTEL indicó a TELEFÓNICA que su solicitud original de ajuste de tarifas "no [había] incluido los paquetes de servicios -o planes tarifarios-" y le recordaba que "los valores de los referidos paquetes de servicios deben ser ajustados aplicando el Factor de Control, en tanto que sus respectivos indicadores no deben ser considerados dentro de la información requerida para efectos de la ponderación de los ingresos"; y, además, porque en la propia carta No. GGR-651-A-389-2001, TELEFÓNICA se cuidó de precisar que no estaba de acuerdo con el tratamiento contenido en el Primer Instructivo sobre planes tarifarios, siendo que éstos no podían considerarse "para efectos de la aplicación directa del Factor de Control, por estar debajo de la tarifa establecida".

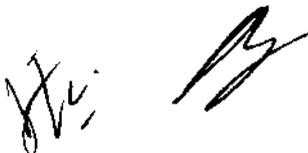


en el período anterior, TELEFÓNICA deba continuar reduciendo el nivel promedio ponderado de las tarifas por canasta de servicio todavía más, trimestre a trimestre.

Tal como lo han expresado TELEFÓNICA y OSIPTEL a lo largo de este proceso arbitral, es posible que una interpretación tan estricta de las fórmulas de tarifas tope pudiera llevar a resultados no deseables desde la perspectiva de los usuarios, toda vez que una regla que impidiera el reconocimiento de "créditos" podría desincentivar a TELEFÓNICA a "adelantar" los ajustes requeridos por los CONTRATOS DE CONCESIÓN, retrasando potencialmente la reducción tarifaria que los propios Contratos pretenden motivar. Esta razón parece ser, en buena cuenta, la que habría impulsado a OSIPTEL al momento de decidir variar, en ejercicio de su discrecionalidad, su posición originaria contenida en el Primer Instructivo.

El que la decisión de OSIPTEL resulte comprensible o que parezca a criterio de este colegiado una elección conveniente, puesto que cualquier reducción tarifaria efectuada con antelación al momento establecido en los CONTRATOS DE CONCESIÓN se supone que debería redundar en beneficio de los usuarios, no importa en modo alguno que la autoridad haya estado o se encuentre obligada a adoptar tal punto de vista. Y como quiera que el Tribunal Arbitral no puede desconocer la absoluta discrecionalidad del organismo regulador en este asunto ante el silencio de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, menos puede sostener, como pretende TELEFÓNICA en su demanda, que OSIPTEL haya renunciado a su derecho de establecer restricciones para el ejercicio de los "ajustes por adelantado", simplemente porque ha concedido esos ajustes.

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral considera necesario destacar que OSIPTEL ha producido abundante evidencia acerca de que reguladores en otras jurisdicciones, en particular en diversos estados de los Estados Unidos de América, han establecido reglas de la más diversa naturaleza, desconociendo en unos casos la posibilidad de tomar como crédito las reducciones realizadas en exceso de lo exigido por la fórmula



de *price caps* y reconociéndolas en otros casos, con o sin restricciones<sup>118</sup>. Así las cosas, parece perfectamente razonable, tanto bajo el texto de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, como sobre la base de la experiencia internacional y merituando con mayor conocimiento de causa las características particulares del mercado de telecomunicaciones peruano, de lo que haría este Tribunal Arbitral, sea justamente OSIPTEL el que defina cuál es el régimen que más se ajusta a los objetivos perseguidos por la política regulatoria que le corresponde dirigir. Esta es, precisamente, una decisión técnica en la que el Tribunal Arbitral no puede intervenir.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral debe declarar infundadas en todos sus extremos las Pretensiones Principales Cuarta y Octava interpuestas por TELEFÓNICA.

#### **IV.6. DISCREPANCIAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LAS TARIFAS DE PARTIDA: SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

##### **IV.6.1 La pretensión**

La única pretensión planteada por TELEFÓNICA relacionada con las tarifas de partida es la siguiente:

**Sétima Pretensión Principal:** "Que el Tribunal Arbitral declare que, en estricta aplicación de los Contratos de Concesión, las tarifas de partida para la aplicación de la fórmula de tarifas tope vigentes desde el 1 de setiembre de 2001 son las tarifas tope vigentes al 31 de agosto de 2001,

<sup>118</sup> Esto es justamente lo que ha informado Christensen en el documento denominado "Response to Questions on Promotional and Optional Pricing Plans" que obra en autos: "Un número de planes de price cap, incluidos algunos en Estados Unidos, permiten a la compañía "financiar" las reducciones de tarifas mayores a aquellas requeridas por el IPC [Índice de Precios al Consumidor]-p.e., si el Índice Promedio de Tarifas es menor que el IPC en algún período, la compañía puede usar estos "créditos" en periodos futuros. La compañía podría utilizar este crédito para subir las tarifas o para no variar la tarifas, mientras que el Índice de Tarifas Reales por el período en cuestión se mantenga bajo el IPC del período y todas las otras normas de tarifas hayan sido cumplidas. Algunos planes limitarán el período de tiempo en el cual el crédito puede ser usado (p.e. un año), mientras que otros planes no limitan el período en el cual el crédito es utilizado".

conforme tales tarifas quedaron establecidas en las addendas a los Contratos de Concesión”.

#### **IV.6.2. Fundamentos expresados por TELEFÓNICA**

Para fundamentar su Séptima Pretensión Principal, TELEFÓNICA ha sostenido fundamentalmente lo siguiente:

- (i) Que, la interpretación acogida por el organismo regulador, al tomar como tarifas de partida las tarifas efectivamente cobradas a los usuarios al 31 de agosto de 2001 es una interpretación irrazonable de los CONTRATOS DE CONCESIÓN; y,
- (ii) Que, bajo una recta interpretación de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, la fórmula debe aplicarse a las tarifas tope vigentes al 31 de agosto de 2001.

#### **IV.6.3. Fundamentos expresados por OSIPTEL**

En respuesta a la demanda de TELEFÓNICA, OSIPTEL ha sostenido fundamentalmente lo siguiente:

- (i) Que, el Segundo Instructivo, en su numeral 3.3, precisa específicamente que las tarifas de partida para los servicios que formaban parte de las canastas “A” y “B” hasta antes del 1 de septiembre de 2001, agrupados luego en las canastas “C”, “D” y “E”, son iguales a las tarifas tope vigentes a la entrada en vigor del sistema de fórmulas de tarifas tope;
- (ii) Que, el mismo Segundo Instructivo, en su numeral 3.4, establece las tarifas promedio ponderadas de partida para las canastas C, D y E sobre la base de las tarifas tope para cada servicio vigentes al 31 de agosto de 2001; y,



- (iii) Que, siendo ello así, no existe discrepancias ni incertidumbre alguna que permita la subsistencia de la controversia.

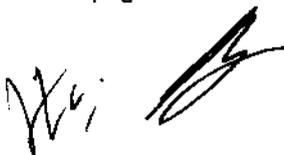
#### IV.6.4. Cuestión procesal previa

Con posterioridad a la postulación de esta controversia y, más precisamente, durante el curso de las Audiencias Especiales convocadas por el Tribunal Arbitral, OSIPTEL ha sostenido que el escrito de demanda de TELEFÓNICA no contiene fundamentos de hecho ni de derecho respecto de lo pedido, por lo que careciendo de *causa petendi* no constituye en puridad una pretensión procesal y debe ser declarado improcedente.

En la misma línea de argumentación, OSIPTEL señala en sus alegatos<sup>119</sup> que “[e]l tema es claro, puesto que el demandado (OSIPTEL) se defiende en su contestación, respecto de los argumentos **incluidos en la demanda**, (...) si el órgano decisor se pronuncia asumiendo una *causa petendi* no incluida en la demanda, en realidad privó del derecho de defensa al demandado, lo cual es una violación del debido proceso”.

Sin perjuicio de reconocer que la pretensión de TELEFÓNICA contenida en su demanda se encuentra escuetamente justificada, este Tribunal Arbitral no puede dejar de puntualizar la inconsistencia que advierte en los argumentos que se acaban de citar en los párrafos precedentes. En efecto, si es que como sostiene OSIPTEL, el petitorio de TELEFÓNICA no venía aparejado de adecuada fundamentación, ¿cómo así puede explicarse, tal cual alega el propio organismo regulador, que éste cumplió con defenderse respecto de los argumentos incluidos en la demanda?. Y si, como luego se pretende, la demanda no contenía una *causa petendi* y, por lo tanto, no podía ser contestada, ¿cómo se explica que, pudiéndolo hacer, el organismo regulador no hubiera deducido en forma y tiempo oportuno, la excepción de oscuridad o ambigüedad en el modo de proponer la demanda, sino que antes bien se haya dedicado a refutar precisamente lo pedido por la demandante?. Es más, pudo llamar la atención de este

<sup>119</sup> Ver página 33 del escrito N° 36 de OSIPTEL.



Tribunal Arbitral al momento en que se establecieron los Puntos Controvertidos de esta demanda, pero OSIPTEL tampoco lo hizo.

Reconociendo la absoluta imposibilidad de fundar su fallo en asuntos distintos de los alegados en la demanda y en la contestación que son los actos procesales con los que se construye la etapa postulatoria del proceso, al Tribunal Arbitral le queda claro que la ausencia de suficiente justificación, aspecto en el que el Tribunal Arbitral coincide plenamente con lo expresado por OSIPTEL, no se equipara con la ausencia total de justificación, que es lo que habilita una declaración de improcedencia en nuestro ordenamiento jurídico. Por tanto, el Tribunal Arbitral considera que está obligado a analizar el fondo de la controversia, aunque fuera sobre la base de los escuetos fundamentos formulados.

#### **IV.6.5. Interpretación del concepto "tarifa" contenido en las fórmulas de los Anexos a los CONTRATOS DE CONCESIÓN**

Sostiene TELEFÓNICA que las tarifas de partida para la aplicación de la fórmula de tarifas tope vigentes desde el 1 de septiembre de 2001 debía ser necesariamente las tarifas tope vigentes al 31 de agosto de 2001, conforme tales tarifas quedaron establecidas en las addendas a los CONTRATOS DE CONCESIÓN.

Habiendo realizado en los numerales precedentes una extensa revisión de las cláusulas contenidas en los CONTRATOS DE CONCESIÓN y sus anexos, el Tribunal Arbitral considera pertinente hacer notar que ni los CONTRATOS DE CONCESIÓN ni el Reglamento de Tarifas utilizan ni definen el contenido del término "tarifa de partida". Los CONTRATOS DE CONCESIÓN y la legislación pertinente, con exclusión del Primer y Segundo Instructivo que son las normas materia de cuestionamiento, se refieren únicamente a "tarifa", "tarifa tope", "tarifa establecida" y "tarifa vigente"<sup>120</sup>.

<sup>120</sup> Reglamento General de Tarifas. "Artículo 3o.- Definiciones  
Para efectos de la aplicación de la presente norma, entiéndase por:

(...)

Tarifa: Precio de un servicio público de telecomunicaciones. Los conceptos tarifarios pueden estar referidos a la contratación del acceso al servicio o a su utilización, incluyendo a las prestaciones

La única referencia, aunque es indirecta, al concepto de "tarifa de partida" para propósitos de la aplicación del sistema de fórmulas de tarifas tope, debe extraerse luego de una minuciosa revisión de las fórmulas que se han descrito en el numeral 5.5.4. y, más precisamente, de la variable  $T_{ijn-1}$ , que, como es de verse de los Anexos de los CONTRATOS DE CONCESIÓN, alude a la "tarifa del servicio "i" que pertenece a la canasta "j" durante el trimestre anterior". Sobre la base de la definición contenida en las fórmulas de los Anexos, el Tribunal Arbitral se ve inclinado a considerar que al 1 de septiembre de 2001, fecha en que empezó a aplicarse el sistema de fórmulas de tarifas tope, la "tarifa del trimestre anterior" aludía necesariamente a la tarifa sobre la base de la cual debían empezar a realizarse los ajustes en adelante y, sólo en esa medida y para dicha ocasión, puede hablarse de la mencionada "tarifa del trimestre anterior" como una "tarifa de partida".

Siendo lo anterior bastante claro, las fórmulas de los Anexos no aportan elemento alguno para determinar si la variable  $T_{ijn-1}$ , al referirse a la "tarifa" de un servicio, alude a la "tarifa tope" vigente para dicho servicio que es lo que sostiene TELEFÓNICA, a la "tarifa establecida" o a la "tarifa vigente" y, siendo ello así, el Tribunal Arbitral no puede menos que concluir que la determinación del contenido exacto del concepto quedó librada a la discrecionalidad del organismo regulador. En tal sentido, este colegiado no observa limitación alguna a la discrecionalidad de OSIPTEL y estima que hubiera sido

---

vinculadas, tales como las que constituyen condiciones de uso o servicios suplementarios, y a las comunicaciones cursadas entre usuarios de diferentes servicios o entre usuarios de un mismo servicio prestado por diferentes empresas concesionarias.

**Tarifa Tope:** Tarifa que ha sido fijada para un determinado servicio en los respectivos contratos de concesión o en las resoluciones tarifarias emitidas por OSIPTEL, y cuyo valor no puede ser superado por las tarifas que establezcan las empresas concesionarias que sean titulares de dichos contratos de concesión o que estén comprendidas en la correspondiente resolución tarifaria. Se consideran tarifas tope a las denominadas como Tarifas Máximas Fijas, Tarifas Mayores, Tarifas Tope Promedio Ponderadas, o cualquier otra denominación utilizada en las normas legales o contractuales, cuyos efectos sean iguales a los descritos anteriormente.

**Tarifa Establecida:** Tarifa determinada libremente por cada empresa operadora, y que es aplicable por tiempo indefinido, manteniendo su vigencia hasta que la misma empresa operadora decida modificarla, sujeta a las disposiciones del presente reglamento.

**Tarifa Vigente:** Tarifa que efectivamente se aplica a los usuarios, de acuerdo con las disposiciones del presente reglamento".



perfectamente razonable que éste optara por considerar que las tarifas de partida eran las "tarifas tope" (como finalmente hizo para la mayoría de los casos), las "tarifas vigentes", las "tarifas establecidas" o cualquier combinación de ellas.

Habiendo realizado OSIPTEL su elección bajo estrictos parámetros de razonabilidad, el Tribunal Arbitral concluye que la Séptima Pretensión Principal de TELEFÓNICA debe declararse infundada.

#### **V. DETERMINAR SI PROCEDE QUE SE ORDENE EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PROCESO A FAVOR DE TELEFÓNICA O A FAVOR DE OSIPTEL.**

El artículo 38° del Reglamento de UNCITRAL al que se han sometido las partes establece que las costas comprenden únicamente lo siguiente:

- "a) Los honorarios del tribunal arbitral, que se indicarán por separado para cada árbitro y que fijará el propio tribunal de conformidad con el artículo 39;
- b) Los gastos de viaje y las demás expensas realizadas por los árbitros;
- c) El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral;
- d) Los gastos de viaje y otras expensas realizadas por los testigos, en la medida en que dichos gastos y expensas sean aprobados por el tribunal arbitral;
- e) El costo de representación y de asistencia de letrados de la parte vencedora si se hubiera reclamado dicho costo durante el procedimiento arbitral y sólo en la medida en que el tribunal arbitral decida que el monto de ese costo es razonable;
- f) Cualesquiera honorarios y gastos de la autoridad nominadora, así como los gastos del Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya".

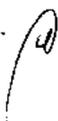
Por su parte, el artículo 40° de este Reglamento dispone que, "...en principio, las costas del arbitraje serán a cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá prorratear cada uno de los elementos de estas costas entre las partes si decide que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

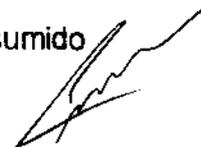
Estas disposiciones reglamentarias se condicen con lo dispuesto en el artículo 52° de la Ley General de Arbitraje, el que dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos del arbitraje, teniendo presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; y en su caso, la retribución a la institución arbitral. Además, la norma establece que en el laudo el árbitro se pronunciará por su condena o exoneración, teniendo en consideración el resultado o sentido del mismo. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones.

De esta manera, teniendo presente el marco legal y reglamentario referido, importa aclarar que la condena o exoneración de los gastos del arbitraje queda librado al prudente arbitrio del Tribunal Arbitral; el cual, sin embargo, debe considerar el resultado del proceso arbitral o su sentido.

En tal virtud, en el presente proceso arbitral, el Tribunal Arbitral considera que las partes han planteado posiciones razonables y su comportamiento procesal ha sido el adecuado, razón por la cual cada parte deberá cubrir sus propios gastos (incluyendo los gastos de sus propios peritos y todo aquél otro gasto en que hubiera incurrido a lo largo de este proceso arbitral; entre éstos, sus gastos de representación legal) y los gastos comunes, entendiéndose por éstos los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de EL CENTRO, por mitades; es decir, cada parte deberá asumir los gastos que ya incurrió. Asimismo, no cabe condenar a ninguna de las partes en el costo de representación o de asistencia legal de letrados, ya que no ha sido expresamente reclamado y, además, en todo caso, corresponde que sea asumido por cada una como parte de sus propios gastos.

Hc: 





Por todo lo expuesto en el desarrollo de este laudo arbitral, y considerando que la restante prueba actuada y no citada, no modifica los considerandos precedentes, de acuerdo con lo establecido por la Ley N° 26572, Ley General de Arbitraje y el Reglamento de UNCITRAL, el Tribunal Arbitral en **DERECHO y por UNANIMIDAD**,

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declárese FUNDADA PARCIALMENTE la Primera Pretensión Principal de TELEFÓNICA por el motivo (b) de la misma y, en consecuencia, declárese que la Resolución del Consejo Directivo No. 038-2001-CD/OSIPTEL infringe los CONTRATOS DE CONCESIÓN y, por lo tanto, corresponde que se declare su nulidad parcial en el extremo en que incorporó el cálculo del costo del patrimonio realizado por ESAN, sin haberse conferido a TELEFÓNICA plazo alguno para que ésta pudiera formular comentarios u objeciones respecto de aquellos criterios en base a los cuales el regulador procedió a recalcular dicho costo del patrimonio que inicialmente había utilizado en la Resolución No. 023-2001-CD/OSIPTEL; e INFUNDADA en los motivos (a), (c), (d) y (e) de la Primera Pretensión Principal.

**SEGUNDO:** Declárese la INCOMPETENCIA del Tribunal Arbitral para pronunciarse sobre de la Segunda Pretensión Principal de TELEFÓNICA y su Pretensión Subordinada y, en consecuencia, ambas pretensiones son IMPROCEDENTES.

**TERCERO:** Declárese FUNDADA PARCIALMENTE la Tercera Pretensión Principal de TELEFÓNICA en el extremo (b) de la misma y, en consecuencia, declárese que la Resolución del Consejo Directivo No. 045-2001-CD/OSIPTEL infringe los CONTRATOS DE CONCESIÓN y, por lo tanto, corresponde que se declare su nulidad parcial en el extremo en que aplicó la fórmula de tarifas tope directamente al paquete de servicios denominado comercialmente "Teléfono Popular"; e INFUNDADA en el extremo (a) de la Tercera Pretensión Principal.



**CUARTO:** Declárese INFUNDADA en todos sus extremos la Cuarta Pretensión Principal de TELEFÓNICA.

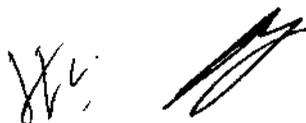
**QUINTO:** Declárese FUNDADA PARCIALMENTE la Quinta Pretensión Principal de TELEFÓNICA, por lo que en estricta aplicación de los contratos de concesión para la aplicación de la fórmula de tarifas tope a los planes o paquetes tarifarios deben desagregarse los componentes empaquetados en cada plan o paquete tarifario y considerarse cada componente dentro de la canasta de servicios correspondiente, conservando el regulador, sin embargo, plena discrecionalidad para definir el modo en que tal desempaquetamiento deba realizarse y las situaciones excepcionales en que proceda la aplicación directa del Factor de Control derivado de la fórmula de tarifas tope a dichos planes tarifarios.

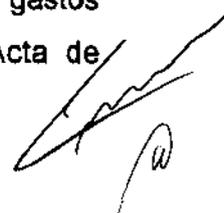
**SEXTO:** Declárese FUNDADA PARCIALMENTE la Sexta Pretensión Principal de TELEFÓNICA, por lo que por principio general, no es posible aplicar el Factor de Control directamente al paquete tarifario denominado "Teléfono Popular" o a cualquier plan tarifario existente o que se cree en el futuro; sin perjuicio de lo cual el regulador conserva plena discrecionalidad para definir las situaciones excepcionales en que proceda la aplicación directa del Factor de Control derivado de la fórmula de tarifas tope a tales planes tarifarios.

**SÉTIMO:** Declárese INFUNDADA en todos sus extremos la Séptima Pretensión Principal de TELEFÓNICA.

**OCTAVO:** Declárese INFUNDADA en todos sus extremos la Octava Pretensión Principal de TELEFÓNICA.

**NOVENO:** Establézcase que los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de EL CENTRO son las sumas que se han fijado en el Acta de

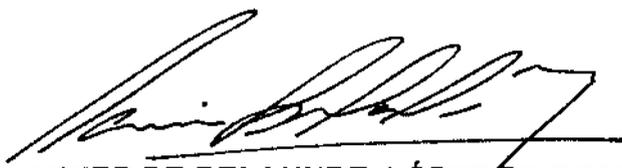




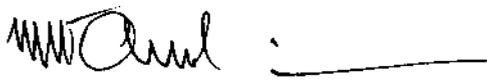
Instalación y en la Resolución No 70, las que han sido canceladas por las partes en su integridad.

**DÉCIMO:** Disponer que cada parte cubra sus propios gastos (incluyendo los gastos de sus propios peritos y todo aquél otro gasto en que hubiera incurrido a lo largo de este proceso arbitral; entre éstos, sus gastos de representación legal) y los gastos comunes, entendiéndose por éstos los honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos administrativos de EL CENTRO, por mitades.

Notifíquese a las partes y póngase en conocimiento del MTCVC.



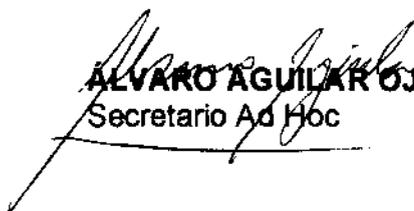
**JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA**  
Presidente del Tribunal Arbitral



**JAIME ZAVALA COSTA**  
Árbitro



**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**  
Árbitro



**ALVARO AGUILAR OJEDA**  
Secretario Ad Hoc

